



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

**ATUAÇÃO PARADOXAL DO PODER JUDICIÁRIO E PERSPECTIVAS
MACROINSTITUCIONAIS PARA CONFORMAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À
SAÚDE**

Fortaleza – CE

2019

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

**ATUAÇÃO PARADOXAL DO PODER JUDICIÁRIO E PERSPECTIVAS
MACROINSTITUCIONAIS PARA CONFORMAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À
SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC como requisito para a obtenção do título de mestre. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Co-orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

Fortaleza – CE

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S698a Sousa, Thanderson Pereira de.
ATUAÇÃO PARADOXAL DO PODER JUDICIÁRIO E PERSPECTIVAS MACROINSTITUCIONAIS
PARA CONFORMAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À SAÚDE / Thanderson Pereira de Sousa. – 2019.
136 f. : il. color.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

Coorientação: Profa. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização. 3. Serviços Públicos. I. Título.

CDD 340

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

**ATUAÇÃO PARADOXAL DO PODER JUDICIÁRIO E PERSPECTIVAS
MACROINSTITUCIONAIS PARA CONFORMAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À
SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC como requisito para a obtenção do título de mestre. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Coorientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

Data de aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^ª. Dr^ª. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (Coorientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^º Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Antonia e Luis, pelo amor, zelo e paciência.

Ao Leonardo, pela generosidade, cumplicidade e, sobretudo, por me permitir ser e ter mais que um irmão.

AGRADECIMENTOS

Mario Quintana, por ocasião de um poema, observou que o mais difícil do escrever é redigir as dedicatórias. Ouso, em minha pequenez, discordar: mais difícil é gravar os agradecimentos. Lógico! Apesar de muitas vezes o pesquisador caminhar solitário, em outras muitas vezes as companhias são gratuitas, inevitáveis, necessárias, alegres, tristes, angustiantes e, inusitadamente, verdadeiros abrigos. É uma grande satisfação agradecer aqueles que fazem parte desta caminhada e que, de algum modo, estão em cada palavra, cada parágrafo, cada argumento do estudo desenvolvido.

Agradeço aos meus pais, Antonia e Luis, e ao meu irmão, Leonardo, pelo amor, carinho, cumplicidade e alegria com que me cercam. Agradeço aos meus avós, Albertina e Alcides, pelo incentivo e confiança.

Agradeço à Professora Raquel Machado, pela paciente e rigorosa orientação, pelos questionamentos e, sobretudo, por contribuir efetivamente para a construção de minha vida acadêmica.

Agradeço à Professora Lígia Melo de Casimiro, pela receptividade no encontro da Rede de pesquisa em Direito administrativo social e por, posteriormente, aceitando o desafio da coorientação, generosamente contribuir para o desenvolvimento das ideias.

Agradeço o Professor William Paiva Marques Júnior, pelas considerações e críticas formuladas, ainda no exame de qualificação, auxiliando na investigação, bem como pela disposição em compor a banca de avaliação.

Gratidão a todos os amigos que fizeram e continuarão a fazer parte do desafio de trilhar os rumos da pesquisa.

Agradeço o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, seus professores e secretárias.

Agradeço o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, pelo financiamento concedido.

“Se alguém nota que estás escrevendo bem, toma cuidado: é caso de desconfiars... O crime perfeito não deixa vestígios.” *Mario Quintana*

RESUMO

A judicialização da saúde é fenômeno muito debatido no Brasil, mas as discussões se concentram, sobretudo, nos limites da atuação judicial, tornando-se equívoco o tratamento de questão tão relevante para o Estado, tomando em conta apenas um de seus Poderes. Nesse sentido, esta investigação busca configurar a atuação judicial em matéria de saúde, especialmente nos casos de fornecimento de medicamentos, como um paradoxo, gerador de tensões e desigualdades e, por conseguinte, propor perspectivas jurídicas que viabilizem a eficiência dos serviços públicos de saúde, inserindo no estudo os Poderes Executivo, Legislativo e os Tribunais de Contas, numa dimensão macroinstitucional, considerando o funcionamento do Estado e de suas instituições. O método empregado na investigação é o hipotético-dedutivo, contando com a elaboração de uma conjectura – resposta razoável e adequada à problemática de pesquisa, testada posteriormente, por intermédio de pesquisa jurisprudencial e legislativa, com tratamento estatístico simples e por agrupamento de componentes principais. Conclui-se que, a atuação do Poder Judiciário é paradoxal à medida que obriga o Estado a fornecer fármacos não previstos na listagem oficial do Sistema Único de Saúde – SUS, e, despreza os parâmetros objetivos para este tipo de demanda, elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Fórum Nacional de saúde. São indicadas como perspectivas macroinstitucionais para a concreção eficiente do direito à saúde, a contornar a hipertrofia do Judiciário e democratizar o acesso aos serviços públicos, a tutela administrativa sanitária, o controle de adequação pelos Tribunais de Contas e a limitação das deduções com gastos em saúde no imposto de renda.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Fornecimento de Medicamentos. Serviços Públicos. SUS. Poderes Públicos. Perspectivas Macroinstitucionais.

ABSTRACT

The judicialization of health is a much-debated phenomenon in Brazil, but the discussions are focused, above all, on the limits of judicial action, making it a mistake to treat a matter so relevant to the State, taking into account only one of its Powers. This research seeks to configure judicial action in health matters, especially in cases of drug supply, such as a paradox, which generates tensions and inequalities and, therefore, to propose legal perspectives to enable the efficiency of public health services, inserting in the study the Executive, Legislative and the Audit Courts, in a macro-institutional dimension, considering the functioning of the State and its institutions. The method used in the investigation is the hypothetical-deductive, with the elaboration of a conjecture - a reasonable response and research problem, which was later tested by means of jurisprudential and legislative, with simple statistical treatment and by grouping components. It is concluded that the performance of the Judiciary is paradoxical as in which it obliges the State to supply drugs not foreseen in the official listing of the Single System of Health - SUS, and, disregards the objective parameters for this type of demand, elaborated by the National Council of Justice - CNJ and National Health Forum. They are indicated as macro-institutional perspectives for the effective realization of the right to health, to circumvent and democratize access to public services, the management, the control of adequacy by the Courts of Accounts and the limitation of the deductions with health expenses in income tax.

Key-words: Right to health. Judiciary. Supply of Medications. Public services. SUS. Powers Public. Macroinstitutional Perspectives.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PARADOXO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	18
2.1 Direito à saúde: do modelo restritivo à Constituição social.....	18
2.2 O manejo (in) suficiente das ações judiciais em saúde	26
2.3 Atuação paradoxal do Poder Judiciário	33
3 TRANSFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS E ESTÍMULO À PROMOÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À SAÚDE	59
3.1 Tutela administrativa em matéria de saúde.....	60
3.1.1 Elementos integrantes da tutela administrativa sanitária.....	68
3.1.2 Fundamentos da tutela sanitária	75
3.2 Mediação e conciliação no SUS como prática de concertação e tutela	83
3.2.1 A mediação sanitária nos conflitos por incorreção.....	84
3.2.1 A conciliação nos conflitos por privação	89
4 REPENSANDO O CONTROLE EXTERNO E O FINANCIAMENTO DO SUS.....	92
4.1 Controle de adequação dos serviços públicos de saúde pelos Tribunais de Contas no novo regime fiscal brasileiro	92
4.2 Fortalecimento do financiamento do SUS pela limitação dos gastos tributários em saúde	103
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos e dever do Estado, obrigado este a atuar na promoção, proteção e recuperação da saúde mediante políticas econômicas e sociais. O texto de 88 instituiu um novo paradigma de estado – o *welfare state*, voltado para a garantia de condições materiais de dignidade para todos, indistintamente. A Constituição, para além de anunciar o direito à saúde, desenhou verdadeira política pública: o Sistema Único de Saúde – SUS, rede regionalizada e hierarquizada, devendo seguir diretrizes de descentralização, universalidade, integralidade e participação democrática. A lei orgânica do SUS, lei nº 8.080 de 1990, no que lhe diz respeito, define a estrutura do sistema público de saúde, seus objetivos e sua esfera de atuação, esta por sua vez inclui a assistência terapêutica integral, abarcada nesta a assistência farmacêutica. O fornecimento de fármacos é regulamentado pela Portaria nº 3.916 de 1998.

Embora exista, com fundamento constitucional, a regulamentação infraconstitucional de um bom desenho da política pública de saúde para o fornecimento de medicamentos, o acesso aos fármacos é marcado por certas dificuldades¹, o que inviabiliza a efetividade do direito à saúde no contexto brasileiro e gera outras repercussões como, por exemplo, o aumento de ações judiciais buscando uma decisão apta a concretizar no contexto material tal direito². Em 2014, foram 392.921 demandas levadas ao Poder Judiciário no que diz respeito ao direito à saúde³. De 2010 a 2015, os gastos do Poder Público com as determinações judiciais aumentaram 727%, chegando a R\$ 3,2 bilhões de reais, incluindo compra de medicamentos, suplementos, procedimentos cirúrgicos, dentre outros. A expectativa era de que os gastos com as decisões do Poder Judiciário chegassem a 7 bilhões em 2017.⁴ Esses dados indicam que, possivelmente, há um paradoxo no processo de construção das decisões judiciais no que toca o fornecimento de medicamentos, e, conseqüentemente, que a eficiência nas prestações de saúde e assistência farmacêutica dependem também da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

¹ SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, vol. 89, n 2, jul/dez, p.184-208, 2017.

² BRITO, Patrícia B. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública da saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁴ CIEGLINSKI, Thais. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Por paradoxo, ou melhor, atuação paradoxal, deve-se entender o comportamento judicial que, ao invés de gerar segurança e estabilidade no cenário do Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, encerra por gerar grandes tensões e desconfortos institucionais, resultado de um posicionamento jurisprudencial e decisional que aponta para a elaboração de decisões baseadas em princípios, que possuem ampla vagueza e lacuna terminológica, constituindo solo fértil para decisões arbitrárias⁵⁶.

Gilberto Bercovici⁷ ensina que a Constituição de 88 inaugurou um projeto de nação e transformações por meio de políticas públicas, renovando as bases do Estado, porém, não houve materialidade desse objetivo, que é um problema para o constitucionalismo brasileiro. Não obstante, a teoria do constitucionalismo “auto-intitulada ‘doutrina brasileira da efetividade’ e a redução do debate constitucional às questões envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou à questões hermenêuticas e de interpretação”⁸ finda por deslocar a discussão sobretudo para o Judiciário, esquecendo-se que o cumprimento das disposições constitucionais e a alteração do *status quo* do Estado envolve também os Poderes Executivo e Legislativo. Bercovici, de forma ácida, critica:

Ocorre, no Brasil pós 1988, algo paradoxal: os cientistas políticos e sociólogos buscam, cada vez mais, compreender o funcionamento das instituições e seu regime jurídico-constitucional. Já os constitucionalistas, por sua vez, refugiam-se nos debates sobre a aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais, tornando o Judiciário praticamente o único setor estatal estudado.⁹

O que se pode inferir, da crítica de Bercovici, é o distanciamento do enfrentamento da corporificação material da política de assistência terapêutica da estrutura do Estado e da própria democracia. “A constituição se liberta da política, mas a política também acaba se desvinculando dos fins e tarefas previstos no texto constitucional”¹⁰ e esse fenômeno precisa ser estudado pela academia e estar transparente dentro da atuação dos Tribunais, caso em que se considere não somente numa perspectiva microinstitucional a atuação judicial, mas que

⁵ SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. *Op. cit.*

⁶ CUNHA, Alexandre Luna da. COUTO, Mônica Bonetti. Transformações do estado, novos rumos para a tutela jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. **Revista Prim@ Facie**, vol. 16, n. 31, p. 1-33, 2017.

⁷ BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o barulho ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio P. de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 734.

⁹ *Ibidem.*, p. 734-735.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 735.

transporte para uma dimensão macroinstitucional, de consideração da estrutura e funcionamento do Estado, a discussão sobre o fornecimento de fármacos e suas implicações.

O debate sobre as decisões judiciais no âmbito da saúde, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, ganha um novo destaque no contexto do neoconstitucionalismo, que corresponde a percepção de que as Constituições, pós Segunda Guerra Mundial, particularmente após os anos setenta do século XX, passam não só a definir competências e separar os Poderes públicos, mas também preverem normas materiais ou substantivas, que por sua vez, condicionam a atuação do Estado¹¹.

O ator principal no neoconstitucionalismo é o Poder Judiciário, que completa em si expressiva atuação política, para dessa forma, concretizar normas constitucionais “materiais”. A noção de separação dos poderes admite então uma clara flexibilização de competências em favor de um protagonismo jurídico, ou melhor, judicial¹², a pretexto de salvaguardar a Constituição. “O neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas”¹³, e assim, procura a elaboração de parâmetros para orientar a atuação dos magistrados.

Em matéria de saúde, Daniel Sarmento destaca que “a justiça brasileira tem se mostrado [...] sensível às questões muitas vezes dramáticas [...]”¹⁴, e determina que é necessário “esboçar parâmetros relacionados à sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais”¹⁵. Ana Paula de Barcellos et al¹⁶ ao tratar de um debate inevitável em saúde busca parâmetros para a priorização das prestações em saúde. Josué Mastrodi e Elaine Fulfule propõem “trazer o Judiciário à participação direta das decisões administrativas, bem como elaborações legislativas, num diálogo institucional [...]”¹⁷. Esses posicionamentos tendem a centralizar a

¹¹ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹² BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio P. de.; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. [s. d.]. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametroseticojuridicosdaniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 4.

¹⁵ Ibid., p. 5.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de., et al. Direito à saúde: introdução a um debate inevitável. São Paulo. **Revista de Direito GV**, vol. 13, n. 02, p. 457-483, 2017.

¹⁷ MASTRODI, Josué. FULFULE, Elaine C. de S. F. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro. Volume 10. Nº 02., p. 593-614.2017, p. 609.

efetividade do direito à saúde e da assistência farmacêutica, mormente, no campo de atuação do Poder Judiciário.

Notadamente, a busca por critérios racionais como *standards* diretivos para as decisões judiciais não é suficiente para a melhor corporificação do direito à saúde, e, da assistência farmacêutica. Nem mesmo trazer o Judiciário para discussão de questões administrativas parece ser o acertado. A atuação judicial nas questões de direitos fundamentais tem impactos sociais, políticos e econômicos, que não foram analisados pela doutrina internacional¹⁸, tampouco pela brasileira, mas que em sua natureza inclinam-se a não auxiliar a persecução e respectiva institucionalização de objetivos constitucionais de forma isonômica e justa, o que exige uma discussão que considere a estrutura do Estado, numa dimensão macroinstitucional.

O presente estudo dedica-se a identificar a contradição na atuação do Poder Judiciário, particularmente no manejo das ações envolvendo o fornecimento de medicamentos, paradoxo que se instala no momento em que o Judiciário toma decisões que não observam ou ignoram as normas jurídicas que disciplinam a política de assistência farmacêutica, e, simultaneamente, as recomendações e critérios definidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Fórum da Saúde, imiscuindo-se em questões claramente políticas.

Pretende ainda, constatada a atuação paradoxal, indicar perspectivas de enfrentamento da judicialização da saúde sob uma dimensão macro, inserindo os Poderes Executivo e Legislativo no protagonismo da conformação do direito à saúde, além de conferir um novo marco de atuação dos Tribunais de Contas, que podem agir no controle de adequação dos serviços de saúde, no sentido de se conferir ao direito à saúde maior eficiência no contexto brasileiro e, conseqüentemente, evitar a hipertrofia do Poder Judiciário.

Nessa lógica, as medidas a serem apresentadas têm em vista a democratização da saúde e do acesso a medicamentos, no contexto do Estado Democrático de Direito, não mais discutindo o papel contramajoritário do Poder Judiciário, mas determinando novos caminhos, dentro da estrutura do Estado e fora da seara judicial, para o enfrentamento da judicialização.

Nessa toada, são abordados aspectos administrativos, de controle e financeiros das prestações em saúde com o ensejo de se levantar proposições que estimulem os Poderes Públicos a institucionalizarem a indispensabilidade e urgência de se rever as formas de prestação das ações de saúde e assistência farmacêutica, melhorando qualitativamente o SUS, contribuindo potencialmente para o enfrentamento da judicialização excessiva.

¹⁸ YAMIN, Alicia Ely.; GLOPPEN, Siri. **Litigating health rights** : can courts bring more justice to health ?. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

A Constituição definiu em seu artigo 6º a saúde como um direito social dos cidadãos, grande modificação de paradigma no que toca a saúde pública, resultado de várias lutas¹⁹. A saúde passou a integrar o núcleo da seguridade social (art. 194 da CF/88) e teve seu delineamento específico desenhado de maneira minuciosa. O artigo 196 da Constituição determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.²⁰

Observa-se aqui que a Constituição fez a opção pela prestação, por parte do Estado, de serviços e ações para a proteção da saúde dos cidadãos de forma universal e igualitária, prevendo a proteção da saúde a todos e sem distinções. O artigo 198²¹, no que lhe concerne, definiu que “as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada”, o Sistema Único de Saúde - SUS.

A Lei nº 8.080 de 1990 – tornando claras as atribuições do Sistema Único de Saúde – esclarece que faz parte do âmbito de ação do sistema a prestação de “assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica”²², o que implica dizer que o Estado tem a obrigação de fornecer medicamentos aos cidadãos que necessitam, constituindo uma forma de proteção da saúde enquanto um direito social de caráter positivo²³.

Todavia, especialmente nos últimos anos, a busca pela assistência farmacêutica tem tomado outros rumos. Mesmo havendo disposições constitucionais e legais sobre a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos, existindo a regulação desta função por meio da Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, que instituiu a Política Nacional de Medicamentos – PNM²⁴, os cidadãos têm buscado o Poder Judiciário para verem satisfeito o seu direito à saúde.

Nessa esfera, boa parte das demandas que chegam ao Poder Judiciário tratam do fornecimento de medicamentos, e, fato curioso se observa quando é perceptível que existem

¹⁹ SOUSA, Thanderson P. de.; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Saúde, políticas públicas e Poder Judiciário. In: ALBUQUERQUE, Felipe et al (Org.). **Temas de direito político: políticas públicas em debate**. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2017.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. STF: Secretaria de Documentação, 2017, p. 153.

²¹ Ibidem, p. 154.

²² BRASIL. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. 2017, p. 01. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴ BRASIL. Portaria 3.916 de 30 de outubro de 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf. Acesso em: 14 nov. 2017.

pleitos envolvendo tanto medicamentos que não estão previstos na Política Nacional de Medicamentos - PNM, quanto os que nela constam. Em 2016, as despesas da União com pedidos de medicamentos judicializados chegaram a cifra de 1,2 bilhão²⁵. Despesa com lista específica dos dez medicamentos mais solicitados via judicial ultrapassou o valor de 900 milhões, incluindo os medicamentos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME e outros fora dela. A despesa da União com a judicialização de medicamentos é vultuosa em decorrência da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal – STF que reconhece a solidariedade dos entes federativos no que toca as obrigações relativas à saúde, desta forma, ainda que os estados e municípios sejam os principais acionados na via judicial, a União é chamada a assumir solidariamente o financiamento das determinações do Judiciário²⁶.

É lógico que decorrente do modelo constitucionalista de revisão judicial adotado em sede brasileira, algumas questões de políticas públicas – especialmente porque dizem respeito aos instrumentos para a concretização de direitos fundamentais – podem ser submetidas ao crivo do Judiciário, porém, no contexto da saúde, a judicialização tem se mostrado excessiva, e, outrossim, temerária, vez que os custos com a satisfação das determinações judiciais podem impactar negativamente o SUS e a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

É nesse contexto tão conflituoso e cheio de desafios que a pesquisa se propõe a responder as seguintes indagações: (1) Como o Poder Judiciário finda atuando paradoxalmente na conjuntura das ações que demandam o fornecimento de medicamentos? (2) Quais fatores contribuem para o aumento expressivo da judicialização da assistência farmacêutica de caráter pública e quais perspectivas jurídicas podem ser abordadas, num plano macroinstitucional, para o melhoramento da assistência farmacêutica e conseqüente enfrentamento da judicialização?

A singularidade que a pesquisa detém fundamenta-se em duas reverberações que são imanentes aos problemas definidos anteriormente. A primeira distinção reside no fato de que se busca estabelecer e configurar o paradoxo da atuação do Poder Judiciário no âmbito da judicialização da saúde, sendo resultado dessa tarefa a observação das repercussões sociais, político-institucionais e econômicas da ação judicial enérgica, tema que é negligenciado pela doutrina constitucionalista. A segunda, por último, manifesta-se pela perquirição de novas perspectivas para a melhor prestação em saúde e assistência farmacêutica considerando, numa

²⁵ SOUZA, Marcelle. **Gasto com 10 remédios mais pedidos na justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi.** Uol Notícias. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁶ SOUSA, Thanderson Pereira de.; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, vol. 89, n. 2, jul-dez, p. 184-208, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/110264/27782>. Acesso em: 04 fev. 2018.

dimensão macroinstitucional, o funcionamento do Estado e das suas próprias instituições, não se atendo apenas ao Poder Judiciário e a critérios objetivos para a respectiva atuação.

O método utilizado nesta investigação é o hipotético-dedutivo, formulado por Karl Popper²⁷. Seguindo a lógica de Popper, o problema da pesquisa é construído considerando os fatos que envolvem a judicialização do fornecimento de medicamentos e concomitantemente a dificuldade da corrente neoconstitucionalista em propor discussões e alternativas que não envolvam somente o Poder Judiciário, mas também o Executivo e o Legislativo. Considerando assim os problemas formulados é elaborada a seguinte conjectura, que corresponde a uma resposta razoável e adequada: a atuação paradoxal do Poder Judiciário na concretização do acesso à assistência farmacêutica ocorre por força da aderência à teoria brasileira da efetividade, de claro cunho neoconstitucional, espaço que permite uma atuação judicial voluntarista, que concede medicamentos de forma ampla, não observando as disposições da Política Nacional de Medicamentos – PMN, obrigando o Estado a fornecer fármacos previstos ou não nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs e na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. O Poder Judiciário encerra realizando escolhas políticas, atuando como uma espécie de substituto constitucional dos Poderes Políticos, mas tal comportamento não contribui para a melhor conformação do direito à saúde e a consolidação do Estado Democrático de Direito pois, estes objetivos dependem de uma atuação conjunta dos Poderes da República.

Da conjectura elaborada são extraídas consequências particulares ou implicações observáveis, estas serão submetidas a teste de verificação/falseamento seguindo regras do empirismo, em outras palavras, busca-se a evidência das implicações observáveis no mundo real²⁸. O teste da conjectura ocorre por meio da observação baseada na legislação e jurisprudência.

A investigação se sujeita ao falibilismo²⁹, trazendo argumentos contrários à hipótese elaborada como resposta ao problema de pesquisa. Popper leciona que “se uma solução não está aberta a uma crítica pertinente, então é excluída como não científica”³⁰, e se aberta à crítica, resistindo a ela, há uma aceitação temporária e “acima de tudo, como digna de ser discutida e criticada mais além”³¹.

²⁷ POPPER, Karl Raimund, Sir. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Mota. São Paulo: Cultrix, 1974.

²⁸ EPSTEIN, Lee.; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013.

²⁹ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004.

³⁰ Ibid., p. 16.

³¹ Ibid., p. 16.

O trabalho é composto por três capítulos. O primeiro ocupa-se precipuamente do tratamento do comportamento do Poder Judiciário, tendo em vista a identificação da atuação judicial como um paradoxo, geradora de tensões nas dimensões política, social e econômica do Estado, revelando a necessidade da atuação enérgica dos demais Poderes para a melhor conformação do direito à saúde.

No segundo capítulo, busca-se delinear a noção de tutela administrativa sanitária, instrumento pelo qual o Poder Executivo poderá proteger e promover a saúde dos cidadãos que dependem do SUS, utilizando-se da mediação ou conciliação, a depender do tipo de demanda.

No último, dedica-se ao debate do controle de adequação dos serviços de saúde pelos Tribunais de Contas e, posteriormente, à limitação das deduções com gastos em saúde no imposto de renda, que potencialmente pode possibilitar elasticidade orçamentária no sentido de fortalecer o financiamento do sistema público.

A relevância desta investigação pode ser constatada em dois planos: teórico e prático. No âmbito teórico, o estudo desenvolvido centra-se na análise da judicialização a partir de uma abordagem de Direito Público democrático, inserindo o Executivo e o Legislativo no exame efetivado, discutindo questões de competência legislativa, legitimidade, administração, controle e finanças públicas, que transcendem a seara judicial, preocupando-se com a estrutura constitucional do Estado, pela qual passa a judicialização. Já no campo prático, a pesquisa torna-se meritória pelo fato de, analisando a estrutura da política pública de saúde, propor novos prismas de concretização do direito social, auxiliando o estabelecimento de uma perspectiva para a compreensão das questões que envolvem a judicialização da saúde, combinando o funcionamento das instituições do Estado e a aplicação das normas constitucionais, hermenêutica e interpretação.

2 O PARADOXO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Busca-se assimilar a atuação do Poder Judiciário no contexto da judicialização da saúde, de modo particular, no âmbito do fornecimento de medicamentos. Para tanto, inicialmente, faz-se um esboço histórico da saúde no contexto brasileiro, a fim de evidenciar o perfil exíguo das ações e prestações sanitárias anteriormente à Constituição de 1988, a fim de estabelecer paralelo com as condições de acesso a serviços de saúde e assistência terapêutica pós 88, para demonstrar que a implementação pontual do direito à saúde, via judicial, pode constituir retrocesso em termos constitucionais. Do mesmo modo, é explicitado o regramento constitucional e infraconstitucional do direito à saúde, com intuito de revelar as bases do sistema público de saúde brasileiro.

Posteriormente, é estabelecida problemática sobre o processo de configuração da atuação paradoxal do Judiciário. A conjectura construída concebe a atuação judicial contraditória como fruto da não observância das disposições jurídicas que regulamentam a assistência farmacêutica, o direito à saúde e, similarmente, do desprezo pelos critérios objetivos criados pelo próprio Poder Judiciário, para os casos de judicialização do fornecimento de fármacos, gerando tensões políticas, sociais e econômicas.

Estabelecida problemática da atuação paradoxal do Judiciário, a partir da análise de dados, buscam-se evidências que apontem para a corroboração da hipótese previamente constituída, desejando ainda, confirmar a incapacidade judicial de lidar com questões que extrapolam, muitas vezes, a competência, mas antes estão fincadas no centro das escolhas políticas, cabendo então aos Poderes Executivo e Legislativo atuarem para melhor conformação do direito à saúde no Brasil, abarcando o fornecimento de medicamentos.

A hipertrofia do Judiciário em matéria de saúde, assim como suas dificuldades, tem sido objeto de diversas pesquisas. Entretanto, neste estudo, o voluntarismo judicial sanitário funciona como impulso para o desenho de novas perspectivas para a o enfrentamento da judicialização excessiva, a incentivar o protagonismo do Executivo e Legislativo na proteção da saúde.

2.1 Direito à saúde: do modelo restritivo à Constituição social

O relato histórico sobre a saúde, anterior a Constituição de 1988, faz-se importante pela necessidade de se identificar o caráter restritivo e seletivo dos serviços de saúde no Brasil,

antes do surgimento do modelo de estado social, sinalizando que, hodiernamente, a atuação dos Poderes do Estado não pode se configurar como instrumento de retrocesso social.

A saúde, no caso brasileiro, enfrentou vários percalços até o processo de constitucionalização, e, concepção enquanto direito. No período colonial, o debate sobre saúde sequer existia, o projeto de colonização não teve preparo na área sanitária, o que contribuiu para a grande manifestação de enfermidades entre colonizadores, índios e negros. Com a vinda da família real para o Brasil, mudanças administrativas geraram impactos na área da saúde como, por exemplo, a instalação das primeiras escolas de medicina, no Rio de Janeiro e na Bahia³².

Na República Velha, governada pelas oligarquias de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, a única preocupação de caráter sanitário era o controle de epidemias nos centros urbanos, para melhorar e preservar a capacidade econômica nacional, sendo as zonas rurais praticamente esquecidas. Em 1904, Oswaldo Cruz inicia processo de pressão no Congresso Nacional para aprovação de lei tornando obrigatória a vacinação contra a varíola, críticas ao projeto de lei – que veio a ser aprovado – surgiram, causando grande confronto entre o Estado e aqueles contrários a vacinação, momento que ficou conhecido como “Revolta da Vacina”. Os enfrentamentos foram tantos que, quando o Estado conseguiu neutralizar os revoltosos, em função do desgaste político, viu-se obrigado a revogar a imposição da vacina^{33 34}.

Com a era Vargas, foram criados os Institutos de Aposentadoria e Pensão, prestando serviços de saúde para os trabalhadores do mercado formal. Houve também a institucionalização da preocupação com a saúde brasileira, surgindo o Ministério da Educação e da Saúde³⁵, que em 1953 foi reestruturado, dando origem ao Ministério da Saúde, voltado para o controle e combate de endemias.

O Ministério da Saúde, agora independente, contava com poucos recursos, o que inviabilizava a persecução de seus objetivos. Com a ditadura militar, a pasta foi esvaziada e os recursos diminuíram ainda mais, gerando um movimento de migração, por parte daqueles que podiam, para a saúde privada, por intermédio de convênios³⁶. Em 1978, é criado o Sistema Nacional de Previdência Social, regulando o sistema previdenciário com prestações em saúde, ainda de cunho restritivo, o que posteriormente dá origem ao Instituto Nacional de Assistência

³² BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011.

³³ *Ibidem*.

³⁴ SOUSA, Thanderson P.; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Saúde, políticas públicas e Poder Judiciário. In: ALBUQUERQUE, Felipe Braga et al (Org.). **Temas de direito político: políticas públicas em debate**. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2017.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ ARAÚJO, J. P. **Guia dos direitos sociais: a igualdade social e as diferenças entre a esquerda e os neoliberais**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

Médica da Previdência Social, gerindo os serviços de saúde de competência da Previdência Social.³⁷

Em 1987, o Decreto nº 94.657³⁸ é publicado, instituindo o Sistema Unificado Descentralizado de Saúde – SUDS, para a definição e desenvolvimento de ações articuladas de saúde. O SUDS serviu de modelo embrionário para a posterior elaboração do sistema de saúde a ser consagrado constitucionalmente em 1988.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma modificação radical no que toca a saúde, agora prevista como direito, devendo então ser promovido o acesso a serviços e prestações de saúde de maneira universal e igualitária. No seu capítulo II, da ordem social, trouxe a saúde enquanto direito social, inscrita no artigo 6º³⁹, caracterizando-se como direito fundamental de segunda geração⁴⁰, marcando a conformação constitucional do modelo de Estado Social no Brasil.

Nessa esteira, é reconhecido que os direitos fundamentais de primeira geração, referentes a direitos e garantias individuais clássicos – evidenciados entre os séculos XVII e XIX, não mais apresentam plenitude na proteção dos indivíduos. Tal movimento encaminha a um processo de evolução, passando os direitos fundamentais a albergar uma segunda geração: abrangendo a obrigação de prestações positivas, a satisfazer condições materiais indispensáveis aos cidadãos, sendo reconhecido, posteriormente, o caráter impositivo dos direitos de tal geração.

De acordo com Paulo Bonavides⁴¹, os direitos de segunda geração nasceram como experiência especulativa filosófica e política, porém, acabaram inseridos nas Constituições no segundo pós-guerra, “abraçados ao princípio da igualdade”.⁴² A saúde, na realidade brasileira, segue à risca os dizeres de Bonavides. Após 1930, o discurso sanitário se erigiu, mas continuou apenas no campo da retórica, pois, no político, se limitou a medidas de caráter censitário como, as prestações de saúde apenas para os trabalhadores formais, por exemplo.

Para além de prenciar a saúde como direito social, a Constituição de 88 se dedicou, particularmente, ao delineamento dos pormenores da saúde pública, o fazendo do artigo 196 a 200, com claro fito de aumentar a normatividade de tal direito. Bonavides assevera que:

³⁷ SOUSA; ALBUQUERQUE. *Op. cit.*

³⁸ BRASIL. Decreto 94.657 de 20 de julho de 1987. **Dispõe sobre a criação do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUDS), e dá outras providências.** 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D94657.htm. Acesso em 15 nov. 2017.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** STF: Secretaria de Documentação, 2017.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem*, p. 582.

[Os direitos fundamentais de segunda geração] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.⁴³

A partir dessa afirmação, é possível compreender o movimento constitucional de ir além da previsão do direito à saúde, fazendo, igualmente, o delineamento de suas bases constitucionais, no sentido de assegurar sua implementação. Nessa perspectiva, o artigo 196 da Constituição garante:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Resta configurada a imposição constitucional ao Estado para atuar no rumo de garantir as ações e serviços de saúde para a população, esculpindo verdadeiro direito positivo ou de prestação⁴⁴. Transparentes estão, de igual modo, os princípios da universalidade e da igualdade, no contexto das ações e serviços públicos de saúde.

Com fulcro nos ensinamentos de Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴⁵, é possível classificar o direito à saúde, da forma como escrito nos artigos 6º e 196, na qualidade de norma constitucional de eficácia plena, aplicabilidade imediata e definidora de direitos. Nesse quadro, Bonavides explica que a norma de direito fundamental de segunda dimensão tem que ser justiciável, e pontua que “[...] é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”⁴⁶.

No que concerne aos princípios, a universalidade deve ser entendida como o acesso de todos aos serviços públicos de saúde, e, quanto à igualdade, essa deve ser tomada em dois aspectos: (1) não se pode criar condições de diferenciação abusivas no plano normativo⁴⁷, e, a prestação dos serviços de saúde (2) não pode incorrer também na distinção entre os usuários.

⁴³ Ibidem, p. 582-583.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 583.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

Contudo, é necessário descortinar os limites da atuação estatal na garantia de direitos. Para Thomas Fleiner-Gerster “muito debatida é a questão de saber até que ponto o Estado deve estender suas atividades sociais”⁴⁸. Nessa senda, o autor explica que o Estado tem que buscar meios para garantir as suas atividades, há uma necessidade de recursos financeiros e de outros materiais, portanto, assume a delicada tarefa de encontrar o equilíbrio nas suas prestações, não podendo transformar-se em um “garantidor geral”⁴⁹. Diante disso, a percepção da vedação do retrocesso social e reserva do possível ganham contornos dependentes das condições do Estado.

Continuando o regramento do direito à saúde, a Constituição dilucida a essencialidade das ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público regulamentar, controlar e fiscalizar suas prestações, quando o fizer diretamente ou por terceiros⁵⁰. Dada a importância da saúde pública, o constituinte escolheu implementar um sistema capaz de gerir ações e prestações. O artigo 198 inaugura o Sistema Único de Saúde brasileiro: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”⁵¹, devendo seguir, como diretrizes, a descentralização administrativa, a integralidade e a participação social.

As Emendas Constitucionais nº 29 de 2000 e nº 86 de 2015, inseriram no artigo 198 as normas de financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, definindo as formas em que devem ocorrer o financiamento, as aplicações, as quantias mínimas, dentre outras disposições do tipo regra, de caráter financeiro. O artigo 199⁵², previu a abertura da assistência à saúde para a iniciativa privada, e, por fim, o artigo 200 da Constituição deliberou as competências e atribuições do SUS, que são:

- I – Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II – Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV – Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela EC n. 85/2015)
- VI – Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

⁴⁸ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 601.

⁴⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 601, 607.

⁵⁰ BRASIL, *op. cit.*, p. 153.

⁵¹ BRASIL, *op. cit.*, p. 154.

⁵² *Ibidem*.

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.⁵³

Vê-se que o campo de atuação do SUS, bem como as respectivas ações e serviços que derivam de suas atribuições, possuem uma abrangência extremamente ampla, no sentido de assegurar a todos os cidadãos a proteção da saúde.

No plano infraconstitucional, o disciplinamento do SUS fica por conta das Leis nº 8.080 e nº 8.142, ambas de 1990. A Lei nº 8.080 de 1990, regulamenta as formas de promoção, proteção e recuperação da saúde, reforçando em suas disposições gerais o que já fora dito na Constituição, e ordena o núcleo central do Sistema Único de Saúde, asseverando:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).⁵⁴

Afora operar a delimitação daquilo que integra o SUS, a lei mencionada determina que são objetivos do sistema identificar e publicizar fatores de condicionamento da saúde; formulação de políticas para promoção, proteção e restauração da saúde; e, a prestação de assistência às pessoas por meio de ações e serviços. Ficam também incluídas no campo de ação do SUS, de acordo com o art. 6º:

- I - A execução de ações:
 - a) de vigilância sanitária;
 - b) de vigilância epidemiológica;
 - c) de saúde do trabalhador; e
 - d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
- II - A participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
- III - A ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - A vigilância nutricional e a orientação alimentar;⁵⁵

Continuando a estruturação do SUS, a Lei nº 8.080/1990 define os princípios que norteiam a saúde pública: universalidade, integralidade, autonomia, igualdade na assistência, direito à informação, publicidade, participação popular, descentralização, conjugação de recursos, dentre outros. Há ainda, na referida lei, o prenúncio das competências e atribuições

⁵³ Ibidem, p. 155-156.

⁵⁴ BRASIL. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** 1990. p.01. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁵⁵ BRASIL, *op. cit.*, p. 01.

dos entes de Direito Público, dos órgãos administrativos, bem como outras especificações intrínsecas à saúde indígena, internação domiciliar, acompanhamento de parto, etc.

A Lei nº 8.142/1990⁵⁶, por sua vez, disciplina a gestão democrática do SUS e a parte de alocação financeira do sistema no que toca as transferências intergovernamentais para a prestação de ações e serviços de saúde. Neste instrumento normativo, há a previsão das Conferências e Conselhos de Saúde em cada esfera do governo, como instrumentos para a participação na gestão e organização do sistema, sendo vias mais acessíveis à população. Na área financeira, a lei especifica como serão alocados os recursos do Fundo Nacional de Saúde, despesas de capital e de custeio, investimentos e na cobertura de ações e serviços, bem como cria os requisitos para que estados, Distrito Federal e municípios recebam os repasses.

Existem outras normas que regulamentam o SUS. De acordo com o Ministério da Saúde, as portarias expedidas chegaram a quantidade de dezessete mil⁵⁷, até que por meio de projeto – envolvendo o Ministério da Saúde, a Fundação Oswaldo Cruz e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB⁵⁸ – se reuniu todos os atos normativos, e, compilando-os, chegou-se às Portarias de Consolidação das Normas do SUS MS/GM nº 01, 02, 03, 04, 05 e 06 de 2017.

É possível inferir que a legislação do Sistema Único de Saúde é complexa, analítica e demonstra que é necessário movimento dos Poderes políticos no sentido de garantir, a todos os cidadãos, a universalidade e a integralidade dentro das ações e serviços de saúde.

Maria Paula Dallari Bucci⁵⁹ conceitua políticas públicas, no âmbito do Direito, como uma ação governamental resultante de um processo ou conjunto de processos, regulados juridicamente, que coordenando os meios do Estado e de particulares, termina por realizar “objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁶⁰

Com base no conceito proposto por Bucci, é inquestionável a caracterização do SUS enquanto política pública. Da forma como estruturada nos artigos 6º e 196 da Constituição de 88, a saúde é colocada como uma ação obrigatória do Estado, devendo ser garantida sua

⁵⁶ BRASIL. Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.** 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁵⁷ VERDÉLIO, André. **Ministério da saúde consolida atos normativos para facilitar gestão.** EBC – Agência Brasil. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/ministerio-da-saude-consolida-atos-normativos-para-facilitar-gestao>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁵⁸ FIOCRUZ. **Portarias de consolidação dos atos normativos do ministério da saúde.** 2017. Disponível em: <https://www.contratualizacaoanosus.com/copia-manuais-do-ministerio-da-saud>. Acesso em: 13 abr. 2018.

⁵⁹ BUCCI, Maria P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁰ Ibidem, p. 39.

proteção e promoção seguindo os ditames da própria disposição constitucional, a partir do artigo 198, e das Leis nº 8.080 e nº 8.142 de 1990, tornando-se evidente que o conjunto de procedimentos para a ação do Estado na área da saúde está juridicamente regulamentado. Nesse esteio, coordena e direciona a ação estatal e de particulares, para o alcance de um objetivo – a preservação e recuperação da saúde – que é extremamente relevante para a manutenção da dignidade dos indivíduos, além de, pelo fato de estar inserido na Constituição Federal, reflete uma escolha política.

Não obstante, o SUS enfrenta problemas. Em 2016, o Instituto Datafolha averiguou a percepção dos brasileiros sobre serviços e instituições, não ficando o SUS fora do alcance desta pesquisa. Sobre a qualidade dos serviços prestados por médicos da rede pública, os entrevistados indicaram que as condições de trabalho são precárias (41%), baixos salários e corrupção na saúde (33%) prejudicam o sistema, e, há má gestão do SUS (28%)⁶¹. Para 31% dos participantes do estudo, a saúde é o maior problema do país, ficando à frente da corrupção e da educação, 82% haviam utilizado o SUS nos últimos dois anos. 65% avaliaram como ruim ou péssimo os serviços do SUS. Questionados sobre ações que poderiam melhorar o Sistema Único de Saúde, indicaram o aumento do número de profissionais (58%), aumento de leitos para internação (50%), destinação de mais recursos para o SUS (47%), facilitação no acesso a medicamentos (47%), além de outros tantos, que de alguma forma implicam no aumento das despesas do Estado com a saúde⁶² e requer atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Afrente dos dados denotados, é perceptível que há uma incompatibilidade entre a estrutura normativa do direito à saúde – universal e igualitário – e a realidade material. O SUS, enquanto política pública, encerra por não estar coordenado em determinados pontos, o que gera problemas que acabam interferindo na eficácia do direito fundamental social à saúde. Esses problemas, fazem com que os cidadãos busquem outras formas para verem concretizado seu direito.

A pesquisa mencionada anteriormente, constatou que há dificuldade de se ter acesso a medicamentos. A ineficiência do acesso aos fármacos, mesmo com a existência da Política Nacional de Medicamentos - PNM⁶³, instituída pela Portaria nº 3.961 de 1998, bem como, a necessidade de medicamentos que não são contemplados na dita política pública, constituem as

⁶¹ DATAFOLHA. **Percepção dos brasileiros sobre a confiança e credibilidade em profissionais e instituições.** 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentacaodatafolha2016.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶² Ibidem.

⁶³ BRASIL. **Política nacional de medicamentos.** 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001.

principais causas que justificam demandas levadas ao Poder Judiciário, que desde os anos 2000 tem sido reiteradamente chamado a decidir sobre políticas públicas de saúde.

A Portaria nº 3.961/98, traz diretrizes para o fornecimento de medicamentos, a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, critérios de prioridade, efetividade, eficácia e controle da política pública, buscando concretizar a assistência farmacêutica decorrente dos artigos 6º e 196 da CF e do art. 6º, I, *d*, da Lei nº 8.080 de 1990, entretanto, existem falhas que põem em risco a vida daqueles cidadãos que precisam se socorrer da política pública de saúde.

Desse modo, é preciso destacar que, de acordo com Sandra Regina Martini “a comunicação entre os sistemas do direito e da política foi/é muito importante, pois o sistema do direito, por si só, não consegue dar conta da efetividade da saúde, tampouco da pretensão de torná-la direito [...]”⁶⁴. Diante disso, é possível compreender a necessidade de se discutir o manejo contraditório das ações judiciais que versam sobre direito à saúde, sobretudo de fármacos, sob pena de não poder falar-se propriamente em um “direito à saúde”, no contexto brasileiro.

2.2 O manejo (in) suficiente das ações judiciais em saúde

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, responsável pelo controle e fiscalização administrativa e financeira do Judiciário, reconheceu que as demandas em saúde são muitas e maior parte delas envolve o fornecimento de medicamentos⁶⁵, tanto os previstos nas listas oficiais do SUS, quanto aqueles fora delas.

A existência de um alto índice de demandas, almejando a garantia de fármacos, pode ser justificada, com muita propriedade, no processo de desconstrução das estruturas garantidoras de direitos sociais, fato que, no entendimento de Boaventura de Sousa Santos⁶⁶, faz com que o Judiciário se torne responsável pela concretização do *welfare state*.

Recentemente, tornou-se de amplo conhecimento a ausência dos fármacos que auxiliam na aceitação de órgãos transplantados, colocando em risco a saúde dos cidadãos que se submeteram a transplante. Um exemplo, foi a ausência dos medicamentos no Hospital Geral

⁶⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, Vol. 16, n. 1, p. 112-127, mar./jun., 2005, p. 124. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100027>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶⁵ ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

de Fortaleza, em fevereiro de 2017, fato denunciado por associações de transplantados⁶⁷, situação semelhante em que a Justiça Federal do Ceará já havia decidido pela obrigação de compra e fornecimento dos imunossupressores. O caso da *fosfoetanolamina*⁶⁸, é também outra esfera na qual pode ser percebida a atuação do Poder Judiciário, que passou a deferir inúmeras liminares obrigando a Universidade de São Paulo – USP a fornecer a substância, mesmo sem a aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e os respectivos testes clínicos. O *canabidiol*, serve igualmente como tela de observação da ação do Judiciário, que passou a conceder liminares em 2015 obrigando o fornecimento da substância pelo Estado⁶⁹.

Explicitamente, há no Brasil a tendência de se levar questões importantes de direitos – tanto do ponto de vista jurídico, quanto do político e social – aos Tribunais, com o objetivo de se alcançar o reestabelecimento da autoridade constitucional. No âmbito do direito à saúde, esta questão tem se avolumado cada vez mais: a chamada judicialização da saúde.

Importante, a princípio, destacar o conceito de judicialização, que, para Luís Roberto Barroso, pode ser entendido como a busca por respostas para questões políticas e sociais relevantes dentro da área judicial⁷⁰.

No mesmo sentido, Ran Hirschl⁷¹72 aclara que judicializar é transferir para os Tribunais “a autoridade político-decisória”⁷³, no que se refere a questões políticas e sociais importantes. Já Felipe Braga Albuquerque, compreende a judicialização “como uma consequência da supremacia da Constituição e do controle de constitucionalidade”⁷⁴.

⁶⁷ ARAÚJO, Amanda. **Associação denuncia falta de medicamentos para transplantados renais no HGF**. O Povo. 2017. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/02/associacao-denuncia-falta-de-medicamentos-para-transplantados-renais.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶⁸ SANTOS, Márcia W. Batista et al. O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, M. P. D.; SEIXAS, C. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁹ CIEGLINSKI, Patrícia. **Judicialização da saúde: modo de usar**. CNJ. 2017. Disponível em: <https://medium.com/@conselhonacionaldejustica/judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-modo-de-usar-16eb1f89d33>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Volume 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁷¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. New York: Cambridge University Press, 2007.

⁷² HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. New York: Oxford University Press, 2008.

⁷³ Ibidem, p. 20, tradução nossa.

⁷⁴ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 96.

O fenômeno da judicialização ganha maior dimensão no Brasil, especialmente pelo estágio constitucionalista que se instalou⁷⁵, o chamado neoconstitucionalismo⁷⁶. Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, a Constituição espelha seus valores para todo o sistema jurídico, e no exercício da jurisdição constitucional, pelo juiz estadual ou Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, avança-se em uma posição política⁷⁷.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF é pacífica no que concerne políticas públicas de saúde. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45, julgamento paradigmático para decisões em matéria de saúde, a Corte entendeu que possui também competência política, podendo concretizar o direito à saúde frente a ineficiência das prestações do Estado⁷⁸. O ministro relator Celso de Mello, declarou:

Não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.⁷⁹

Contudo, sinalizou que esta função, eminentemente política, não pode cair no ordinário do Poder Judiciário, externando indiretamente preocupação com uma potencial absorção de competências essencialmente relativas aos Poderes políticos.

Em outra ocasião, agravo regimental foi proposto contra decisão da presidência do STF que indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 feito pela União em contraposição a acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, que garantiu o fornecimento do medicamento *zavesca* a uma paciente portadora de patologia nomeada *niemann-pick* tipo c, doença neurodegenerativa rara que provoca distúrbios neuropsiquiátricos, como movimentos involuntários, por exemplo⁸⁰. No julgamento, o ministro

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ SOUSA, T. P.; ALBUQUERQUE, F. B., *op. cit.*

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/04. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175 – Ceará**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 76. Divulgação 29/04/2010. Publicação 30/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 nov. 2017.

relator Gilmar Mendes argumentou no sentido de que o princípio da separação dos poderes e da reserva do possível não constituem óbice ao Judiciário na concretização do direito à saúde, portanto, a decisão foi de manter a obrigação de fornecimento do medicamento, havendo inclusive a sugestão de que os Poderes políticos se organizassem financeiramente para atenderem demandas de caráter individual.

William Paiva Marques Júnior⁸¹, ao abordar a experiência brasileira do Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, afirma que “na perspectiva mais hermética e tradicional, a atuação jurisdicional deve obedecer à regra da reserva do possível, vez que não se pode cogitar de gastos estatais sem a contrapartida orçamentária”⁸², entretanto, na visão do autor, é preciso se buscar, na atuação judicial, um consenso entre a regra da reserva do possível e o mínimo existencial, assim, não poderia, como ocorreu no caso da STA 175/CE, o radical esvaziamento do conteúdo da reserva do possível.

No Agravo Regimental no recurso extraordinário nº 668.722⁸³ o STF continuou decidindo na orientação inaugurada pela ADPF nº 45. O ministro Dias Toffoli, seguindo a jurisprudência da Corte, deliberou pela manutenção da obrigação do Estado em fornecer a assistência solicitada pelo demandante, entendendo que o Poder Judiciário pode concretizar o direito à saúde.

A teoria brasileira da efetividade⁸⁴, essencialmente, foge de uma dogmática cerrada e busca, para as normas constitucionais, a efetividade plena e aplicabilidade instantânea, imediata, fazendo com que a Constituição de 1988 não seja asbtratizada e vista como um documento substancialmente filosófico e solene. Entretanto, a doutrina do constitucionalismo de efetividade, apesar de munida com boas intenções, na concretização de direitos sociais finda por atrapalhar a concreção universal de tais direitos, como observa Daniel Hachem⁸⁵.

⁸¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Análise da experiência brasileira na primazia do poder judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, vol. 17, p. 459-478, 2015.

⁸² Ibidem, p. 466.

⁸³ Id. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 668.722 – Rio Grande do Sul**. Rel. Ministro Dias Toffoli. DJe 25/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4758737>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁵ HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>. Acesso em: 15 fev. 2019.

Mas nos casos envolvendo saúde, Cláudio Pereira de Souza Neto⁸⁶ explica que o Poder Judiciário aderiu à teoria da efetividade, concebendo o direito à saúde como uma norma de aplicabilidade imediata, o que explica as decisões trazidas anteriormente. Luís Roberto Barroso, em relação à efetividade das normas constitucionais, declara:

Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação.⁸⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, Eduardo Cambi leciona que, para os casos de ofensa ao texto constitucional, o Poder Judiciário é “compelido [...] a atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição”⁸⁸.

Daniel Sarmiento⁸⁹, por sua vez, repara que a utilização da teoria da efetividade, fruto do neoconstitucionalismo brasileiro, tornou-se evidente cada vez mais nas demandas envolvendo saúde, e isto é certo, basta inspecionar a jurisprudência do STF, a mais alta corte do país. Para Sarmiento⁹⁰, é “positiva a constatação de que a Justiça brasileira tem se mostrado tão sensível às questões muitas vezes dramáticas suscitadas pelo direito fundamental à saúde”, chegando a buscar parâmetros objetivos para evitarem decisões equivocadas.

Ana Paula de Barcellos, da mesma forma que os autores apresentados anteriormente, identifica o neoconstitucionalismo como um estágio do constitucionalismo em que a Constituição se torna o centro do sistema, dotada de imperatividade, não tendo as suas normas natureza de orientação, mas de vinculação dos Poderes da República⁹¹. Segundo Barcellos, o Judiciário pode e deverá concretizar políticas públicas sempre que houver

⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio de. et al. **Teoria da constituição: o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [s. d.]. p. 05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 218.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. [s. d.]. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametroseticojuridicosdaniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁹⁰ Ibidem., p. 4.

⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 16 nov. 2017.

maculação contra a Constituição, e isso não é a captura do político pelo jurídico, mas antes o controle do político pelo jurídico.⁹²

A amostra de literatura acerca da teoria da efetividade, inserida dentro neoconstitucionalismo, em estreita sintonia, expressa o esforço do constitucionalismo brasileiro em conferir à Constituição maior normatividade possível, porém, em matéria de saúde, não é suficiente para tratar da externalidade negativa, uma vez que não considera o funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo.

A externalidade negativa é concebida aqui como o aumento exponencial de conflitos judicializados, decorrente das (a) falhas na política pública de fornecimento de medicamentos; (b) interpretações amplas e variadas do texto constitucional; e, (c) do fenômeno da “redescoberta da cidadania e [...] conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”⁹³.

Desde 2001, se começou a verificar o índice de demandas em saúde, de sobremaneira pleiteando medicamentos, intervenções cirúrgicas e internações, e, de lá para cá, o aumento foi expressivo. O total de menções sobre o termo “saúde” no painel Justiça em Números, do CNJ, ultrapassou a marca de 1 milhão⁹⁴. Em 2016, as demandas para fornecimento de medicamentos pelo SUS foram 312.147; as de tratamento médico hospitalar e fornecimento de medicamento SUS alcançaram o número de 214.947; e, tratamento médico hospitalar SUS 98.579 ações, entre outras inúmeras que foram classificadas pelo sistema do CNJ⁹⁵, que inclusive aumentaram, se comparados os números de 2016 aos de 2014 e 2015.

O Observatório de Análise em Políticas de Saúde constatou que os gastos da União, com a judicialização, entre 2010 e 2016, aumentaram 727%, chegando ao valor de R\$ 3,9 bilhões. O Observatório estima, que se os impactos fossem analisados nos orçamentos dos estados e municípios, a soma chegaria a R\$ 7 bilhões⁹⁶. Somente no primeiro semestre de 2017, o montante de verbas para o cumprimento de decisões judiciais chegou a mais de 700 milhões.

⁹² Ibidem.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 15 nov. 2017, p. 36.

⁹⁴ CIEGLINSKI, Patrícia. **Judicialização da saúde: modo de usar**. CNJ. 2017. Disponível em: <https://medium.com/@conselhonacionaldejustica/judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-modo-de-usar-16eb1f89d33>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁹⁵ CNJ. **Justiça em números**. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁹⁶ OBS. **Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União**. 2017. Disponível em: <http://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/17>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Esses dados, com propriedade, denotam que há profunda falta de gestão do Sistema único de Saúde, especialmente quanto a seus recursos.

Diante dessas externalidades, estranho é que o movimento do Judiciário seja na orientação de se especializar para resolver os casos em matéria de saúde. Desde a Audiência Pública nº 4 do STF, na qual foram ouvidos os prós e contras à judicialização, surgiram o Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução de demandas de saúde; os Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NAT-Jus), para emissão de pareceres que fundamentem as decisões dos magistrados; Enunciados do Fórum de Saúde; a Resolução nº 238 do CNJ, determinando a especialização em saúde de Varas da Fazenda Pública; e, a criação de regras para instituição de comitês estaduais em saúde.

É axiomática a escolha do Poder Judiciário em se aperfeiçoar para decidir de modo coerente em matéria de saúde. Daniel Sarmiento denuncia o aumento das ações na área da saúde – inclusive pontua que “parte significativa dos orçamentos públicos de saúde das entidades federais passou a ser destinada ao cumprimento de decisões judiciais”⁹⁷ – e preconiza a preocupação que, nesse contexto, diz respeito a “se deparar com decisões [...] que podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis”⁹⁸. Para o autor, evitar que o direito à saúde seja comprometido em sua efetividade envolve critérios racionais para a decisão dos juízes. Ana Paula de Barcellos⁹⁹ e Luís Roberto Barroso¹⁰⁰ compartilham do mesmo raciocínio.

Não obstante, há uma incoerência no manejo das ações envolvendo o fornecimento de medicamentos, que revela o tratamento insuficiente das questões no âmbito judicial. O Poder Judiciário busca definir critérios racionais para a construção de suas decisões, aderindo à teoria da efetividade, e restabelecendo a supremacia da Constituição nos casos em que, em tese, o direito à saúde é violado, no entanto, decisões equivocadas que prejudicam o sistema público de saúde como um todo são tomadas.

Nesse cenário, como o Poder Judiciário atua paradoxalmente e se transforma em um poder tensionador no que diz respeito à saúde pública? Essa problemática impulsiona o próximo

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais:** alguns parâmetros ético-jurídicos. [s. d.]. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametroseticojuridicosdaniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 04.

⁹⁸ *Ibidem.*, p. 04.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 93.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [s. d.]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017, p. 28.

item desse estudo, que se dedica a teorizar as contradições da atuação judicial e seus impactos tensionadores na estrutura do Estado Democrático de Direito, o que pode apontar para a construção de uma discussão sobre judicialização da saúde que valorize o funcionamento do Estado como um todo, e, conseqüentemente se mostre com potencial repercussão prática para auxiliar a conformação eficiente do direito à saúde.

2.3 Atuação paradoxal do Poder Judiciário

As ações judiciais demandando prestações em matéria de saúde têm aumentado nos últimos anos no Brasil, especialmente pela Constituição Federal de 1988 ter incorporado a saúde ao rol de direitos sociais¹⁰¹. Dentre os pedidos feitos, são expressivas as solicitações de medicamentos, estando os fármacos previstos ou não nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDTs – que regulamentam o processo de diagnóstico e tratamento farmacêutico – e na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. O aumento da judicialização é sentido, inegavelmente, pela Administração Pública, que na apresentação dos PCDTs afirma:

Uma adequada assistência farmacêutica é parte essencial da assistência à saúde, e o acesso a medicamentos é, em muitos casos, fundamental para o processo de atenção integral à saúde. A garantia do acesso a medicamentos, especialmente àqueles recém-lançados, ditos inovadores, no entanto, tem sido tema frequente de debates e até mesmo de tensões entre usuários e gestores do SUS, muitas vezes mediadas pelo Judiciário.¹⁰²

No contexto desta tensão, entre usuários e gestores do SUS, o Poder Judiciário tem desempenhado, de fato, um papel de equalizador de interesses, tendo enfrentado em suas decisões a colisão entre o direito à saúde garantido ao cidadão/usuário e a realidade material da assistência farmacêutica pública.

Diante do grande número de ações e a chegada da questão ao Supremo Tribunal Federal – STF, este passou a decidir e, simultaneamente, buscar parâmetros objetivos para evitar que decisões judiciais desacertadas pudessem prejudicar o sistema público de saúde como um todo. Assim, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – CE, o STF reconheceu a obrigação do Estado em fornecer medicamentos e indicou condições para orientação de decisões nessa seara.

¹⁰¹ SOUSA, Thanderson Pereira de. A efetividade dos direitos sociais e atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista da OAB PIAUÍ**. Teresina, vol. 1, n. 7, jan/dez, p. 311-327, 2017.

¹⁰² MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas – vol. 1**. Brasília: Secretaria de atenção à saúde, 2010.

Na STA 175, uma decisão paradigmática pós-Audiência Pública nº 4 (audiência da saúde), restou pacificado o seguinte entendimento: (1) quando o medicamento pleiteado for contemplado pela Política Nacional de Medicamentos – PNM, não haverá que se falar em interferência do Judiciário na gestão da política pública; (2) nos casos em que o fármaco não constar nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT e na lista de medicamentos essenciais, deverá sempre ser privilegiado tratamento alternativo oferecido pelo SUS, desde que não fique comprovada sua ineficácia para o caso específico; (3) o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos que se encontram em fase experimental; e (4) os novos medicamentos, que ainda não constam nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, dependem de uma grande produção de evidências científicas para sua concessão¹⁰³.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por sua vez, por intermédio da Recomendação nº 31 de 2010, determinou que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais instalassem órgãos de apoio técnico em questões de saúde, para subsidiarem as decisões dos magistrados vinculados, devendo estes, instruírem tecnicamente as decisões nos conflitos de saúde, com o maior número de instrumentos probatórios possíveis, evitarem a determinação de fornecimento de medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, oitiva – quando possível – dos gestores públicos e a inscrição dos beneficiários nas respectivas políticas públicas, quando existentes¹⁰⁴.

Na Resolução nº 107 de 2010, o CNJ instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas em assistência à saúde, cabendo a este novo órgão o monitoramento das ações envolvendo o direito à saúde, proposição de medidas voltadas para a maximização da rotina processual, estruturação de varas especializadas em disciplina sanitária, definição de ações normativas para prevenção e resolução de conflitos em saúde, etc.¹⁰⁵

O Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde realizou, em 2014 e 2015, jornadas de direito à saúde, buscando discutir com gestores, especialistas e a sociedade em geral, diretrizes para a resolução dos conflitos, bem como a prevenção dos mesmos. Resultante das duas jornadas são os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. Restaram aprovados sessenta e oito enunciados interpretativos, abordando tanto a saúde pública, quanto a de natureza

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. Divulgação: 29/04/2010. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁰⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30/03/2010**. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 107 de 06/04/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>. Acesso em: 15 jan. 2018.

suplementar¹⁰⁶¹⁰⁷. Dos enunciados aprovados nas jornadas de saúde, quinze fazem referência ao fornecimento de medicamentos, são estes os enunciados nº 2, 3, 4, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 51, 52, 53, 57 e 61.

A contradição do Poder Judiciário, nas ações em saúde, pode ser constatada a começar pela atuação do Supremo Tribunal Federal – STF. A Corte buscou definir – na STA 175¹⁰⁸ – critérios para a atuação judicial, tentando coibir decisões equivocadas, que por si, são prejudiciais ao sistema público de fornecimento de medicamentos. Não obstante, o próprio STF flexibilizou os critérios definidos na ação supracitada, alargando sua competência, decidindo em matéria de saúde pela obrigação do Estado em fornecer os medicamentos solicitados pelos cidadãos/usuários, “constata-se que a disposição jurisprudencial [...] é de que o Judiciário pode realizar o controle de políticas públicas [inclusive de fornecimento de medicamentos] e determinar a sua conformação”¹⁰⁹, mesmo que os medicamentos demandados na via judicial não constem nos PCDTs e na RENAME, uma vez que, o direito à saúde deve ser garantido de maneira integral.

Ainda nesta perspectiva, Tábata Costa¹¹⁰, ao analisar a jurisprudência do STF entre 2009 e 2015, concluiu que, a partir de 2010, o Supremo passou a decidir em desfavor do Estado, reconhecendo a obrigação de garantir o acesso aos serviços e prestações em saúde, independentemente de qualquer alegação. Costa identificou também que 47% das demandas julgadas pelo STF tratavam de assistência farmacêutica e de insumos, o que alterou o foco de atuação da Corte, inferindo, por fim, que “a intervenção da última instância do Poder Judiciário não foi motivada pela ausência de ação ou pela morosidade dos demais poderes quanto ao acesso adequado à saúde, mas sim na universalidade e equidade desse acesso¹¹¹”.

¹⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 São Paulo - SP**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na II jornada de direito da saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. Divulgação: 29/04/2010. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁰⁹ SOUSA, Thanderson P. de; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Saúde, políticas públicas e Poder Judiciário. In: ALBUQUERQUE, Felipe B. et al (Org.). **Temas de direito político: políticas públicas em debate**. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2017, p. 380.

¹¹⁰ COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Cadernos Ibero-americanos de direito sanitário**. Brasília, 6 (1). P. 139-152. Jan/mar, 2017.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 146.

O comportamento jurisprudencial do Supremo finda se refletindo na atuação dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, pois, se a instância maior do Poder Judiciário encerra confirmando a obrigação do Executivo em fornecer medicamentos, independentemente das disposições técnicas previstas na legislação do sistema público de saúde, podem também os Tribunais, e os magistrados a eles vinculados, igualmente, decidirem neste sentido.

Feitas essas considerações, passa-se a delinear a conjectura para o problema de pesquisa levantado, que posteriormente será submetida a verificação. A princípio, é necessário facear os motivos que levam os cidadãos a demandarem do Poder Judiciário uma decisão que efetive de fato o direito à saúde, previsto no texto constitucional.

De forma indiciária, é possível asseverar que deficiências na prestação da assistência farmacêutica constituem justificativas para o acionamento do Judiciário e, dentro dessa realidade, pode-se levar em conta duas percepções: a primeira, de que existe falha na política pública de fornecimento de medicamentos – esta por sua vez determinada juridicamente e que coordena os meios disponíveis ao Estado para a implementação do direito social à saúde – e, a segunda, que induz à verificação de que a política pública de assistência farmacêutica não contempla todas as necessidades dos usuários, dada uma impossibilidade fática, e por conseguinte, jurídica.

A existência de uma política pública para concretização de direitos previstos na Constituição Federal de 1988 é a expressão de uma mudança paradigmática na forma de estado, que passa do Liberal para o Social¹¹², e à medida que a política pública é executada, em conformidade com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, o direito por ela perseguido tende a se materializar na vida dos cidadãos, prestando-se a função de ampliar a dignidade humana.

Maria Paula Dallari Bucci¹¹³ explica que “[...] a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais [...]”, ainda a autora orienta no sentido de que o processo de garantia dos direitos depende de uma mediação do Estado, deste modo, levando em consideração as assertivas de Bucci, é factível que não é suficiente a existência de uma política pública de assistência farmacêutica para que o direito à saúde seja corporificado, além da

¹¹² MENDONÇA, Ana Maria Ávila. **Estado e direitos sociais no Brasil**: entre a modernidade e o retrocesso. Maceió: Edufal, 2009.

¹¹³ BUCCI, Maria P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

comparência da política específica, é necessário, igualmente ou de forma superior, o impulso do Estado para que os direitos a serem alcançados e protegidos não sejam condenados à ausência de efetividade.

O interesse público deve ser compreendido enquanto um princípio político, orientando a organização do Estado¹¹⁴. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁵ explica que tal princípio deve ser concebido como a busca pelo bem de todos, no Estado de Direito Social. Assim, deve existir o interesse público na prestação de serviços de saúde de qualidade, universalizado e isonômico, o que exige do Judiciário não somente uma conduta corretiva de falhas da ação administrativa, mas muitas vezes uma atuação compreendendo as questões sanitárias em uma ótica global.

Nessa circunstância, é evidente que o Poder Judiciário, no enredo da judicialização do fornecimento de medicamentos, pode satisfazer as demandas que são levadas a ele, corrigindo a falha na prestação da assistência farmacêutica, e isto não configura uma interferência do jurídico no político, mas antes se esculpe como o controle do jurídico sobre o político¹¹⁶, contudo, diante de uma judicialização excessiva, a atuação do Judiciário, mesmo corrigindo, em tese, uma falha na prestação de ações e serviços de saúde, pode transformá-lo em um verdadeiro gestor de políticas públicas de saúde.

De outro lado, é urgente considerar que, a implementação de direitos, incluído nestes a saúde, e respectivamente o fornecimento de medicamentos, depende da criação e execução de políticas públicas que devem respeitar opções que reflitam, na medida do possível, a maior consolidação da dignidade humana, o que implica na realização de escolhas trágicas e alocação de recursos financeiros escassos¹¹⁷, face a uma impossibilidade da previsão de todas as necessidades da sociedade. Este tipo de decisão tem uma natureza política inquestionável, sendo natural a competência para tomada de tais decisões imputadas ao Executivo e Legislativo. Torna-se explícita, ainda, a vinculação de direitos a dotações orçamentárias, a implementação de direitos tem custos¹¹⁸.

¹¹⁴ MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos omdeterminados, interpretación e discricionalidad administrativa**. Madri: Editorial Civitas, 1976, p. 316.

¹¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233, 238.

¹¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 16 nov. 2017.

¹¹⁷ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton, 1978.

¹¹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York – London : W. W. Norton & Company, 2006.

Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹⁹, ao discorrer sobre a judicialização da saúde no Brasil, assinala que o volume de questões que chegam ao Poder Judiciário é massivo e preocupante. Tomando em conta esta indicação, a preocupação decorrente do processo de deslocamento de decisões relevantes, em questão de saúde, para o espaço judicial se dá pela possibilidade de não consideração das limitações que o Estado possui, isto acontece no momento em que o Judiciário determina a entrega de medicamentos que não constam nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs e na RENAME.

As decisões judiciais que deferem os pedidos de fornecimento de medicamentos, em caráter individual são, em grande parte, fundamentadas em uma interpretação extremamente ampla do direito à saúde, associada também ao princípio da dignidade humana, à vida, a integralidade e universalidade do acesso aos serviços e prestações de saúde.

Nesse esteio, Celso Barberato e Zaiden G. Neto¹²⁰ explicam que a interpretação da expressão “direito à saúde” compreende uma dimensão subjetiva, em que se torna exigível o acesso universal e igualitário a todos os serviços e produtos indispensáveis a manutenção da saúde do indivíduo. Dito isso, é crível conceber a noção de um direito à saúde ilimitado, que por ser assegurado de forma universal e integral, viabiliza o acesso a qualquer tratamento farmacêutico via Poder Judiciário.

Ainda é possível enumerar, como um fator que pode contribuir para uma atuação voluntariosa do Poder Judiciário, a “emancipação e apropriação dos cidadãos em relação aos direitos sociais [...], que os reivindicam no contexto judicial”¹²¹. Cunha e Couto¹²² ratificam este argumento, e, afirmam que “some-se [...] a relativa conscientização do cidadão acerca de seus direitos, novos procedimentos judiciais e a criação e organização das Defensorias Públicas, que caracterizam o movimento de facilitação de acesso à justiça [...]”, que encarados conjuntamente, propiciam as condições necessárias para o acionamento do Judiciário.

Desta feita, podem ser elencadas algumas implicações observáveis frutos da conjectura elaborada anteriormente, quais sejam: a ampla concessão de pedidos de medicamentos pelo Judiciário, estando os fármacos previstos ou não nos PCDTs e na RENAME; a dispensabilidade

¹¹⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Brazil: health inequalities, rights and courts - the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely ; GLOPPEN, Siri. **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?**. Harvard University Press, 2011.

¹²⁰ BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação da UFC**. Vol. 32. Nº 2. Jul/dez, 2014.

¹²¹ SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Vol. 89. Nº 2. Jul/Dez, p.184-208, 2017, p. 192.

¹²² CUNHA, Alexandre L. D.; COUTO, Mônica B. Transformações do estado, novos rumos para a tutela jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. **Revista Prima F@cie**. Vol. 16. N. 31., p. 1-33, 2017.

dos enunciados interpretativos definidos nas Jornadas de Direito à saúde; criação efetiva de nova política pública; alteração inquestionável na essência da política pública de dispensação de medicamento já existente; desconsideração das normas que regulamentam o fornecimento de medicamentos, sejam elas elaboradas pelo Legislativo ou Executivo; e, por fim, a interferência no orçamento público, inclusive com a determinação de bloqueio de valores nas contas do Estado para a satisfação das determinações judiciais.

Dedica-se, nesta altura do estudo, à tentativa de verificação das implicações ora mencionadas, buscando identificá-las na experiência da Justiça do Estado do Piauí, a fim de corroborar ou falsear a conjectura elaborada, bem como clarear outras possíveis repercussões que estejam diretamente a ela relacionadas.

A pesquisa ganha um contorno empírico por procurar as repercussões da hipótese proposta no mundo real. Nesse sentido, Lee Epstein e Gary King¹²³ determinam que “o que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, *dados*, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo”, e inclusive esses dados ou fatos podem ser percebidos a partir da “legislação ou jurisprudência”¹²⁴.

A população de interesse é constituída pelas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, entre os anos de 2015 e 2017, em sede de mandado de segurança, nos quais os pedidos feitos via *writ* tratavam especificamente do fornecimento de medicamentos e/ou insumos necessários a manutenção do bem-estar físico e mental dos impetrantes, figurando no polo passivo da ação o Estado do Piauí.

Fora realizada pesquisa no sítio virtual do Tribunal de Justiça do Piauí, na aba “jurisprudência” (<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia>), utilizando-se dos seguintes critérios: (a) alta restrição; (b) classe: mandado de segurança; (c) relator: todos os relatores; (d) órgão julgador: todos os órgãos; (e) data da sessão: 05/01/2015 a 22/12/2017; (f) palavras-chave: direito à saúde; sistema único de saúde – SUS; medicamentos; fornecimento; obrigação do estado; PCDTs, e, por último (g) contendo todas as palavras. Com a realização desse procedimento, constatou-se a existência de 297 mandados de segurança disponíveis no sistema do Tribunal de Justiça do Piauí.

Diante da necessidade de se coletar o maior número de dados possíveis¹²⁵, para melhorar a pesquisa, contrastada com o número considerável de processos, utilizou-se de

¹²³ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. São Paulo: FGV, 2013, p. 11.

¹²⁴ Ibidem, p. 11.

¹²⁵ Ibidem.

amostra de probabilidade aleatória para definir quais os processos a serem analisados. Epstein e King indicam que na amostragem de probabilidade aleatória, cada amostra deve ter preferencialmente a mesma probabilidade de ser selecionada, uma vez considerada a população de interesse total¹²⁶. Os autores ainda explicam: “amostragem de probabilidade aleatória envolve a identificação da população de casos e a seleção de um subgrupo conforme as regras conhecidas de probabilidade”¹²⁷.

Cálculo amostral foi realizado por intermédio de plataforma online¹²⁸, própria para a seleção aleatória com variáveis categóricas ou não numéricas, que são medidas em escala nominal “ou evidência não-numérica (qualitativa)”¹²⁹. Os critérios utilizados para o cálculo, foram: (a) erro amostral de 10%, constituindo a diferença entre o valor estimado e o efetivo valor da população alvo; (b) nível de confiança em 95%, correspondendo à probabilidade de que o erro de amostra real seja menor que o valor admitido na pesquisa; e (c) a população, igual a 297 mandados de segurança. O resultado, para a amostra necessária a ser observada no estudo, totalizou 73 mandados de segurança. A seleção das amostras ocorreu por sorteio, cada amostra da população total recebeu prefixo (MS) e número (de 001 a 297).

O tratamento dos mandados de segurança se subdivide em duas dimensões: medida e estimativa. A primeira se traduz na medição, em outras palavras, na comparação de “um objeto de estudo [...] com algum *standard* (padrão)”¹³⁰, para essa tarefa foram levantados treze aspectos comportamentais observáveis nas amostras, quais sejam: representante do impetrante; pedido de medida liminar; julgamento do pedido de liminar; existência de parecer técnico fundamentando a decisão; devida consideração do parecer técnico, se existente; motivação do pedido feito em sede de mandado de segurança; existência de pedido administrativo anterior ao pedido judicial; resposta do pedido administrativo; indiferença da decisão em relação às listas oficiais do SUS; consideração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas enquanto formalidade; impossibilidade de invocação da reserva do possível pelo Estado do Piauí; bloqueio de verbas na conta única do Estado do Piauí; julgamento definitivo do *writ*.

Para cada aspecto foram definidos padrões de repostas, *standards*, que foram traduzidos para números inteiros, viabilizando tratamento estatístico, correspondendo à dimensão de tratamento em estimativa. Os aspectos de observação, e respectivos padrões

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem, p. 138.

¹²⁸ SANTOS, Glauber Eduardo de Oliveira. **Cálculo amostral**: calculadora on-line. Disponível em: <http://www.calculoamostral.vai.la>. Acesso em: 18 jan. 2018.

¹²⁹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. São Paulo: FGV, 2013, p. 11.

¹³⁰ Ibidem, p. 101.

constam nos apêndices, bem como a matriz de dados, que é responsável pelo desenho do exame quantitativo¹³¹.

Por último, observados os dados com base nas medidas e padrões estabelecidos previamente, a estimativa constitui uma combinação de duas abordagens: (1) tratamento estatístico com construção de percentual simples, e, (2) análise multivariada de dados por componentes principais.

O mandado de segurança é instrumento hábil para a defesa de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou em potencial risco de lesão por ato de uma autoridade, desde que não haja a possibilidade de cabimento de *habeas corpus* ou *habeas datas*¹³². Em relação à expressão “direito líquido e certo”, Meirelles, Wald e Mendes¹³³ consideram que esta diz respeito a um direito incontestado, não inequívoco, delimitado por norma jurídica e apto a ser exercitado pelo impetrante do *writ*. Nessa esteira, Nunes Júnior e Sciorilli¹³⁴ acrescentam que o direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, que independe de ulterior comprovação e simultaneamente traz as devidas condições de aplicabilidade.

O art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, prevê a possibilidade da concessão de medida liminar, podendo o juiz determinar a suspensão do “ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”¹³⁵, seguindo essa linha, Meirelles, Wald e Mendes¹³⁶ explicam que a concessão da medida liminar exige a relevância do motivo que lastreia o pedido e a probabilidade de uma lesão irreparável, sendo que o deferimento do pedido de liminar não é antecipação de efeitos da sentença derradeira, mas é procedimento cautelar que protege o impetrante.

Da coleta e manipulação dos dados, seguindo o caminho metodológico explicitado anteriormente, pode-se detectar que há uma ampla concessão de medicamentos, tendencial a um fornecimento de fármacos quase que irrestrito, vez que não há variação entre as decisões proferidas em relação aos pedidos de medida liminar e o provimento final das demandas.

¹³¹ LIMA, Marcia. Introdução aos métodos quantitativos em ciências sociais. In: **Métodos de pesquisa em ciências sociais: bloco quantitativo**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP, 2016.

¹³² BRASIL. Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm. Acesso em: 20 jan. 2018.

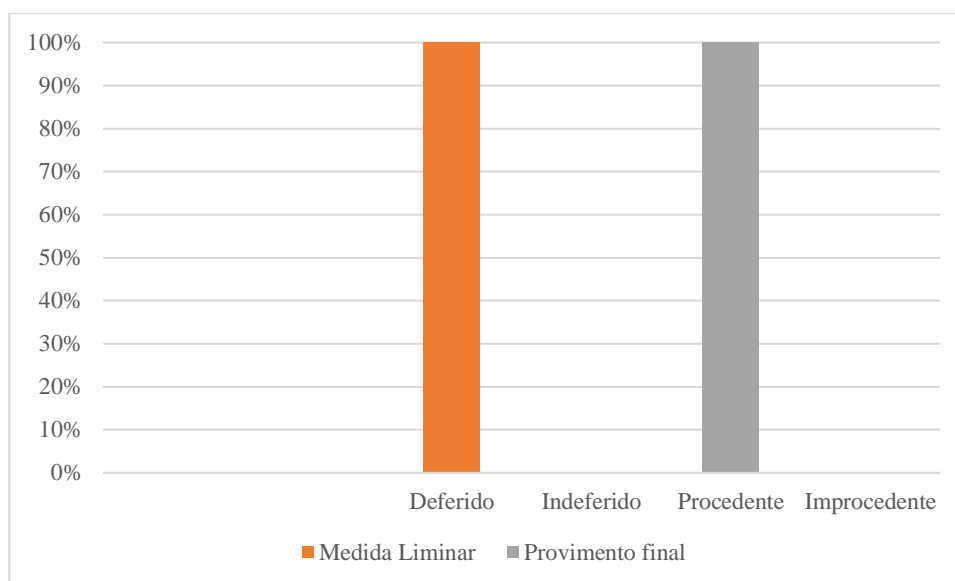
¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. **Mando de segurança e ações constitucionais**. 37ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹³⁴ NUNES JR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança**. 3ª. Ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

¹³⁵ BRASIL. Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm. Acesso em: 20 jan. 2018, p. 1.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. *Op. cit.*

Gráfico 1 – Variação decisional nos mandados de segurança.



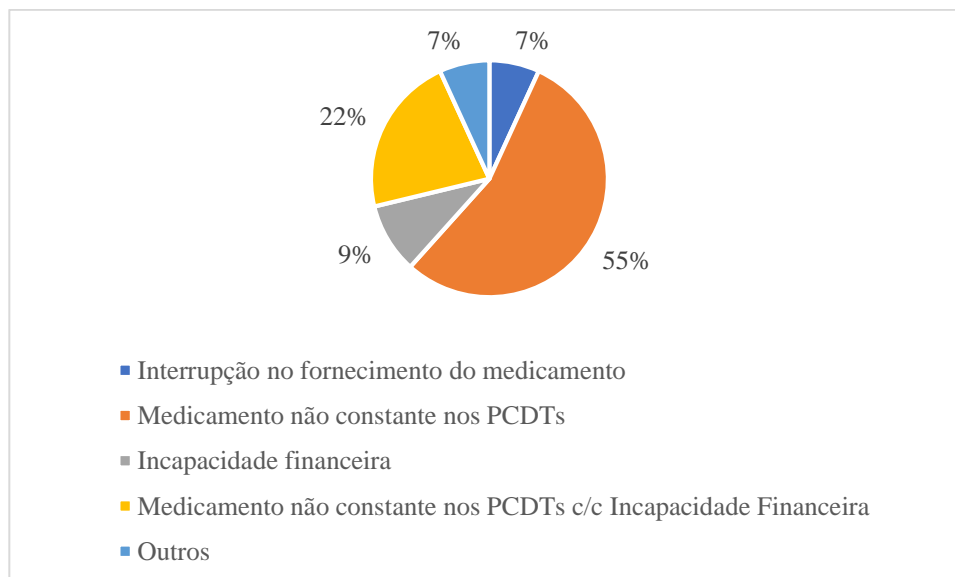
Fonte: Dados da pesquisa.

Nota-se, pelo exposto, que não há variação entre as decisões tomadas na análise do pedido de medida liminar e a decisão definitiva. Há de se conceber que, no julgamento do pedido da medida acauteladora, o Tribunal de Justiça do Piauí tem verificado motivo relevante que fundamenta o mandado de segurança, e, também, a existência de abertura à efetiva lesão irreversível, admitindo, de igual modo, que em todos os casos o direito líquido e certo fora detectado, fato indicador de que estando ou não os medicamentos pleiteados previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs e RENAME, o direito à saúde é interpretado de maneira ampla e irrestrita, a fim de se deferir o pedido liminar, entendimento posteriormente mantido no provimento final em 100% dos casos.

Com relação aos motivos que justificam o pedido de segurança, os padrões definidos para verificação foram: (1) interrupção do fornecimento do medicamento; (2) falta de previsão do fármaco nos PCDTs; (3) incapacidade econômica do autor do pedido¹³⁷; e, (4) outros, sendo os padrões passíveis de combinação.

Gráfico 2 – Fatores de impacto na judicialização.

¹³⁷ A incapacidade econômica dos impetrantes é aferida por afirmação nos termos das petições iniciais, sendo acolhida de plano.



Fonte: Dados da pesquisa.

Observa-se que, os fatores evidenciados pela coleta de dados, como provocadores de repercussão na judicialização do fornecimento de medicamentos, dentro do contexto da observação, dizem respeito a questões que extrapolam a competência constitucional do Poder Judiciário.

Considerando os fatores (1) medicamentos não constantes nos PCDTs (55%), (2) incapacidade financeira [do impetrante] (9%) e a (3) combinação desses dois padrões (22%), é clara a interferência do Judiciário na atuação dos Poder Políticos, há criação de política pública. O Tribunal tem concedido, na totalidade dos processos estudados, o fornecimento de medicamentos que não constam nos Protocolos de organização de tratamento e assistência farmacêutica do SUS, inclusive simultaneamente, fazendo juízo sobre a capacidade financeira do cidadão usuário. É a criação de uma política pública “judicial”, há a efetiva realização de uma “escolha trágica”.

Guido Calabresi e Philip Bobbit¹³⁸, instruem que a lição central das escolhas trágicas é que essas escolhas são situações sem vitórias, vários métodos para dispensar bens trágicos e consequentemente escassos têm vantagens especiais, mas todos, no final, têm suas falhas trágicas, desse modo, as escolhas trágicas dentro do contexto brasileiro, um Estado Democrático de Direito, devem ser realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, democraticamente legitimados para decidirem pela dispensação dos recursos limitados do Estado, e pelas “tragédias” a serem enfrentadas.

¹³⁸ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

Ricardo Lobo Torres¹³⁹, ao tratar da função política em matéria orçamentária, elucida que ela deve ser entendida como o meio de controle e limitação da Administração em relação ao uso dos recursos públicos, que fica restringida com sua atuação à execução de despesas e limites estabelecidos pelo Legislativo, então, não pode o Judiciário envolver-se em questões orçamentárias, e nem deveria decidir no rumo de suas decisões reverberarem no campo financeiro, praticando uma orçamentação judicial distributiva e afetação de recursos. Neste cenário, é preciso garantir a decisão política na atividade financeira do Estado como forma de consolidar a democracia¹⁴⁰, a universalidade e isonomia nas ações e serviços de assistência terapêutica.

Em relação à interrupção no fornecimento de medicamentos (7%), é de se concordar com a tese neoconstitucionalista de reestabelecimento da autoridade constitucional¹⁴¹, pois, há um direito previsto na Constituição de 1988, uniformemente existe política pública para a distribuição do medicamento, todavia, pela omissão do Poder Público o fármaco deixa de ser fornecido, o que não deve ser tolerado.

Muito embora se concorde com essa premissa, é imprescindível atentar para que diante de reiteradas omissões do Estado em fornecer medicamentos, obedecendo à Constituição, a Lei nº 8.080/90 e os demais textos normativos em matéria de saúde, a atuação judicial pode se tornar insuficiente, por efeito de nem todos os cidadãos que necessitam da assistência farmacêutica pública terem as condições de acesso ao Judiciário, nessa circunstância Sadek¹⁴² informa: “a porta de entrada [do Judiciário] atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para a grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos”.

O Enunciado Interpretativo - EI nº 18, da I Jornada de Saúde, determina “sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde-NATS”¹⁴³. No âmbito do Tribunal de Justiça do Piauí, a observação desta recomendação é controversa.

¹³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

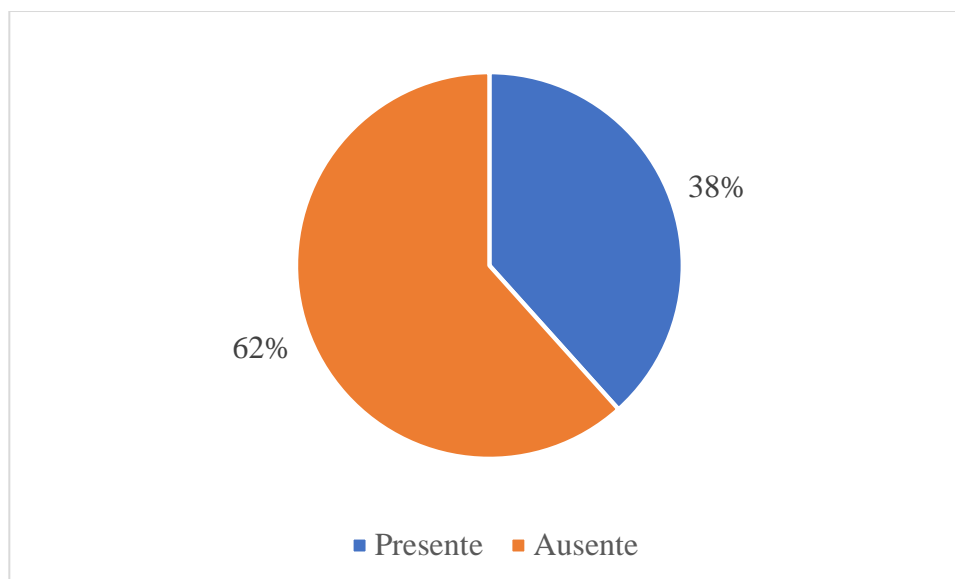
¹⁴⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora RT, 2009.

¹⁴² SADEK, Maria Teresa Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. São Paulo. Nº 101. P. 55-66. Mar/maio, 2014, p. 60.

¹⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados interpretativos em saúde pública**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 20 jan. 2018.

Gráfico 3 – Parecer técnico do Núcleo de Apoio Técnico aos Magistrados - NATEM

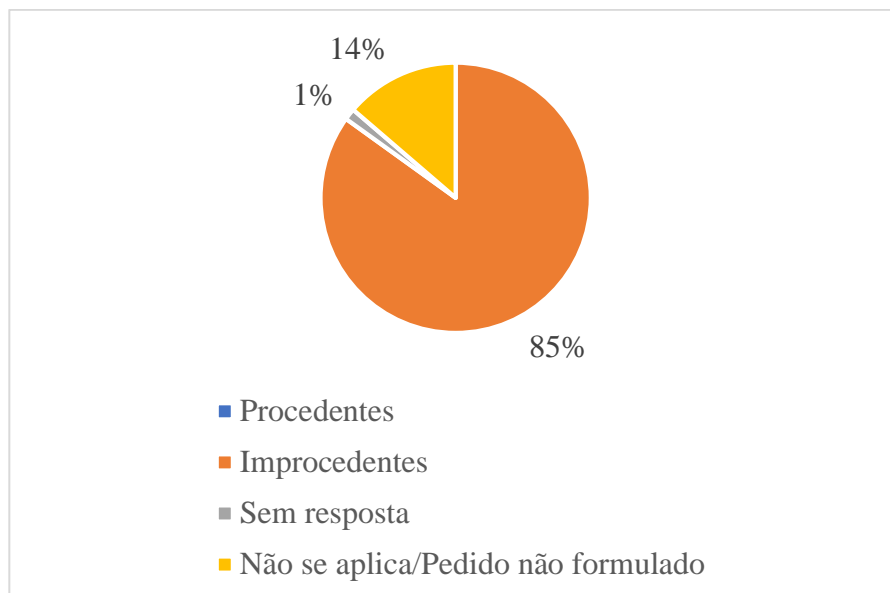


Fonte: Dados da pesquisa.

Na maioria dos casos apreciados, o parecer técnico que é sugerido pelo EI nº 18 não consta. A ausência do parecer, que em tese deveria fundamentar decisão judicial, evitando julgamento equivocado, simboliza a inexpressividade prática dos enunciados interpretativos e, similarmente, a dispensabilidade de fundamento técnico, em geral, face à urgência característica do mandado de segurança, que pode ser inclusive reforçada com assento em declaração médica de caráter duvidoso.

O EI nº 3 aconselha que seja procurada, via administrativa, a resolução de conflitos nos casos envolvendo o direito à saúde. Não obstante, quando há pedido administrativo, maioria é julgada improcedente, e, em outra parcela, não há a formulação destes pedidos, demonstrando perecibilidade da prevenção à judicialização desnecessária.

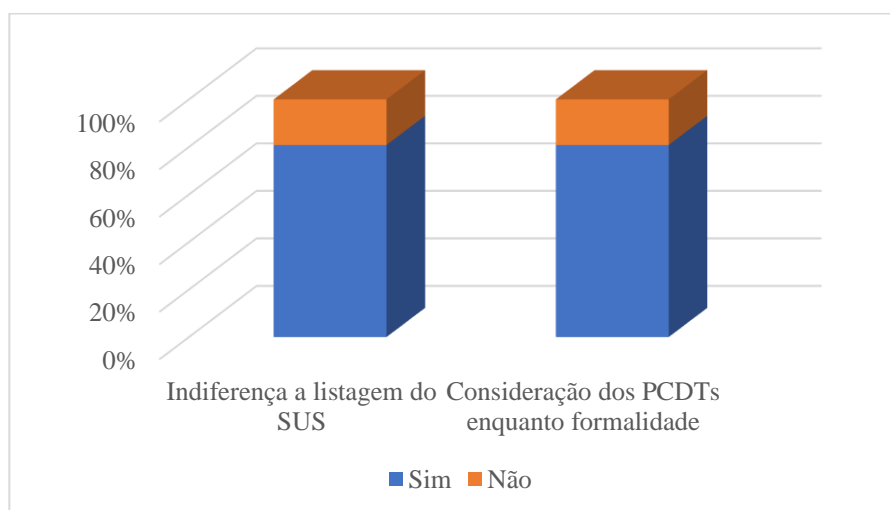
Gráfico 4 – Pedido administrativo prévio ao procedimento judicial



Fonte: Dados da pesquisa.

Considerando que 55% dos medicamentos solicitados, na seara judicial, não constam nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs do SUS, e de modo consequente, não estão previstos nas listas oficiais de distribuição de fármacos, o fundamento principal para o julgamento de improcedência do pedido administrativo elaborado pelos impetrantes, em geral, é a ausência de uma escolha técnica baseada em evidências no contexto da assistência farmacêutica pública. Apesar disso, as decisões judiciais tratadas neste estudo revelam que há desprezo aos marcos regulatórios da assistência farmacológica. O gráfico a seguir favorece esta interpretação.

Gráfico 5 – Consideração dos critérios de assistência terapêutica definidos pelo SUS



Fontes: Dados da pesquisa.

É exequível engendrar que há desconsideração das escolhas realizadas pelos Poderes Políticos, dentro da regulamentação da assistência farmacêutica. As decisões judiciais analisadas, que deferem o pedido feito em medida liminar e preservam na integralidade a decisão acauteladora no provimento final, não respeitam em 80% dos casos a listagem do SUS e os PCDTs, que orientam e organizam o processo de tratamento medicamentoso no sistema público de saúde, bem como não se coadunam com os parâmetros fixados pelo STF e CNJ. Os casos de respeito a estas diretrizes, identificados na pesquisa, com a verificabilidade de 20%, podem ser atribuídos aos fatores de judicialização de “interrupção no fornecimento de medicamentos”, “incapacidade financeira do impetrante” e “outros”, posto que nessas dimensões pode haver a previsão do fármaco solicitado nos PCDTs e nas listas oficiais.

Marcus Abraham¹⁴⁴ ensina que a “atividade financeira é considerada um dos instrumentos para a consecução das finalidades estatais”, que se confundem com as finalidades constitucionais. Nesse lastro, Abraham esclarece que essa atividade-meio depende de processos regulatórios próprios, estes, a seu turno, buscam equacionar as limitações financeiras do estado¹⁴⁵, e “neste momento deparamo-nos com a difícil tarefa de equalizar as limitações financeiras do Estado brasileiro, as dificuldades de gestão pública e os objetivos a serem atingidos”¹⁴⁶.

Sunstein e Holmes¹⁴⁷, ao elaborarem sua teoria sobre o custo dos direitos, reconhecem que a atuação do estado é indispensável à garantia de direitos, pois, isso implica na realização de escolhas e a persecução de um ou outro direito possui um custo, seja o direito de natureza positiva ou negativa. Com fundamento no exposto, faz-se mister analisar o gráfico que segue:

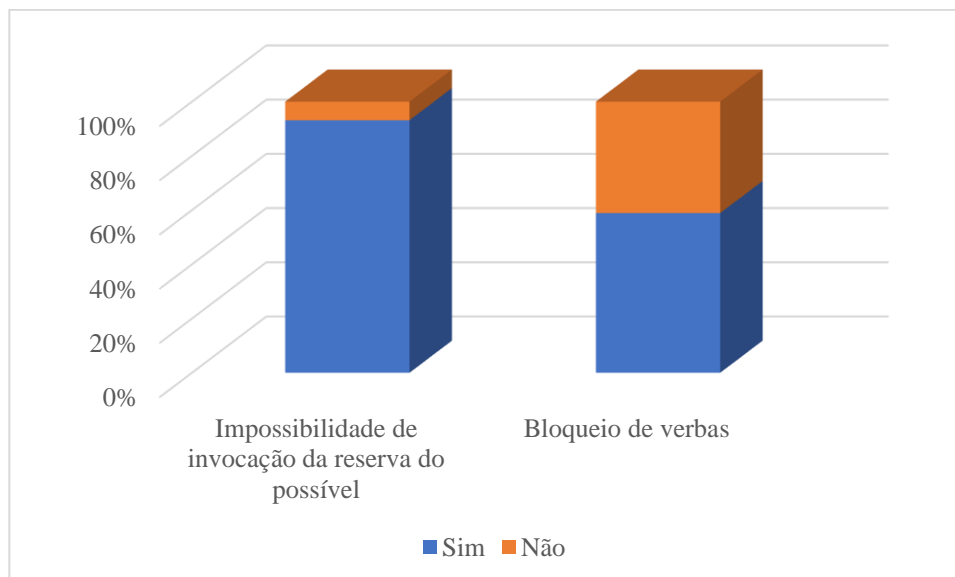
Gráfico 6 – Dimensão de consideração da atividade financeira nas decisões

¹⁴⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 3ª. Ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 61.

¹⁴⁵ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁶ ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁷ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.



Fonte: Dados da pesquisa.

No que concerne à matéria orçamentária, restou captado que não há, por parte do Judiciário, respeito pela natureza política de algumas decisões financeiras e alocações orçamentárias. Evidenciou-se, na fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça do Piauí, a impossibilidade de se levantar como argumento de defesa a limitação financeira do Estado, o que implica na concessão de qualquer medicamento pelo Judiciário. Associado a este fenômeno, consignou-se simultaneamente, a tendência do bloqueio de verbas na Conta Única do Estado do Piauí para o cumprimento das determinações judiciais, pelo sistema Bacenjud, com o índice de ocorrência chegando a 40%, na amostra averiguada.

Montesquieu, tratando da separação dos poderes, assinala:

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.¹⁴⁸

Apesar de ocorrida uma remodelação na teoria clássica da separação dos poderes de Montesquieu¹⁴⁹, a afirmação ora citada é atual. Se o Judiciário age gerindo política pública de fornecimento de medicamentos, que é papel do Executivo, e interfere no orçamento público, inclusive bloqueando verbas na conta do estado, alargando sua competência, por força do “[...]”

¹⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto L. Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169.

¹⁴⁹ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

poder da sentença judicial, que precisa ter efetividade máxima sob pena de desequilíbrio [...]”¹⁵⁰, torna-se poder arbitrário e opressor, nas linhas descritas por Montesquieu.

Diante dessa possibilidade, o Judiciário se comporta como um poder que cria mais tensões que certezas no campo do fornecimento de medicamentos. Se para uns – a grande maioria, na verdade – prevalecem as disposições contidas nos PCDTs e nas listas oficiais do SUS, para outros – aqueles que têm acesso ao Judiciário – vale o entendimento paternalista judicial, concedendo tantos medicamentos quantos solicitados¹⁵¹.

Cunha e Couto¹⁵² reforçam essa tese:

A jurisprudência atual, voltada à consecução de determinados princípios, acaba por provocar uma certa tensão, especialmente quando assume contornos de decisões que usurpam as competências de outros poderes, ou, mais precisamente, quando judicializam a política - decidindo uma questão de forma a, possivelmente, gerar uma crise institucional. Isso acontece, especialmente, quando a sociedade, face à inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, passa a atribuir aos magistrados a função ativa de afirmação-concretização dos mais diversos direitos.

A tendência desse tipo de comportamento judicial, é a provocação de um desconforto político e desigualdade social no que se refere a assistência farmacêutica pública. No lastro do Constitucionalismo Democrático, é inconcebível que o Judiciário atue como responsável constitucional supremo “para implementar políticas públicas de saúde, interferindo no orçamento do Estado e desprezando a legislação infraconstitucional no que toca o direito sanitário”¹⁵³, com respaldo na “incapacidade crônica dos demais Poderes, ocupados por interesses que muitas vezes não coincidem com os dos cidadãos eleitores”¹⁵⁴.

Alinha-se, nessa altura do estudo, com o pensamento de António José Avelãs Nunes, para quem os tribunais não podem determinar bloqueio de verbas nas contas dos entes federados, nem mesmo ordenar o depósito judicial para a satisfação de suas decisões (equivocadas!), que consideram objetivos individuais a serem perseguidos de maneira arbitrária. Ao Judiciário não cabe a função de fazer escolhas políticas¹⁵⁵.

¹⁵⁰ QUEIROZ, Tiago V.; LEITE, Moabe S.; MACHADO, Raquel Ramos. Judiciário e Executivo: controle jurisdicional dos atos administrativos e controle de constitucionalidade do orçamento público. In: MAIA, Gretha (Coord.). **O Poder Judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017, p. 216.

¹⁵¹ SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Vol. 89. Nº 2. Jul/Dez, p.184-208, 2017.

¹⁵² CUNHA, Alexandre Luna da. COUTO, Mônica Bonetti. Transformações do estado, novos rumos para a tutela jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. **Revista Prim@ Facie**. Vol. 16. Nº. 31, p. 1-33, 2017, p. 26.

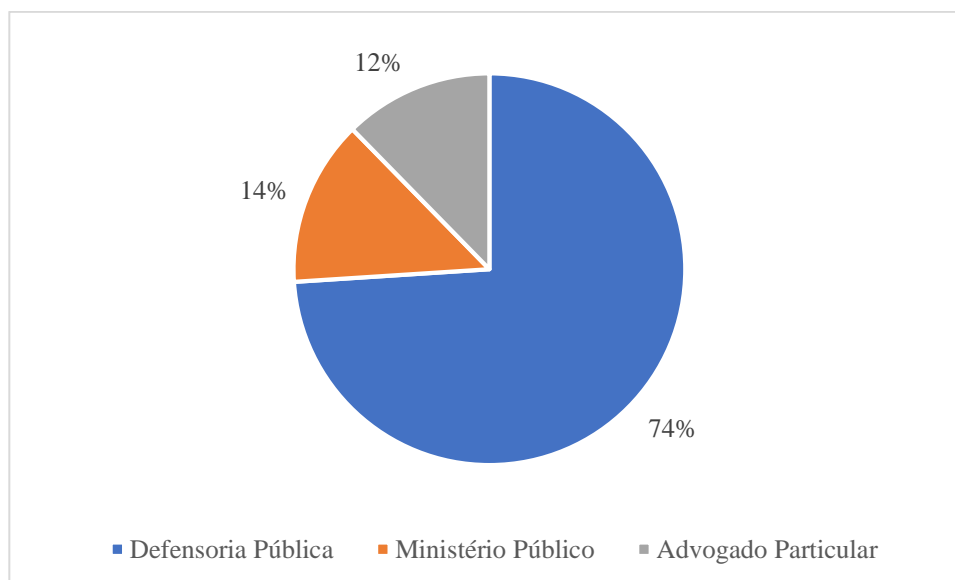
¹⁵³ SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. *Op. cit.*, p. 196.

¹⁵⁴ NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, A. J. A.; SCAFF, Fernando F. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 14.

¹⁵⁵ NUNES, António José Avelãs. *Op. cit.*

O último aspecto, encarado na análise estatística percentual simples, é a representação dos impetrantes, que indica os tipos de mandado de segurança, se individual ou coletivo, além de ser indício de grave desigualdade no acesso aos serviços do Judiciário.

Gráfico 7 – Representação do sujeito ativo do *writ*



Fonte: Dados da pesquisa.

A Defensoria Pública responde pela maior parte da representação processual daqueles que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, na esfera judicial. Insta salientar, que nesses casos, há uma problemática resultante da falta de capacidade de as Defensorias Públicas em alcançarem todos aqueles que necessitam de serviços jurídicos gratuitos, “[uma] análise dos mapas das Defensorias [...] revelou que as Defensorias não conseguem atender demandas de metade das comarcas de todo Brasil e das comarcas atendidas”¹⁵⁶.

Com relação ao Ministério Público, que atua nos casos de mandados de segurança coletivo, previstos pela Lei nº 12.016/2009¹⁵⁷, diante do pequeno percentual de representação detectada, é verificável que a possibilidade de uma repercussão coletiva no sentido de melhorar a prestação de fornecimento de medicamentos é diminuta.

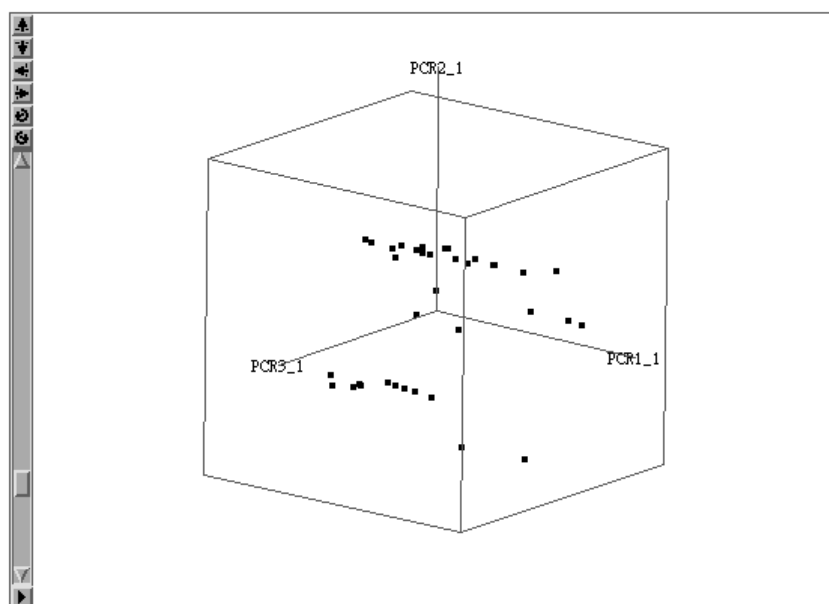
¹⁵⁶ SOUZA, Amanda A. d. O acesso à justiça como parte de uma agenda de políticas do Estado sujeitas a controle público e social no Brasil. **Revista de cidadania e acesso à justiça**. Curitiba. Vol. 1, Nº. 2, p. 643-663, 2016, p. 652. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1479/pdf_1. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm. Acesso em: 13 fev. 2018.

Combinada a representação pela Defensoria Pública, Ministério Público e advogados particulares, conclui-se pela perpetração de desigualdades no acesso à assistência farmacêutica, tendo em vista que, nem todos os cidadãos possuem condições de acesso às Defensorias, que a atuação do Ministério Público em sede de mandado de segurança coletivo é pouco expressiva na reverberação de melhoramento social, assim como o acionamento do Judiciário piauiense por intermédio de advogado particular. Aqueles que não conseguem acessar o Judiciário, dependem exclusivamente da atuação estatal para implementação do fornecimento de fármacos.

A análise multivariada de dados foi realizada com auxílio do programa *SAS Advanced Analytics*, proporcionando a combinação variada dos dados por componentes principais (PCR). Na análise multivariada por componentes principais, há uma definição de similaridade entre as amostras, que é definida pela distância num espaço n-dimensional entre os pontos representantes de cada item, componente da amostra estudada. Quanto mais próximos os pontos no espaço n-dimensional, maior a similaridade entre as amostras¹⁵⁸. A identificação dos componentes principais decorre da associação simultânea das variáveis alcançadas na coleta de dados e a fixação de eixos (PCRs).

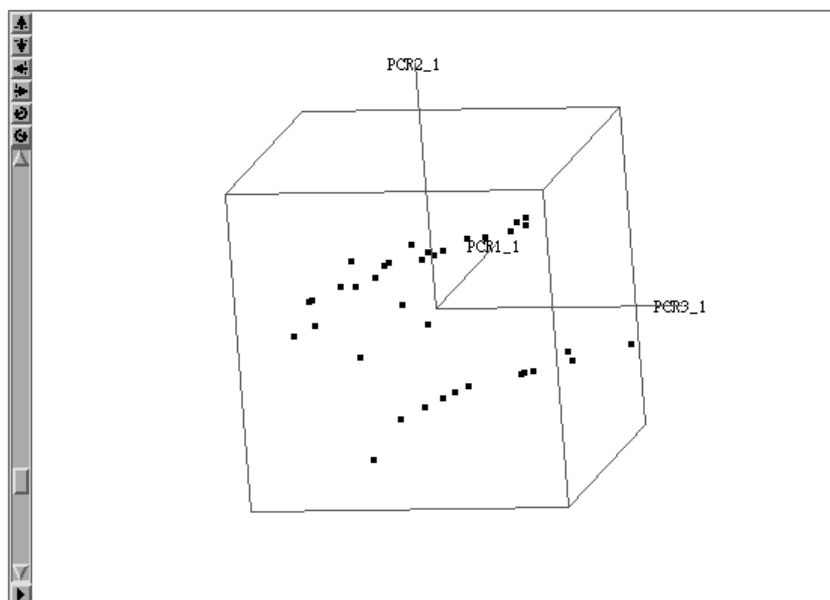
Gráfico 8 – Análise multivariada por componentes principais - PCRa



Fonte: Dados da pesquisa/SAS.

Gráfico 9 – Análise multivariada por componentes principais – PCRb

¹⁵⁸ MOITA NETO, José Machado. MOITA, Graziella C. **Uma introdução à análise exploratória de dados multivariados**. [s. d.]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/qn/v21n4/3193.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.



Fonte: Dados da pesquisa.

Nos gráficos 8 e 9, são observáveis dois agrupamentos de mandados de segurança, que pela proximidade, revelam a similaridade das características atinentes ao modo decisório no âmbito do Tribunal de Justiça do Piauí. Observa-se ainda, que um grupo está mais próximo dos eixos PCR1 e PCR2 dentro do espaço n-dimensional, e o outro, se aproxima do eixo PCR3.

No eixo PCR1, o SAS identificou a tendência de relação entre a resposta do pedido administrativo prévio ao processo e a indiferença aos PCDTs. No PCR2 há relação entre a medida liminar e o parecer técnico do NATEM. Por derradeiro, no PCR3 há relação direta entre a resposta do pedido administrativo e a indiferença aos PCDTs, mas, ao mesmo tempo possui resultado inversamente proporcional entre a medida liminar e o parecer técnico do NATEM.

Dadas as condições para a interpretação dos gráficos 8 e 9, é detectável que o grupo de mandados de segurança que se aproxima dos PCR1 e PCR2, é caracterizado (a – PCR1) pela relação entre o pedido administrativo prévio e a indiferença aos PCDTs, que significa dizer que os pedidos administrativos do fornecimento de medicamentos, sobretudo aqueles fora das listas do SUS, são julgados improcedentes pela Administração Pública, exatamente por não existir previsão do fornecimento dos fármacos baseado em evidências científicas, todavia, o Judiciário não considera a justificativa plausível, determinando o fornecimento e desconsiderando os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas; e, (b-PCR2) as medidas liminares são concedidas sem a existência de parecer técnico do NATEM.

Já o segundo grupo de mandados de segurança, próximo ao PCR3, e, visivelmente menor, mantém relação estreita entre o pedido administrativo prévio e a indiferença aos PCDTs,

mas ao contrário do primeiro grupo, tem relação inversamente proporcional na associação entre a medida liminar e o parecer técnico do NATEM, indicando que há a presença relevante deste documento na construção da decisão judicial.

Da análise dos dados coletados, e do tratamento feito, é possível constatar a corroboração da hipótese levantada neste capítulo. Notadamente, há uma atuação judicial paradoxal no manejo das ações que objetivam o fornecimento de medicamentos pois, a pretexto de se concretizar o direito à saúde, manifesto na assistência farmacêutica, desconsideram-se as normas jurídicas que regulam o processo de dispensação de fármacos e, concomitantemente, os critérios racionais que o Judiciário tem criado para decidir nesses casos. Não há como presumir que os critérios definidos pelo STF, STJ e CNJ serão seguidos pelos tribunais inferiores. Variações nos entendimentos e a frágil hierarquia judicial dificultam a uniformização de decisões sobre direitos sociais¹⁵⁹, especialmente no âmbito da saúde pública, conduzindo a uma contradição visível.

Além disso, a atuação judicial não possui capacidade de sortir efeitos para o desenvolvimento adequado das políticas públicas de saúde. Nesse sentido, Daniel Castanha de Freitas explica que a atuação do Judiciário ocorre mormente em ações individuais (fato evidenciado na análise de dados realizada), concretizando direitos, mas sem quaisquer possibilidades de orientar os Poderes Executivo e Legislativo “[...] à criação de novas alternativas ou à otimização de rotinas públicas já existentes, o que culmina por não estimular o desenvolvimento da situação experimentada na saúde”¹⁶⁰.

No que se refere às determinações judiciais que reestabelecem o fornecimento de medicamentos já previstos pelos PCDTs, e respectivamente na listagem oficial do SUS, não há que se discutir ou criticar a atuação do Judiciário, uma vez que este atua para garantir a supremacia da Constituição de 1988, restaurando a autoridade do Texto Constitucional e perseguindo objetivos socialmente relevantes e politicamente predeterminados¹⁶¹.

A investigação constatou, que dos casos analisados, na experiência do Tribunal de Justiça do Piauí, pequena parcela corresponde a esta dimensão de fatores que importam na judicialização – (7%) interrupção do fornecimento de medicamentos com previsão nos PCDTs

¹⁵⁹ ROSEVEAR, Evan. *Social rights interpretation in Brazil and South Africa*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60968. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>. Acesso em: 13 fev. 2019, p. 170-171.

¹⁶⁰ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018, p. 128.

¹⁶¹ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*

e RENAME. Essa falha na política pública de saúde tem caráter administrativo, indicando que a ação estatal que impulsiona a persecução da proteção da saúde é ineficiente ou inexistente.

Nesse âmbito, é preciso buscar medidas jurídicas que estimulem o administrador público a gerir a assistência farmacêutica com eficiência e adequação (o que será feito nos próximos capítulos do trabalho), pois, da eficiência e adequação, na prestação do serviço público dependem muitos cidadãos, que nem sempre têm condições de acesso ao Poder Judiciário para a garantia de seus direitos.

A atuação judicial nesse terreno é muito relevante, mas tendo em vista que o motivo para a provocação do Judiciário extrapola sua competência, e, de modo similar, potencialmente atinge grande parte dos usuários do SUS, é preciso teorizar sobre condições de funcionamento da Administração Pública que favoreçam a melhor institucionalização do direito à saúde, da assistência farmacêutica.

Se, nos casos de interrupção do fornecimento de medicamentos o Judiciário faz uma interpretação sistemática, considerando o Direito não como um conjunto de normas dispostas aleatoriamente, mas como um ordenamento lógico e coeso¹⁶², tomando em conta as disposições da Constituição de 88, a Lei nº 8.080 de 1990 e as demais orientações normativas da Política Nacional de Medicamentos – PNM, dando um provimento eficaz ao jurisdicionado e zelando pelo cumprimento do direito e execução eficiente da política pública já existente, ao contrário, nos casos de medicamentos não constantes na PNM, e conseqüentemente nos PCDTs e na RENAME, o Judiciário realiza uma interpretação equivocada e ampla da Constituição e do direito à saúde, buscando concretizar aquilo de melhor que o texto constitucional pode ser¹⁶³, ainda que este comportamento acarrete inobservância para com as normas que regulam a assistência farmacêutica.

Ingeborg Maus, ao abordar o papel do Poder Judiciário na sociedade, observa que “toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada”¹⁶⁴, assim, na conjuntura da judicialização do fornecimento de medicamentos, da maneira como as decisões vêm sendo tomadas pelo Judiciário, há verdadeiro desrespeito às

¹⁶² SAVIGNY, Friedrich C. V. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: SAVIGNY, Friedrich C. von. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

¹⁶³ JHERING, Rudolf. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

¹⁶⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, N. 58, nov, p. 183-202, 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIOCOMOSUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018, p. 189.

normas infraconstitucionais que disciplinam a Política Nacional de Medicamentos, e a própria Constituição Federal de 1988.

Em relação aos medicamentos não previstos pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDTs, é claro o movimento de criação de uma política pública judicial de assistência medicamentosa. Nessa orientação, Neal Tate¹⁶⁵ explica que na dimensão da judicialização, os magistrados passam a ter poder sobre a produção de políticas públicas, criando verdadeiras normas, ação caracteristicamente aceita quando se trata de outros Poderes, que não o Judiciário. É uma desconsideração da Lei orgânica do SUS, que no artigo 19-M afirma:

A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P.

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.¹⁶⁶

A Lei nº 8.080/1990, é enfática: a assistência terapêutica integral, na vertente de medicamentos, envolve somente aqueles previstos nos PCDTs, a percepção legal do termo “integralidade” não pode ser traduzida como acesso ilimitado e irrestrito a todo e qualquer fármaco, como vem fazendo o Judiciário do Piauí.

O artigo 19-P estabelece que na ausência de PCDTs os gestores das esferas federal, estadual e municipal são os responsáveis pela criação de relação de medicamentos suplementar. Já o artigo 19-Q, esclarece que o Ministério da Saúde é responsável pela incorporação, inclusão ou alteração de medicamentos e produtos no SUS¹⁶⁷.

Há então, uma marginalização da legislação que regula o fornecimento de medicamentos. Mangabeira Unger¹⁶⁸ explica que a tendência de marginalização da legislação

¹⁶⁵ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In : TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 13 mar. 2018, p. 01.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 13 mar. 2018, p. 01.

¹⁶⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. London/New York: Verso, 1996.

é fruto de desconforto entre a Teoria do Direito e a Democracia. Nessa perspectiva, o Judiciário concebe equivocadamente o direito à saúde como absoluto, podendo justificar, inclusive, o abandono das leis que regem o sistema público de saúde brasileiro.

Não há que se falar em uma atuação judicial, nos termos da que fora analisada, comprometida com a universalidade, igualdade e integralidade na prestação dos serviços de saúde, tendo em vista que antes de um desenvolvimento, a atuação do Judiciário na determinação de fornecimento de medicamentos não abarcados por políticas públicas existentes, representa um regresso histórico sem precedentes na saúde pública, pois, somente se tem acesso a medicamentos aqueles que chegam ao Judiciário, os demais dependem da atuação dos Poderes Políticos.

Cass Sunstein¹⁶⁹ e Gerald Rosenberg¹⁷⁰ questionam a capacidade de o Judiciário provocar mudanças sociais relevantes, sobretudo quando possui a “última palavra” sobre determinados assuntos, e aqui se afina ao pensamento dos referidos autores. É inquestionável que, no contexto da judicialização da saúde, não há contribuição para a prestação eficiente das ações e serviços públicos, mas sim a criação de condições distintivas na conformação do direito à saúde.

Do ponto de vista político e institucional, há um conflito entre Poderes. Bruce Ackerman¹⁷¹, ao tratar da democracia, que em sua concepção envolve um caráter dualista, explica que a soberania do povo se manifesta em dois momentos: um primeiro que diz respeito ao tempo constitucional, no qual o povo determina sua caracterização constitucional, e um segundo, o qual Ackerman chama de política ordinária, nesse terreno, as escolhas são feitas pelos representantes eleitos pelo povo. Por mais que a tese de Ackerman olhe para a realidade norte-americana, ela não deixa de ser aplicável ao Brasil.

Nesse esteio, é possível inferir que a Constituição Federal de 1988 é fruto do momento constitucional brasileiro, ficando fixado nele a saúde como um direito, devendo ser prestada de forma universal, isonômica e descentralizada. Na política ordinária, ficaram evidenciadas as formas e os limites das prestações em saúde (Lei nº 8.080 e nº 8.142 de 1990). Dito isso, percebe-se que a atuação judicial, de modo a proteger o momento constitucional do Brasil, interpretando única e arbitrariamente o direito à saúde, com fundamento em princípios abstratos

¹⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

¹⁷⁰ ROSENBERG, Gerald. **The hollow hope: can courts bring about social change?**. Illinois: The University of Chicago Press, 1991.

¹⁷¹ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

e semanticamente abertos, garante o acesso a todo e qualquer tipo de fármaco, desrespeitando a política ordinária do país, que constitui uma das facetas do Estado Democrático.

Pelo exposto, não se pode concordar com esse modelo de atuação, que interpreta a Constituição e o direito à saúde como se fossem “um recipiente vazio, esperando para ser preenchido por qualquer conteúdo que se despeje nele através da criação do Direito pelos juízes”¹⁷².

Jeremy Waldron¹⁷³ entende que questões controvertidas em matéria de direitos devem ser submetidas ao povo, para serem decididas por seus representantes, no caso pela política ordinária¹⁷⁴, porém, o fornecimento de medicamentos não é questão que gere controvérsia, vez que a Lei nº 8.080/90 é taxativa, deve seguir a previsão dos PCDTs. Ainda assim, o Judiciário não entende a normatividade da legislação orgânica do SUS e sua autoridade¹⁷⁵, desprestigiando-a, tornando questão consolidada em um terreno repleto de tensões e insegurança jurídica.

Resta compreensível que a atuação do Judiciário, no manejo de ações de fornecimento de medicamentos, é um paradoxo. A pretexto de se concretizar objetivos constitucionais, são relativizadas as escolhas políticas feitas pelos representantes do povo, há criação de verdadeira política pública e consequentemente realização de uma escolha trágica, afetação de recursos do Estado, interferência direta na gestão administrativa das políticas de assistência farmacêutica, etc.

Há ainda o desprezo, em certo nível, pelos próprios parâmetros objetivos para atuação judicial, frutos do esforço neoconstitucionalista em conferir à Constituição maior efetividade¹⁷⁶¹⁷⁷, como, por exemplo, os enunciados interpretativos que recomendam o parecer de órgãos técnicos para fundamentar os provimentos judiciais, a consideração de pedidos administrativos prévios, que, na verdade, nem sequer são considerados.

¹⁷² STONE, Martin. **Focalizando o direito**: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. 50.

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

¹⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁷⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Tanto no que se refere à atuação judicial na garantia da execução de política pública existente, quanto na determinação da obrigação do Estado em dispensar medicamentos que não estão de acordo com a Política Nacional de Medicamentos – PNM, é latente que tratar da judicialização da saúde apenas da perspectiva microinstitucional, restringindo o debate sobretudo ao Poder Judiciário, é insuficiente para a eficiência e democratização das ações e serviços de assistência medicamentosa.

É necessária a teorização e respectiva propositura de ações que envolvam os Poderes Executivo e Legislativo, na orientação de dar máxima eficiência ao direito à saúde no Brasil, levando em conta o funcionamento das instituições e a própria organização do Estado, tornando democrático, universal e isonômico o acesso às prestações de saúde.

3 TRANSFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS E ESTÍMULO À PROMOÇÃO EFICIENTE DO DIREITO À SAÚDE

A busca pela concretização da Constituição de 1988 – CF/88, e dos direitos previstos, não pode passar somente pela atuação individualizada do Poder Judiciário, como se este fosse o único protetor da ordem constitucional brasileira, criando uma percepção de maior vinculação do Poder Judiciário ao Texto Constitucional, enquanto os Poderes Executivo e Legislativo têm suas responsabilidades apequenadas.

No que se refere ao direito à saúde, especificamente ao fornecimento de medicamentos, o Judiciário tem se aperfeiçoado para atuar nessa matéria. Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ criaram parâmetros e orientações de decisão, que na prática são difíceis de controlar, dada a capilaridade da estrutura judicial.

Da experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, observa-se uma tendência de leitura ilimitada da saúde, enquanto direito previsto no art. 6º da Constituição, promovendo o acesso a medicamentos de modo desigual, acentuando discrepância no serviço público de assistência farmacêutica, havendo a distinção entre cidadãos “com sentença” e “sem sentença”.

A atuação judicial¹⁷⁸, na verdade, mina a consolidação dos objetivos constitucionais no que toca a construção de uma sociedade justa, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, conforme art. 3º - CF/88¹⁷⁹. A própria essência do princípio da eficiência administrativa é suplantada quando, na arena judicial, se implementa o direito à saúde, de forma determinada e individualizada, reiteradamente.

Para Francesco Manganaro¹⁸⁰, no Direito Público, a eficiência deve ser interpretada como o exercício mais acertado das determinações de caráter coletivo feitas pelo ordenamento jurídico – que constituem responsabilidade do Estado – com o menor prejuízo para a atividade orçamental estatal, bem como para os cidadãos. Emerson Gabardo e Daniel Hachem¹⁸¹ expressam que o princípio da eficiência consiste no exercício da competência administrativa,

¹⁷⁸ Nos termos diagnosticados no capítulo anterior.

¹⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. STF: Secretaria de Documentação, 2018.

¹⁸⁰ MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

¹⁸¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis M. Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 245.

de modo leal à finalidade pública, utilizando-se dos instrumentos mais adequados para alcance de resultados positivos, com respeito aos direitos fundamentais.

Nesse supedâneo, não há como perceber a atuação ativista do Judiciário, em matéria de fármacos, dissociada da (1) interferência no orçamento público e de (2) prejuízos para o correto exercício das competências administrativas em termos sanitários. É o comprometimento latente da eficiência da Administração Pública, na perspectiva dos serviços públicos de saúde.

Nessa orientação, Daniel Hachem pontua:

Não se pode pensar exclusivamente na satisfação individual de cada direito fundamental social pela via judicial, sem a preocupação com um funcionamento da máquina administrativa que viabilize racionalmente a concreção integral dos objetivos constitucionais.¹⁸²

Assim, é imperioso buscar ferramentas administrativas transformadoras que permitam, eficiente e igualitariamente, a conformação do direito fundamental à saúde, de sobremodo o fornecimento de medicamentos, reforçando a vinculação da Administração Pública aos ditames constitucionais.

É necessário fugir, hodiernamente, da concepção equivocada de que somente o Poder Judiciário pode fazer a proteção de tais direitos, vez que não é plausível um modelo neoconstitucionalista – e portanto, ativista – de implementação de direitos livre de falhas. A própria corrente neoconstitucionalista não deve ser considerada consolidada, “pues contiene em su interior una serie de equilibrios que dificilmente pueden llegar a convivir sin problemas”¹⁸³.

3.1 Tutela administrativa em matéria de saúde

O direito à saúde necessita, inequivocamente, gozar de uma proteção administrativa capaz de lidar com os problemas que decorrem da previsão de tal direito – de forma integral e universal –, para que, desse modo, exista uma implementação eficiente, igualitária e capaz corporificar os objetivos da Constituição Federal.

Os avanços na medicina, sobretudo no que concerne à matéria de medicamentos, são extremamente rápidos. Novos medicamentos, novos tratamentos e novas técnicas terapêuticas

¹⁸² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 59.

¹⁸³ CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 11.

são criadas para garantir a qualidade de vida do homem. Em 2012, as notificações de produtos sanitários chegaram ao número de 37.419, e em 2017, as notificações cresceram consideravelmente, totalizando 54.545 registros. Desse quantitativo, 38,5% são referentes a notificações de novos medicamentos¹⁸⁴. Contudo, é necessário pontuar que o Estado não tem condições de acompanhar, no contexto do Sistema Único de Saúde – SUS, essas atualizações pois, há limitação financeira, que o obriga a realizar escolhas estratégicas.

Como extraído da análise de mandados de segurança realizada nesse estudo (item 2.2), 86% dos processos têm caráter individual, enquanto os mandados de segurança coletivos somam 14%, apenas, e de modo geral, 77% das demandas judiciais analisadas tratam de medicamentos não previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e na RENAME. Diante desses números, pode-se perceber duas situações: (1) as ações individuais, em nível expressivo, interferem na concretização da política pública coletiva e, a seu turno, (2) as ações coletivas alteram as escolhas públicas.

As demandas individuais, buscando o fornecimento de medicamentos não previstos na listagem oficial do sistema público de saúde, findam por criar, efetivamente, quando deferidos os pedidos, uma nova política pública, alheia ao SUS e em detrimento deste. Nessa perspectiva, Vanice Regina Lírio do Valle observa que “também no campo da proteção ao direito à saúde [...] tem-se a ampliação progressiva da gama de bens ou de serviços correlatos que devam se compreender na proteção judicial”¹⁸⁵, entretanto, a ampliação de bens e serviços não alcança todos os cidadãos de maneira objetiva.

Na matriz coletiva, passa-se a “exigir uma atuação de cunho universal e equânime em favor de um determinado segmento [...]; ou, ainda, a retificação das ações públicas relacionadas à superação de uma deficiência”¹⁸⁶, dessa forma o Judiciário passa a modificar a escolha pública em matéria de saúde, sem planejamento e, igualmente, sem as condições e expertise necessárias para determinar as consequências das suas decisões. É preciso fortalecer, no âmbito do fornecimento de medicamentos, a ideia de que “se à Administração compete a formulação de

¹⁸⁴ MARTINS, Mary Anne Fontenele; GALATO, Dayani. Irregularidades dos medicamentos comercializados no Brasil: uma análise das notificações e das medidas sanitárias de 2012 a 2017. **Vigilância Sanitária em Debate: sociedade, ciência e tecnologia**, Rio de Janeiro, [s.l.], v. 6, n. 4, p.23-33, 2018. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1165>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁸⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 133.

¹⁸⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 123.

escolhas públicas, tendo em conta inclusive a sustentabilidade [das escolhas], que isso se faça, por ela, e na íntegra [...]”¹⁸⁷.

Nesse contexto, a tutela administrativa pode funcionar como uma proposição para superar o protagonismo judicial no fornecimento de fármacos, e também em outras áreas sanitárias, vez que reforça no Poder Executivo, responsável pela concreção de políticas públicas, a responsabilidade pela resolução de conflitos e proteção dos direitos fundamentais, enfrentando de modo hábil as situações problemáticas causadas pela atuação judicial e pelos próprios desafios em assegurar o direito à saúde, contribuindo com a minimização da judicialização e melhorando a qualidade dos serviços públicos.

Alexandre Santos de Aragão, abordando o tema da tutela administrativa, determina que esta, apesar da incoerência do termo “tutela”, significa o controle ou supervisão dos entes políticos para com as atividades das entidades da Administração Indireta, possuindo, inclusive, determinação constitucional (art. 87, CF/88).¹⁸⁸ Ainda para o autor, a tutela administrativa é um poder de supervisão ou controle específico, desta forma, as entidades da Administração Indireta federal, estadual ou municipal, estão ligadas apenas ao ministério/secretaria do qual tenham afinidade substancial. No âmbito da União, a tutela é regida pelo Decreto-lei nº 200 de 1967, que detém nível hierárquico de lei ordinária, podendo haver a substituição de suas disposições em função de lei específica,¹⁸⁹ não há referência expressa ao termo “tutela administrativa”, mas a denominação de “supervisão ministerial”.

Por outro lado, José Cretella Júnior define a expressão tutela administrativa como a “[...] técnica que designa, dum modo geral, a fiscalização que o Estado exerce sobre um órgão descentralizado, dentro dos limites que a lei assinala”¹⁹⁰. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹¹ orienta que a tutela administrativa é uma espécie de controle que recai, de modo particular, sobre entidades da Administração Indireta, com atos e aspectos possíveis de controle predeterminados legalmente. Hely Lopes Meirelles¹⁹², no que lhe concerne, não utiliza o termo

¹⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **Revista de Direito Constitucional & Administrativo**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul/set, 2011. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/212>. Acesso em: 02 set. 2018, p. 145.

¹⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 245.

¹⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 246.

¹⁹⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. Definição da tutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 96, p. 28-40, ago. 1969. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32209>. Acesso em: 05 set. 2018, p. 35.

¹⁹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 435-436.

tutela administrativa, na sua teoria prefere designar o fenômeno da supervisão e controle, nos termos substanciais indicados pelos autores antes mencionados, de controle autárquico.

Há, ainda, a percepção da tutela administrativa enquanto um princípio setorial da Administração Pública, que vincula os órgãos da Administração Indireta à fiscalização de legalidade exercida por parte dos órgãos da Administração Direta, inexistindo subordinação hierárquica, não podendo o dito controle ser exercido sem previsão legal, não sendo, portanto, presumível a tutela.¹⁹³

Pelo exposto, é possível verificar que a noção de tutela administrativa que foi construída no Direito Administrativo brasileiro, de maneira clara, está ligada aos procedimentos de controle e supervisão dos atos praticados pela Administração Pública Indireta, devendo a atitude tutelar estar descrita e limitada pelo direito positivo, não podendo ser praticada para além da lei.

No Direito Português a noção de tutela administrativa é semelhante. Diogo Freitas do Amaral concebe a tutela como “o conjunto dos poderes de intervenção de uma pessoa colectiva na gestão de outra pessoa colectiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação”¹⁹⁴, e José Carlos Vieira de Andrade¹⁹⁵ complementa, indicando que fiscalização de legalidade e determinação do cumprimento da lei são, fundamentalmente, traços da tutela. Na mesma orientação, no Direito Francês, Jean Rivero¹⁹⁶ explica que a tutela administrativa se assenta na relação de fiscalização do Estado – órgão maior – para com os órgãos descentralizados – órgãos menores. No Canadá, a tutela administrativa é entendida como um poder de controle sobre as entidades descentralizadas, um verdadeiro “conjunto de poderes limitados, isto é, determinados expressamente pela lei”¹⁹⁷.

Entretanto, a tutela administrativa que surge como proposição ao enfrentamento de problemas na concretização do direito social à saúde se distingue, substancialmente, da noção de tutela já construída nas doutrinas administrativistas brasileira e estrangeira. Há, sem dúvidas, desacordos de ordens conceitual e procedimental.

María Pamela Tenreyro¹⁹⁸ explica que, na perspectiva do Estado de Direito, os indivíduos convertem-se em cidadãos, o que conseqüentemente gera, de forma inquestionável,

¹⁹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁹⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de direito administrativo I**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 729.

¹⁹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 4. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 97.

¹⁹⁶ RIVERO, Jean. **Droit administratif**. Paris: Dalloz, 1965, p. 287.

¹⁹⁷ GARANT, Patrice. **Droit administratif: structures, actes et contrôles**. 4. Ed. Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, p. 609, tradução livre.

¹⁹⁸ PAMELA TENREYRO, María. **Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, p. 46-47.

o compromisso e o dever de reconhecimento e garantia de direitos, bem como “lá implementación de mecanismos garantizadores”¹⁹⁹. No contexto das políticas públicas, que funcionam como instrumento de corporificação de direitos sociais, é necessário que exista, para além da concreção dos serviços públicos, o acesso às ferramentas que busquem proteger os cidadãos e, ao mesmo tempo, funcionem como pontos de exercício da cidadania.

Desse modo, a materialização de direitos não deve ser concebida somente por intermédio de princípios e regras – de formulação de políticas públicas –, considerado o risco de transformarem-se em “normas mortas”. O compromisso com a defesa da operatividade estrutural de direitos, bem como com a cidadania e a democracia, constitui elemento indispensável para o funcionamento adequado do Estado.

Entretanto, o compromisso com a proteção de direitos, a ser consolidado em ferramentas que permitam o exercício da cidadania, não pode ser interpretado exclusivamente enquanto garantias processuais, em sentido estrito – referindo-se à atividade judicial de controle administrativo externo – ou meios de controle interno. Jacques Chevallier, tomando em conta o aumento das responsabilidades do Estado e, respectivamente, das políticas públicas, indica que houve um aumento de questões contenciosas que chegam ao Judiciário e, na dimensão administrativa, testam os limites de controle.²⁰⁰

Assim, não se expressa como razoável, hodiernamente, a vinculação da proteção de direitos fundamentais somente aos aparatos judicial e de controle interno clássicos, especialmente no Brasil, pois, com o advento da Constituição de 1988, as tarefas estatais aumentaram consideravelmente. O movimento que se deve estimular é, na verdade, o de estudo, identificação e instrumentalização de novos ductos de salvaguarda de direitos, distantes do Poder Judiciário, dentro de possíveis condições.

Sob essa ótica, a Administração Pública deve atuar de maneira que, institucionalmente, se estabeleçam condições procedimentais para que todos os cidadãos tenham acesso à proteção efetiva de seus direitos, “[...] comprometido[s] com toda a coletividade e não apenas parte dela”²⁰¹, privilegiando a dignidade humana, tornando-se arena visível de resolução de conflitos, auxiliando a diminuição de casos judicializados, contribuindo para o funcionamento equilibrado e harmônico dos Poderes do Estado.

¹⁹⁹ PAMELA TENREYRO, María. **Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, p. 47.

²⁰⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 131-ss.

²⁰¹ LEAL, Rogério Gesta. Razões de importância do controle interno da Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. **Crises e reformas legislativas na agenda do direito administrativo: XXXI Congresso brasileiro de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 223.

Opondo-se à ideia suscitada, poderia levantar-se a tese de que, no contexto jurídico brasileiro, fora dos limites estabelecidos pela Constituição de 1988 e por outros instrumentos normativos infraconstitucionais, não haveria a possibilidade de criação de instrumentos protetivos de direitos, salvo os casos resultantes da atividade do Poder Legislativo.

Tal argumento não se sustentaria, tendo em vista que, apesar de a Constituição de 1988 indicar formalmente mecanismos de controle administrativo (pelo Poder Judiciário: *habeas datas*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública; e, pela própria Administração Pública – art. 74, internamente), há um prisma substancial que, conjugando o (1) princípio da dignidade humana e os (2) princípios que regem a atuação administrativa, autorizam a edificação de engrenagens para o desenvolvimento humano e proteção de direitos. Dessarte, Daniel Hachem²⁰² revela que “as ações administrativas, nesse quadro, não são limitadas pelo ordenamento jurídico [...], mas também incitadas e programadas pelo sistema constitucional e legal mediante determinações normativas impositivas”.

Nessa lógica, Pablo Esteban Perrino²⁰³ esclarece:

Al respecto, cabe resaltar que en el Estado de Derecho la persona humana y su dignidade constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional y su reconocimiento efectivo conlleva para los poderes públicos el deber de promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona. y, para ello, la tutela efectiva es, entonces, un instrumento fundamental.

No mesmo sentido, Agustín Gordillo afirma que a Administração não pode e nem deve administrar isoladamente, é imprescindível ampliação nas formas de organização e participação social, com vistas a democratizar e satisfazer as aspirações sociais²⁰⁴. Considerando o caso brasileiro, destacam-se as ambições constitucionais – no sentido de proteger plenamente a dignidade dos indivíduos – exigindo novos instrumentos para a defesa de direitos. Gordillo conclui, em tempo, que “es obvia no sólo em nuestro país sino también em muchos otros la insuficiencia del control judicial y la virtual ausencia de control sea político o administrativo [...]”²⁰⁵.

²⁰² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 238.

²⁰³ ESTEBAN PERRINO, Pablo. El derecho a la tutela administrativa efectiva. **RAP**, Buenos Aires, p. 75-04, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=2868>. Acesso em: 07 set. 2018, p. 76.

²⁰⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 1. Ed. 1. Reimp. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, p. II-28.

²⁰⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 1. Ed. 1. Reimp. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, p. II-29.

A Administração Pública deve ser criativa, no sentido de buscar meios de implementar objetivamente os direitos de caráter prestacional, ou seja, tatear mecanismos que busquem a efetivação coletiva de direitos. A inatividade administrativa, nesse cenário, contribui para a acentuação da desigualdade entre os cidadãos, ferindo a satisfação do interesse público e, claramente, fortalecendo o descrédito na atuação do administrador.

Em tal caso, Daniel Hachem pondera que “[...] a inatividade administrativa talvez seja, atualmente, um problema ainda maior do que a atividade ilegal ou inconstitucional da Administração”²⁰⁶, para o referido autor não faz sentido “[...] assegurar liberdades ao cidadão contra ações administrativas agressivas se ele nem possui possibilidades reais de exercê-las”.²⁰⁷

Para viabilizar a proteção dos cidadãos e de seus respectivos direitos, bem como equilibrar as dimensões objetivas e subjetivas das garantias constitucionais no Brasil, Daniel Hachem, em sua tese, propõe um conceito de tutela administrativa que, considerando as bases lançadas anteriormente, se aproxima de uma percepção de tutela que não está vinculada, necessariamente, ao controle em uma compreensão restritiva, ou seja, se distancia da idealização da tutela administrativa apenas como controle da Administração Direta em relação à Indireta.

Daniel Hachem²⁰⁸ dispõe:

A tutela administrativa efetiva consiste no direito fundamental do cidadão: (1) de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos; (2) que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*), ou contrariamente à lei (*contra legem*); (3) e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais.

Insta salientar que, de fato, é um grande avanço na doutrina administrativista identificar o dever de ativismo da Administração Pública por intermédio de uma tutela nos termos prescritos por Hachem. Apesar disso, é útil reconhecer que os problemas que envolvem a Administração Pública, seus deveres e o conteúdo de direitos fundamentais são policêntricos,

²⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014, p. 241.

²⁰⁷ Ibidem, p. 242.

²⁰⁸ Ibidem, p. 291.

isto é, são provenientes de vários eixos que se cruzam no *mister* da gestão pública, inclusive com raízes de ordem jurídica.

O direito à saúde, mormente a assistência terapêutica pública e sua conformação, é caso notável de policentrismo, que desafia as fronteiras dos tradicionais controles interno e externo da Administração. Celso Barberato e Zaiden Geraide Neto²⁰⁹ reconhecem as dificuldades que envolvem a implementação do direito à saúde, nos termos em que foi constitucionalizado e regulado infraconstitucionalmente, afirmam, de modo certo, que os imbróglios da saúde no Brasil decorrem inclusive da polissemia do termo “direito”, “[...] isto é, trata-se de vocábulo que possui diversas acepções”²¹⁰.

Cynara Monteiro Mariano e Isabelly Maia²¹¹, ao dissertarem sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais – ECI, informam que a assistência farmacêutica constitui o rol de serviços públicos de saúde, conforme art. 6º, I, *d*, da Lei nº 8.080/1990, todavia, sofre de inefetividade por conta da demora na atualização das listagens oficiais.

De outro lado, Sousa e Travassos²¹² apontam:

Muitos problemas foram apontados no âmbito da rede pública, entre eles seguem: a demora no atendimento; falta de equipamentos; falta de médicos; más condições das unidades de saúde; má administração/corrupção; falta de medicamentos; e a superlotação. São incapacidades que revelam incoerência entre a estruturação legal do SUS enquanto política pública de saúde e a realidade experimentada pelos cidadãos usuários.

E, por derradeiro, George Marmelstein explica que muitos problemas podem minar a autonomia da saúde pública como, por exemplo: a falta de conhecimento dos médicos com relação às diretrizes do SUS; o *lobby* da indústria de medicamentos; a não disponibilização de medicamentos no sistema, ainda que aprovados pela Conitec e incorporados à RENAME; e, as dificuldades de aprovação na Conitec.²¹³

²⁰⁹ BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 15 set. 2018, p. 110.

²¹⁰ BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 15 set. 2018, p. 110.

²¹¹ MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p.391-416, jan/jul, 2018. Semestral. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036>. Acesso em: 15 set. 2018, p. 317-318.

²¹² SOUSA, Thanderson P. de; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, vol. 89, nº 2, jul/dez, p.184-208, 2017, p. 190.

²¹³ LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want*: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130,

Resta, nessa conformidade, reforçada a tese do policentrismo problemático que incide sobre determinados direitos, sobretudo na saúde, não somente pelas exposições trazidas nesse capítulo, mas também por todos os outros diagnósticos realizados no capítulo anterior. O regime de bem-estar – como característica do Estado de Direito Democrático Social – se mantém, muito embora haja verdadeiro risco de comprometimento de alguns aspectos das prestações materiais²¹⁴, essa situação torna-se clarividente no cenário da saúde pública brasileira, demandando novas formas de atuação administrativas e proteção de direitos.

Diante do exposto, elabora-se uma proposta conceitual de tutela administrativa sanitária, que se traduz no (a) poder-dever da Administração Pública em atuar, voluntariamente ou por solicitação do cidadão, para deslindar questões controversas e, potencialmente, violadoras do direito fundamental social à saúde, bem como de outras garantias dele decorrentes, (b) mediante órgão independente e autônomo, integrado à estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS, (c) adotando as técnicas concertadas necessárias, podendo desaguar em atos próprios do controle interno, (d) com decisões de caráter resolutivo e vinculante.

Útil apontar, nesta altura, que o sucesso da tutela administrativa sanitária depende não somente da disponibilização de arena para resolução de questões problemáticas. É necessário, simultaneamente, que a Administração Pública adote medidas no sentido de conscientizar e educar os cidadãos sobre a possibilidade de resolução administrativa de conflitos, contribuindo para uma modificação efetiva na “cultura da judicialização” que é manifesta no Brasil.

A educação para uma cultura concertada torna-se ferramenta cidadã, cooperando com o desenvolvimento de características democráticas e dialógicas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, rompendo o caráter formal da participação comunitária na gestão, controle e fiscalização do sistema.

Ademais, não é possível, no contexto do Estado de Direito, vedar o Judiciário de apreciar lesão ou ameaça a direitos, por força do disposto no art. 5, XXXV, da Constituição de 1988. Contudo, a concertação e a educação para o consenso podem auxiliar na diminuição da hipertrofia judicial em saúde pública.

3.1.1 Elementos integrantes da tutela administrativa sanitária

out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/54/216/ri/v54_n216_p105. Acesso em: 16 set. 2018, p. 110, 113, 115.

²¹⁴ SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado**: mas allá del mito del repliegue. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 65.

O (a) poder-dever da Administração Pública é, de modo seguro, uma convenção constitucionalmente prevista. Uma vez que a cidadania e a dignidade humana constituem fundamentos do Estado brasileiro, não poderia se interpretar, razoavelmente, que a gestão da coisa pública pudesse estar limitada em sua atuação somente pela letra fria da norma, obstando ao administrador atuar de modo criativo para reforçar os fundamentos do Estado, e, conseqüentemente, atingir seus objetivos: sociedade livre e justa, diminuição das desigualdades, redução da marginalização, e, o bem de todos (art. 3º, CF/88).

O art. 196 da Constituição, ao determinar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, impõe que o administrador público busque implementar a proteção da saúde por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços. Pelo definido na Lei nº 8.080 de 1990, art. 2º, o Estado deve prover as condições indispensáveis para o exercício pleno do direito à saúde. Realizando uma interpretação sistemática e teleológica dos referidos artigos, combinados com os fundamentos e objetivos da República, extrai-se que a Administração tem o poder para conformar o direito à saúde, e se tem o poder, tem o dever de agir para que o acesso às ações e serviços públicos de saúde sejam garantidos de forma coletiva e igualitária, sempre pautada nos princípios que regem a atividade administrativa: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput).

Nessa toada, o Estado pode e deve, espontânea ou por solicitação dos cidadãos, no contexto da saúde pública, averiguar todas as situações que, em tese, podem se configurar enquanto fatos violadores de direitos fundamentais. A espontaneidade cria, de plano, a noção de uma gestão pública ativista e desacomodada, que busca observar no ambiente estatal as condições de implementação de direitos, a concreção de políticas públicas, chamando para si e reforçando as responsabilidades estabelecidas pela CF/88 no que tange a proteção integral da saúde dos brasileiros, compreendendo as dificuldades de sua própria atuação e, indiretamente, observando novas perspectivas para a proteção efetiva da saúde e do sistema público.

De outra banda, a possibilidade de solicitação de avaliação de demandas pelos cidadãos, dirigida diretamente ao Estado sanitário, de forma simplificada, é canal para a democratização e garantia efetiva do direito à saúde, pois, dada a realidade brasileira, em que a tutela judicial não goza de acesso descomplicado, nem mesmo de facilidade de acesso – nessa área ainda seria necessário discutir “o direito de acesso ao acesso à tutela judicial” – tal abertura alarga, inquestionavelmente, o alcance do Sistema Único de Saúde – SUS para incluir os cidadãos que estão distantes dos Tribunais.

Por essa lógica, Sandro Lucio Dezan e Samuel Brasil Júnior lecionam que é “[...] de se afigurar o direito de proteção à saúde direito fundamental social devido pelo Estado e, assim,

de exercício imediato,”²¹⁵ que leva diretamente ao poder-dever de gerir conflitos e tutelar direitos, independentemente de regulação infraconstitucional. “Deve, portanto, ser dotado de instrumentos deveras mais céleres para atendimento de situações de urgência, a exemplo do que comumente ocorre na maioria dos casos individuais ou coletivos de proteção à saúde”²¹⁶.

A revelia da ideia desenhada, poderia ser firmada a impossibilidade de abertura jurídica para formas inéditas de resolução de problemas no âmbito administrativo. Havendo interesse da Administração Pública em atuar, internamente, para a proteção do direito à saúde, só o faria pelos meios consolidados de controle interno (recurso administrativo, poder hierárquico e tutela administrativa/controlado autárquico, a exemplo), quando cabíveis. No entanto, não merece prosperar tal fundamento, atualmente, o princípio da legalidade diz respeito não somente ao seguimento da legislação, estritamente, longe disso deve ser concebido como a obediência às disposições constitucionais e ordinárias, bem como a princípios gerais de Direito²¹⁷, o que autoriza novos instrumentos de atuação na Administração Pública.

Um (b) órgão independente e autônomo, mas integrado à estrutura do SUS, deve ser criado para receber as solicitações dos cidadãos ou, em outros casos, agir a pedido da própria Administração Pública, no sentido de garantir o acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde, especialmente no que alcança o fornecimento de medicamentos, satisfazendo as diretrizes listadas no art. 7º da Lei orgânica do SUS.

A Lei nº 8.080/1990, considerando a unicidade de direção do SUS, conforme o art. 198, I, da CF/88, preceitua que haverá descentralização político-administrativa, havendo pontos de coordenação em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal). No ensejo de organizar o sistema público de saúde, o legislador ordinário instituiu, ainda, as Comissões Intersetoriais, Comissões Permanentes de Integração e as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite.

As Comissões Intersetoriais realizam, em sua competência, a interação das estratégias e programas do SUS com áreas alheias ao sistema. As Comissões Permanentes, no que lhes dizem respeito, buscam firmar parcerias entre o SUS e as instituições de ensino. Por último, as Comissões Intergestores realizam, no que se refere aos aspectos operacionais do sistema,

²¹⁵ DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>. Acesso em: 10 out. 2018, p. 215.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 215.

²¹⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 300.

negociações e pactuações, mas como a própria nomenclatura indica, esses atos são praticados somente entre gestores.

Sob outra perspectiva, a Lei nº 8.142 de 1990 disciplina a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde e as transferências de recursos. Para viabilizar a integração da sociedade na gestão do SUS, o referido instrumento normativo instala a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde (art. 1º, I e II). Nada obstante, é possível afirmar que a inclusão da comunidade na gestão do sistema público de saúde é apenas um compromisso formal. Fazendo uma analogia com a ideia de constitucionalização simbólica²¹⁸, a noção de participação comunitária, trazida pela Lei nº 8.142/90, é evitada de simbolismo, uma vez que (a) as reuniões da Conferência de Saúde ocorrem somente de quatro em quatro anos, e, (2) apesar de os Conselhos serem órgãos colegiados permanentes e deliberativos, não têm como atribuição a solução de possíveis conflitos. É verdadeira previsão simbólica de gestão comunitária.

A Portaria de Consolidação nº 1/2017-MS²¹⁹, reunindo os regulamentos dos direitos e deveres dos usuários do SUS, no art. 6º, XI, assegura o direito de ser ouvido em suas manifestações por ouvidorias, urnas ou quaisquer outros instrumentos que a Administração dispuser. O art. 109 cria o Departamento de Ouvidoria do SUS, responsável pelo recebimento e tratamento de manifestações, e, inovando, o art. 117, IV, indica que no rol de competências das ouvidorias do SUS se encontra a mediação administrativa, “com vistas à correta, objetiva e ágil instrução das demandas apresentadas pelos cidadãos, bem como a sua conclusão dentro do prazo estabelecido para resposta ao demandante”²²⁰, muito embora não esteja expresso como deverá acontecer a mediação.

Identifica-se a inexistência de uma instância capaz de resolver, efetivamente, situações controversas no âmbito do SUS, especialmente pelo generalizado caráter de urgência que os problemas que levam à judicialização da saúde possuem, como o fornecimento de medicamentos, por exemplo.

²¹⁸ Constitucionalização simbólica diz respeito ao abismo existente entre hipertrofiadas disposições constitucionais e suas respectivas corporificações. O processo de construção simbólica de uma Constituição pode (1) firmar valores sociais, (2) demonstrar a capacidade do Estado e (3) resolver conflitos sociais com técnica de compromissos dilatórios. Para maiores esclarecimentos ver: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹⁹ BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2018. **Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017_comp.html. Acesso em: 16 out. 2018.

²²⁰ BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2018. **Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017_comp.html. Acesso em: 16 out. 2018, p. 1.

O órgão, institucionalizando a tutela administrativa sanitária, deve seguir a mesma estruturação do SUS: único e descentralizado entre as esferas de governo, permitindo uma maior capilaridade e alcance de sua atuação. É importante ressaltar que, apesar de integrar o sistema, nos moldes defendidos aqui, é preciso ser distinto da Administração ativa do SUS, garantindo a imparcialidade, objetividade, celeridade e efetividade nos casos em que atuar.

A criação de tal figura não demanda, pelo exposto anteriormente, de uma previsão expressa da legislação. A criatividade para a tutela administrativa sanitária poderá sustentar-se no poder-dever de proteção do direito fundamental à saúde, bastando atos de regulação emanados da autoridade administrativa. Porém, poderá ocorrer via proposição legislativa apresentada ao Congresso Nacional, consideradas as competências previstas no art. 24, XII, da Constituição de 1988.

Pensar em tal situação suscita, por questão lógica, a repercussão financeira que o Estado poderá sofrer, buscando a tutela administrativa sanitária. Mas diante disso, indispensável é revelar os valores que a União dirigiu para a satisfação de ações judiciais com o fornecimento de medicamentos e insumos: em 2016, o valor gasto foi de R\$ 1.252.217.955,08; em 2017, somou R\$ 979.001.580,59²²¹; e, em 2018, as despesas da União chegaram a R\$ 1,25 bilhão²²². Os valores são consideráveis, comprometem diretamente a política pública de saúde. Ademais, vislumbra-se que não existem estudos que avaliem, com rigor, o impacto da judicialização nos orçamentos estaduais e municipais²²³. Pelo exposto, o uso racional dos recursos públicos para arcar com a tutela administrativa sanitária é, potencialmente, mais proveitoso do ponto de vista coletivo.

A (c) adoção de técnicas concertadas permite que a Administração Pública, no exercício de suas funções, maximize a proteção do direito à saúde, bem como a conservação de outros direitos dele decorrentes, utilizando-se de instrumentos criativos para a consumação de decisões administrativas, de forma flexível, sem implicar numa violação à legislação constitucional ou infraconstitucional sanitária.

²²¹ Dados obtidos por consulta de informações do Ministério da Saúde, com base na Lei de Acesso à Informação. Protocolo nº 25820005492301889. BRASIL. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação Ao Cidadão. Ministério da Transparência. **Acesso à informação**. 2018. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>. Acesso em: 20 out. 2018.

²²² BRASIL. Siga Brasil. Senado Federal. **Siga Brasil painéis**: Orçamento Federal. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 20 out. 2018.

²²³ OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (BAHIA). Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. **Judicialização na saúde**: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União. 2017. Disponível em: <https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/>. Acesso em: 20 out. 2018, p. 1.

O desenvolvimento humano levou, conseqüentemente, à transformações no Estado, desemborcando em novas formas de administrar a máquina pública, o que passou a pressupor uma relevância aumentada no que se refere aos atos e procedimentos administrativos.²²⁴ Por essa conjuntura, Eurico Bitencourt Neto aduz que “se a Administração Pública do século XXI prossegue múltiplos e, muitas vezes, concorrentes interesses públicos, o procedimento administrativo se consolida como a matriz principal de uma atuação racional, participativa [...]”²²⁵, por esta lógica, o procedimento administrativo concertado dentro da perspectiva de tutela sanitária no SUS se abre como um canal de diálogo e consenso, podendo dele resultar – ainda que em última instância o ato administrativo seja unilateral – decisões democráticas e com níveis de aceitação social positivos.

Eurico Bitencourt Neto, indo além, ensina que a concertação, numa concepção alargada, diz respeito às variadas relações entre o Estado e a sociedade que são marcadas pela negociação e pelo acordo, buscando, no Estado de Direito democrático social, analisar as pretensões sob a ótica do Direito Público, conformando interesses individuais com o interesse coletivo.²²⁶

Diante disso, atos podem ser praticados na gestão de conflitos no SUS, por negociações e acordos, satisfazendo, sempre que possível, as pretensões dos cidadãos, respeitando o direito fundamental à saúde, em suas vertentes objetiva e subjetiva, sem maiores gravames ao planejamento e execução da política pública de saúde.

Técnicas concertadas, no âmbito do SUS, são de extrema relevância e emergente necessidade, vez que podem agregar atores da prática dos serviços públicos de saúde, aumentando o diálogo e a proposição de resoluções coerentes para situações controversas, resgatando, ao final, a autonomia e sustentabilidade do SUS pois, como preceitua George Marmelstein Lima “uma forma de proteger a autonomia é fortalecer as instâncias de deliberação interna do próprio sistema de saúde”²²⁷, que pode gerar o enfrentamento não somente da

²²⁴ CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, Roma, vol. 1, p. 27-40, 2002, p. 35-36.

²²⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>. Acesso em: 01 nov. 2018, p. 212.

²²⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. A Administração Pública concertada. In: **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords). Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público, 2017, p. 17.

²²⁷ LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want*: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 02 nov. 2018, p. 108.

judicialização, mas também de interferências externas que o autor classifica como “influências espúrias”²²⁸, como o *lobby* da indústria farmacêutica²²⁹, a título de exemplo.

As decisões, em sede de tutela administrativa sanitária, devem ser (b) resolutivas e vinculantes. Com relação à primeira característica, a resolutividade da decisão, busca-se indicar que, ao acatamento da solicitação feita pelo cidadão ou pelo gestor público, o parecer do órgão tutelador deve atacar o mérito da demanda, reconhecendo a controvérsia e decidindo, deferindo a pretensão, caso em que o direito à saúde estiver sendo violado, ou, na medida do possível, em que o dito direito possa ser protegido nos termos do pedido de tutela, sem comprometer a (1) autonomia do SUS, a (2) a legislação sanitária e a (3) dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que gera um dever de implementação coletiva; ou indeferindo, caso seja detectada desconformidade com os requisitos mencionados.

Com relação à vinculação, é de se destacar que esta busca, no âmbito da tutela sanitária, proteger os cidadãos de comportamentos contraditórios, e portanto, violadores da dignidade, igualdade e do dever de proteção da saúde, nos termos das diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.080 de 1990.

O reconhecimento do caráter vinculante de precedentes em matéria administrativa já fora, substancialmente, tratado na doutrina brasileira com minúcia²³⁰, conquanto, é relevante indicar as hipóteses que, na tutela sanitária, autorizam a mutação de orientação: i) superação do precedente por conta de interesse público, ou, nas palavras de Daniel Hachem, “caso exista motivação suficiente para mudar a orientação administrativa”²³¹; ii) anulação da decisão²³² do

²²⁸ Ibidem, p. 109.

²²⁹ Acerca do *lobby* da indústria farmacêutica e os impactos sobre a judicialização do SUS, conferir: SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. **Physis: Revista de saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-329, jan/jul., 2012. Semestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v22n1/v22n1a17.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

²³⁰ Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, 2008. Disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.; CARVALHO, Gustavo Carvalho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional – GEN, 2018.; HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²³¹ Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em: 15 nov. 2018, p. 72.

²³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional – GEN, 2018.

órgão de tutela; e, por derradeiro, iii) a ilegalidade da decisão vinculante decorrente de fatores externos.

3.1.2 Fundamentos da tutela sanitária

Afora detalhar o conceito da tutela administrativa sanitária e seus elementos, é imperioso explorar os fundamentos que justificam, no esteio do Estado de Direito democrático social, a institucionalização de tal forma de proteção do direito à saúde, sendo eles a (1) dignidade humana, o (2) princípio da eficiência sanitária, o (3) direito à boa administração e as (4) disposições de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, no âmbito dos Sistemas Global e Interamericano.

A (1) dignidade humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III, CF/88), funcionando como razão de ser e, ao mesmo tempo, como orientação da atuação estatal na persecução do interesse público. Antes de ostentar um caráter jurídico, a dignidade humana é, sobretudo, um valor, uma formulação axiológica ligada às percepções de justiça, bondade e plenitude²³³. Guarda, em seu núcleo, o reconhecimento do ser humano como criatura distinta, devendo ser protegido em todas as suas dimensões: física, psicológica e social.

Nesse rumo, Lígia Melo de Casimiro assevera que a própria Constituição se orienta pelo princípio da dignidade humana, “[...] sendo o indivíduo e a promoção de seus direitos finalidades primeiras, e o Estado-administração um instrumento para o alcance desse fim”²³⁴. A Administração Pública deve agir, vinculada à dignidade, incessantemente na garantia de direitos.

Inserida no plano jurídico, a dignidade humana passa ser concebida, pelo menos para boa parte da doutrina brasileira, como um princípio do Direito, gozando de caráter *prima facie* e, neste contexto, impõe o dever de não violação da integridade dos indivíduos. José Cretella Júnior afirma que “princípio é, antes de tudo, um ponto de partida”²³⁵, para o autor os princípios “são proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”²³⁶. Assim, pode-se perceber que o resguardo jurídico da integridade dos

²³³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

²³⁴ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 30, p. 109-130, out/dez, 2007, p. 116.

²³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181819>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 7.

²³⁶ *Ibidem*, p. 7.

cidadãos, e também de todas as garantias fundamentais que a constituam, gera a obrigação da prestação de serviços públicos adequados, de forma universal, igualitária e suficiente.

A dignidade humana vincula a Administração Pública, que deve prestar serviços públicos condizentes com a sua proteção e realização, é o que ensina Adriana Schier²³⁷. Para tanto, a atuação administrativa tem que preocupar-se com a adequação dos serviços públicos de saúde e a necessidade de tutela interna.

Todavia, urge revelar que existe posicionamento divergente acerca da classificação da natureza jurídica da dignidade. Com afincos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³⁸ declara que a dignidade humana pode ser compreendida, na forma disposta na Constituição de 1988, como valor, princípio ou regra. No Preâmbulo, está definida abstratamente enquanto um valor ideal a ser alcançado; no art. 1º, tem-se como princípio inerente ao Estado; e, “no entanto, trata-se de princípio que serve de inspiração e está na base de uma série de normas constitucionais, estas sim com natureza de regras”²³⁹. Di Pietro assegura: “por isso, parece que a dignidade da pessoa humana é prevista ora como princípio, ora como regra. E se constitui em valor supremo do Estado de Direito Democrático.”²⁴⁰

Aproxima-se, aqui, do entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para fazer uma interpretação da dignidade, enquanto fundamento do direito à saúde, como uma regra. Ora, o art. 6º prevê o direito à saúde como um direito social e, posteriormente no artigo 196, preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que carece agir mediante políticas sociais e econômicas. A regra da dignidade humana, no esteio da saúde, é a proteção.

Por isso, sob a ótica da judicialização da saúde, a dignidade humana é violada em suas duas naturezas: enquanto princípio e regra. Na primeira, a integridade dos cidadãos fragmenta-se a medida em que o acesso aos serviços e ações de saúde não é igualitário e universal. Por conseguinte, as regras que instrumentalizam a política pública de saúde, estando nelas inclusa implicitamente a “regra dignidade”, passam a serem abandonadas.

Pelo evidenciado, a tutela administrativa sanitária pretende salvaguardar a dignidade humana em suas acepções, é verdadeira alternativa para uma superação de um “[...] avanço da

²³⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 189, 191.

²³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 19-20.

²³⁹ Ibidem, p. 20.

²⁴⁰ Ibidem, p. 20.

Constituição [que] não foi suficiente para garantir a aplicação do princípio para expressiva parcela da população”²⁴¹.

Ademais, a dignidade humana, tal como trava-mestra do Direito administrativo contemporâneo, permeado pelo fenômeno da constitucionalização, autoriza que se configure no Brasil uma administração estatal dialógica e mais próxima dos cidadãos, rompendo com a visão tradicional da Administração Pública baseada na verticalização, legalidade estrita e supremacia do “interesse público”. Diversamente, José Sérgio da Silva Cristóvam explica que tal mudança de paradigma ocorre “não por qualquer irresponsável ou pouco ilustrada doutrina de simples abandono daquele modelo, mas por uma profunda e radical revisão da sua lógica conceitual e dos seus limites operacionais e normativos”²⁴².

Insta salientar, por fim, com relação à dignidade humana, que esta enquanto princípio autorizador de modificações na Administração Pública para a proteção interna do direito à saúde não permite comportamentos livres, numa acepção ampla do termo. Do oposto, a liberdade para inovar e tutelar o direito à saúde encontra limites na Constituição e nos princípios que regem a Administração, inseridos no art. 37.

Em outra ponta, o princípio da eficiência está ligado à noção de uma administração gerencial, voltada para o alcance dos fins constitucionais de forma maximizada. A eficiência, enquanto mandamento principiológico, ganha relevância no contexto do Estado social, entretanto, causa grandes problemáticas com relação à sua “indeterminação”, não existindo um conceito fechado sobre o que seria a eficiência na perspectiva do Estado de Direito democrático social. É preciso revelar, sem adentrar no mérito da possível dificuldade de determinação do seu conteúdo jurídico, que tal princípio possui um aspecto pluridimensional.

José Carlos Simões Loureiro²⁴³ explica que, no plano da indeterminação e pluralidade, a eficiência pode ser enfrentada pelos prismas da eficácia, otimização, celeridade e economia. Emerson Gabardo²⁴⁴ explica, por sua vez, que a eficiência pode ser analisada sob as dimensões da racionalidade, da produtividade, da celeridade e da economicidade. Já Alexandre Santos de

²⁴¹ Ibidem, p. 21.

²⁴² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, v. 40, nº 1, p. 13-34, jan/jun., 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/122>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 17.

²⁴³ LOUREIRO, José Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015.

²⁴⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27-30.

Aragão, mais direto, conceitua a eficiência como “um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado”²⁴⁵.

Mesmo como um princípio indeterminado, Raquel Cavalcanti Ramos Machado²⁴⁶ delinea sua essência, indicando:

Eficiência, portanto, é o princípio através do qual, de forma clara e organizada, deve a Administração Pública alcançar o melhor resultado em suas atividades com empenho, concentração e agilidade da força de trabalho dos servidores públicos, otimização do tempo e qualidade dos meios empregados, numa relação adequada de custo-benefício, seja quanto à prestação de serviços públicos, seja quanto ao funcionamento interno da máquina administrativa que repercute na esfera de direitos dos administrados.

Da conceituação acima, interessa para este estudo a noção de “qualidade dos meios empregados”. Romeu Felipe Bacellar Filho²⁴⁷ ensina que é necessário adequar o conteúdo dos princípios a partir de parâmetros constitucionalmente definidos. Dito isso, aplicando a técnica da adequação, associando a qualidade de meios – como integrante do dito princípio – aos artigos 6º e 196, tem-se a eficiência sanitária, enquanto uma das dimensões da eficiência.

A (2) eficiência sanitária deve ser entendida como, substancialmente, uma faceta do princípio da eficiência que autoriza a Administração Pública, na garantia e proteção de direito, adotar meios capazes e indispensáveis para a democratização, universalização e efetividade das ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, devendo agir de maneira simplificada para, diante das demandas sociais que implicam em uma judicialização excessiva e na tutela desigual da saúde, atingir seus fins constitucionalmente definidos com a melhor qualidade possível.

Uma noção, no mínimo equivocada, da supremacia do interesse público permitiu uma interpretação da eficiência que conferisse ao Estado “prerrogativas” para a persecução de seus fins, muito embora a mesma interpretação não se aplique em benefício do cidadão. Raquel Macho assinala que “[...] ao apelo do princípio da eficiência, a Administração tem buscado implementar mecanismos que facilitam suas próprias atividades, sem que essa facilitação seja acompanhada pela melhora na prestação de serviços públicos [...]”.²⁴⁸ Por esse ângulo, concebe-

²⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>. Acesso em: 09 dez. 2018, p. 1.

²⁴⁶ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Eficiência administrativa e dignidade do cidadão. In: MELO, Felipe Reis; MENDONÇA, Maria L. C. de Araújo; SCHNEIDER, Yuri (Coords.). **Direito e Administração Pública II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 154.

²⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, 193-197.

²⁴⁸ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Op cit.*, p. 146.

se a eficiência sanitária como norma constitucional principiológica implícita, a ser aplicada em favor dos cidadãos usuários do sistema público de saúde, como fundamento para a tutela administrativa em matéria de saúde.

O (3) direito fundamental à boa administração está, historicamente, vinculado à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000²⁴⁹. A Carta de Nice reconheceu, no artigo 41, o direito à boa administração, em um movimento evadido de significados e de compromissos com a proteção e segurança dos direitos e liberdades dos indivíduos. Vanice Lírio do Valle²⁵⁰ explica que este fenômeno ocorreu, sobretudo, por influência da “tradição constitucional de importantes Estados-Membros no sentido da proteção a direitos fundamentais e a reverência à centralidade da pessoa, nos compromissos constitucionais de países reconstitucionalizados ao final do século XX.”

Apesar de a Carta de Nice representar, mundialmente, um marco na positivação do direito à boa administração, isso não significa que tal direito não constasse no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que implicitamente. Daniel Hachem e Diana Valencia-Tello²⁵¹ esclarecem que, no Brasil, a identificação do direito à boa administração só veio a acontecer a partir das obras de Juarez Freitas²⁵² e Vanice Lírio do Valle²⁵³.

A Constituição de 1988, caracteristicamente democrática e social, já surge ladeada pela noção do direito à boa administração. Em vários pontos revela, sem confusões, que a preocupação do constituinte se dirigiu a preservação do bom funcionamento do Estado e de seu aparato administrativo. Os fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º), os direitos e garantias individuais e sociais (arts. 5º e 6º), a previsão de controles interno e externo (art. 70), bem como a expressa cláusula de adequação dos serviços públicos (art. 175, IV) constituem verdadeiros corolários do direito fundamental então discutido.

²⁴⁹ HACHEM, Daniel; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasilero, **Revista digital de Derecho Administrativo**, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 47-75. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 50.

²⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-doutorado em Administração, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 109.

²⁵¹ HACHEM, Daniel; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. *Op. cit.*, p. 60.

²⁵² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*

Juarez Freitas²⁵⁴, sobre o dever constitucionalmente irrecusável de uma boa administração pública, explicita:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Nota-se, pela conceituação trazida, que o direito à boa administração alberga uma variedade de outros direitos, explícitos e implícitos na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional. Se, por um lado, parece espinhoso a delimitação medular de tal direito, de outro, é factível perceber sua pluridimensionalidade.

Por outra ocasião, Juarez Freitas²⁵⁵ prenuncia que no conceito desenhado encontram-se os direitos “[...] à administração pública sustentável [...], dialógica [...], preventiva, precavida e eficaz [...]”. Assim sendo, o direito à boa administração é base notável da tutela administrativa sanitária, vez que esta busca criar, na seara do SUS e da concreção do direito à saúde, o acesso universal, igualitário e integral, nos termos da Lei nº 8.080 de 1990 e da própria Constituição.

A boa administração é, no âmbito do Sistema Único de Saúde, alicerce para a construção de práticas cooperativas e abertas, devendo o Estado sanitário, pela polissemia do direito à saúde, estar aberto para ouvir as demandas dos cidadãos e, posteriormente, contemplar “[...] a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos”²⁵⁶.

O direito à boa administração espelha, ainda, no contexto do sistema público de saúde, instrumento de (i) equilíbrio entre os mandamentos constitucionais de igualdade e liberdade; (ii) de reconhecimento de pretensões dentro das possibilidades estatais; (iii) de desconstrução

²⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública. **NOMOS, Revista do Programa de Pós-graduação da UFC**, v. 35, n. 01, jan/jul., 2015, p. 195-217. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 198, 199.

²⁵⁶ MARTINI, Sandra Regina; MACHADO, Clara. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 04, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 779.

de paradoxos, firmando uma gestão de saúde com caráter protetivo; e, por último, (iv) de proteção da cidadania.

Acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Antonio Caçando Trindade²⁵⁷ clarifica que sua fonte material repousa sobre a ideia universal da proteção jurídica dos seres humanos. Explica, igualmente, que num plano de organização, os (4) tratados podem ser enquadrados dentro dos sistemas global e regional de proteção, contando com uma estruturação bem delineada, havendo, do mesmo modo, instrumentos de garantia de tais documentos.

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos gera polêmica no Direito pátrio. O Supremo Tribunal Federal – STF, até 2008, sustentou a tese da *legalidade* dos tratados. Tal entendimento foi superado, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466-343/SP, firmando-se a tese de que os tratados de direitos humanos ostentam feição de *supralegalidade*, mas sem embargos, o tratado submetido ao procedimento do art. 5º, § 3, inserido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004, receberá índole *constitucional*.²⁵⁸

Felipe Klein Gussoli, noutro entender, defende o caráter *supraconstitucional* dos tratados humanísticos²⁵⁹, ou seja, para o autor as disposições internacionais merecem local de superioridade com relação à Constituição. No mesmo sentido é a percepção de Celso Duvivier de Albuquerque Mello²⁶⁰, para quem a norma internacional sempre prevalece sobre a constitucional, não podendo ser sequer ser revogada.

Ainda há um outro posicionamento, com maior aceitação hodiernamente na doutrina brasileira, que pugna pela *constitucionalidade* dos tratados, tendo em vista o § 2º, do art. 5º, da Constituição. Valerio Mazzuoli²⁶¹ pontua que:

[...] segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

²⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Caçando. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003., p. 37.

²⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁵⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro**. 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018, p. 43.

²⁶⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2-29.

²⁶¹ MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

Em que pese os diversos posicionamentos e o conflito entre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, aproxima-se nessa pesquisa da tese de *supraconstitucionalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos. pois há, sem questionamentos, maior proteção a direitos e garantias individuais e sociais, protegendo-os inclusive contra potencial retrocesso do Direito interno. Felipe Gussoli, de modo adequado, assegura que o “Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito nacional estão integrados em virtude das próprias normas consagradas na Constituição brasileira”²⁶², da cláusula de aberta material.

Urge destacar que alguns tratados de direitos humanos que o Brasil ratifica fazem previsão expressa do direito à saúde e sua proteção, são eles: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no artigo 12, declara: “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”²⁶³, o item 2, do referido artigo, complementa afirmando que os Estados-partes deverão adotar as medidas necessárias para assegurar tal direito.

A Convenção Americana de Direito Humanos (1969), no artigo 26, estipula que os Estados-parte são obrigados a comprometerem-se e adotarem normas que busquem, na medida do possível, a implementação de direitos que decorrem de normas sociais.²⁶⁴

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), no artigo 10, assinala: “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”²⁶⁵, devendo ainda os Estados a reconhecerem como bem público.

²⁶² GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro**. 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018, p. 41.

²⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966. Disponível em: https://nacoesunidas.org/?post_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECONOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAIS. Acesso em: 11 dez. 2018, p. 01.

²⁶⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

²⁶⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso: 11 dez. 2018, p. 01.

Considerando a configuração *supraconstitucional* dos Tratados citados, de modo particular no que se refere à saúde, é coerente a percepção de que, além de imporem à Administração Pública brasileira o dever de efetivação de tal direito, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estimulam e legitimam a atuação administrativa criativa, cooperativa e dialógica, no sentido de contemplar novas formas de resolução de conflitos sanitários e proteção da saúde, para assim diminuir a judicialização e seus impactos.

3.2 Mediação e conciliação no SUS como prática de concertação e tutela

Além de determinar os contornos e fundamentos da tutela sanitária, é imprescindível esclarecer as formas ou técnicas que podem ser aplicadas, a propósito de auxiliar na proteção e promoção do direito à saúde. Considerado o pluricentrismo que advém de tal direito, é adequado informar que para cada tipo de conflito, potencialmente judicializável, existe um caminho a ser trilhado na efetivação da tutela administrativa.

Reconhecidas as limitações da resolução de litígios pela via judicial, há sem dúvidas uma busca pela modificação da cultura brasileira, com o incentivo à utilização de formas consensuais de composição de impasses. Por evidência, o Código de Processo Civil de 2015 passou a determinar a instituição de órgãos, no âmbito de todas as unidades da federação, para remediar dissensos, as chamadas “[...] câmaras de mediação e conciliação para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”²⁶⁶. Todavia, o art. 174 do CPC²⁶⁷ excluiu a participação do particular nas câmaras de mediação e conciliação, limitando o alcance da solução extrajudicial, pois trata expressamente, no inciso I, de “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”²⁶⁸ e, no inciso II, da apreciação de pedidos de solução de conflitos pela conciliação.

Ainda em 2015, foi sancionada a Lei nº 13.140, disciplinando a autocomposição de controvérsias entre particulares e a Administração Pública. Janaína Castelo Branco²⁶⁹ pontua que o art. 32 da referida lei, na realidade, repetiu as competências descritas no art. 174 do CPC/2015, mas teve o objetivo clarividente de excluir qualquer dúvida que pudesse recair sobre a possibilidade da composição de conflitos entre a Administração e os particulares. Porém, crítica deve ser feita ao art. 32, II, pois ao prever a possibilidade de composição entre o

²⁶⁶ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 151.

²⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2018, p. 01.

²⁶⁸ BRASIL. *Op. cit.*, p. 01.

²⁶⁹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Op. cit.*, p. 151-152.

particular e a Administração Pública, a condiciona à avaliação de admissibilidade, ou seja, gera uma possibilidade de interpretação da lei que cria um espectro de arbitrariedade dos órgãos de composição, vez que estes irão analisar se recebem ou não os pedidos de solução administrativa, contrariando a lógico de uma administração tuteladora.

Especificamente referente aos serviços públicos, a Lei nº 13.460 de 2017²⁷⁰, no art. 9º, garante que os cidadãos podem apresentar, perante a Administração, manifestação visando a garantia de seus direitos. No art. 13, VI e VII, aponta que as ouvidorias têm a função de receber, analisar e encaminhar as manifestações aos órgãos competentes, bem como podem promover a mediação e a conciliação, sem prejuízo de competências de outras instâncias. Finalmente, o art. 16 regula o prazo para resposta das manifestações, tendo as ouvidorias que encaminharem a decisão administrativa final ao demandante em 30 dias, prazo prorrogável por igual período, condicionado à justificativa. Em que pese a Lei nº 13.460/2017 contar com melhor delineamento, constituindo avanço com relação ao CPC/15 e à Lei nº 13.140/2015, os prazos trazidos não são compatíveis com demandas de natureza sanitária, uma vez que os casos controversos em saúde gozam, geralmente, de urgência.

Nesse sentido, o órgão independente no SUS para a proteção do direito à saúde tem vantagens nos quesitos acesso, celeridade e eficiência para tratamento de questões problemáticas, podendo definir ainda a melhor forma de abordagem. Para os casos de (1) incorreção, a medida consensual de composição mais adequada é a mediação, ao passo em que nos casos de (2) privação indica-se a conciliação.

3.2.1 A mediação sanitária nos conflitos por incorreção

Nos conflitos por incorreção a controvérsia é resultado, diretamente, de falhas no Sistema Público de Saúde, particularmente nos lapsos da política pública de assistência farmacêutica. A assistência medicamentosa, nesse contexto, deixa de ser prestada com eficácia em função da interrupção de abastecimento, falhas e fraudes nos procedimentos licitatórios, gestão precária e burocratizada, dentre outras situações. Por essa dimensão, a política pública contempla o fármaco a ser fornecido, com registro na ANVISA e incorporado à listagem oficial do SUS.

²⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso: 15 nov. 2018.

Adriana Schier preconiza:

A garantia dos direitos sociais reflete, para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado, não só o dever de abstenção, de maneira a assegurar a autonomia privada na esfera da proteção dos direitos e liberdades individuais, mas também o dever de proporcionar o acesso de todos a condições de vida digna, mediante prestações de serviços públicos.²⁷¹

Dito isso, não é razoável que o Estado falhe na prestação da política de assistência farmacêutica, especialmente em função de desalinhamentos administrativos. Assim, Daniel Hachem²⁷² determina que a prestação de serviços públicos, de modo a abranger a assistência medicamentosa prevista no art. 6º, d, da Lei nº 8.080 de 1990, deve ocorrer de maneira adequada, respeitando a dignidade humana e os direitos fundamentais.

Então, quando houver falha administrativa na prestação do serviço público de fornecimento de fármacos, não há que se falar em uma atuação indevida do Poder Judiciário, este atua com o objetivo de concretizar o Texto Constitucional, valorizando e resgatando o sentido e eficácia da política pública de saúde, protegendo a dignidade do cidadão.

Vanice Regina Lírio do Valle compreende que “[...] é inequívoco que os déficits de atenção estatal do passado criam situações fáticas absolutamente apartadas do ideário de vida digna, o que reclama premência no seu enfrentamento”²⁷³. Indo além, não somente o déficit de atenção no passado, mas ainda algumas situações do presente colocam em risco a capacidade de concretização da Constituição, precarizando os serviços públicos, notadamente o Sistema Único de Saúde – SUS.

Em que pese o importante papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de saúde pré-estabelecidas, respeitando o princípio Democrático e a Constituição de 1988, existe, entretanto, uma dimensão desalumiada: o acesso ao fornecimento de medicamentos, no âmbito judicial, ocorre de maneira a violar – a longo prazo – a universalidade e a igualdade, previstas no art. 196 da CF/88 e art. 7º da Lei nº 8.080/90.

²⁷¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição do retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 159.

²⁷² HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, V. 14, N. 14, p. 387-408, jul/dez., 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/420/348>. Acesso em: 23 set. 2018, p. 390.

A universalidade, enquanto princípio, corresponde ao acesso a todos os níveis de proteção, promoção e recuperação da saúde, ao passo em que a igualdade diz respeito à vedação de qualquer tipo de privilégio dentro do sistema. Considerando que, inegavelmente, o acesso ao Poder Judiciário é limitado no Brasil, por inúmeras questões, o alcance de determinações judiciais em favor do cidadão, de modo individual, finda por funcionar como óbice à universalidade e à igualdade no SUS.

David Landau²⁷⁴ já alertou que boa parte da doutrina descaracteriza a atuação dos Tribunais na implementação de direitos sociais. Se por um lado a concretização de direitos sociais é “vibrante”, o seu efetivo impacto no desenvolvimento social é irrisório, “courts can aggressively enforce these rights and yet do little to affect social transformation”²⁷⁵. Aplicando esta ideia à realidade brasileira, é factível que a atuação judicial pode de um lado obrigar o Poder Público a cumprir a política pública de fornecimento de medicamento, mas em outro oposto não produz efeitos sociais notórios.

Por esse ângulo, surge a mediação como solução alternativa de litígios por incorreção, também conhecida como uma das técnicas de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. No âmbito sanitário, a mediação pode ser implementada como prática de pacificação social e decomposição de discordâncias entre o usuário do SUS e a Administração, gerando resultados consensuais de maneira mais rápida, justa e com maior legitimidade perante a comunidade.²⁷⁶

Lília Maia de Moraes Sales explica que a mediação, enquanto instrumento, corresponde a um meio de desfecho de problemas, possuindo como características fundamentais o diálogo e a cooperação entre os envolvidos, com “[...] a participação de um terceiro imparcial – o mediador – que, com a capacitação adequada, facilita a comunicação entre as partes sem propor ou sugerir, possibilitando a construção de uma solução satisfatória”²⁷⁷.

Mediar em matéria de saúde transforma-se em um ponto de comunicação entre o cidadão e o administrador, que passam a ter noção real e direta dos problemas que alcançam a

²⁷⁴ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, Number 1, p. 190-247, 2012, p. 192. Disponível em: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁷⁵ LANDAU, David. *Op. Cit.*, p. 191.

²⁷⁶ SOUSA, Thanderson Pereira de. Acesso à justiça, meios alternativos de resolução de conflitos e o advogado no Estado democrático de direito. In: BRITO, Francilene Gomes de. PEREIRA JR, Antonio Jorge. **Acesso à Justiça**: realidade e perspectivas. Brasília: OAB/CF, 2017, p. 466.

²⁷⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set/dez, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5289>. Acesso em: 24 set. 2018, p. 967.

execução das ações e serviços do Sistema Único de Saúde, e assim buscam juntos determinar a solução mais viável para o caso concreto.

É interesse revelar que a mediação é mais adequada aos conflitos por incorreção pois, já há uma regulação normativa referente às ações e serviços do SUS, não haverá, desse modo, discussão sobre o que constitui direito ou não, o debate incidirá especificamente sobre as incorreções da execução da política pública, que podem ser contornadas por uma solução criativa que vincule a Administração Pública. Ademais, a regulamentação normativa evita a existência de discrepância entre as partes que tentam mediar, já o terceiro imparcial responsabiliza-se pela facilitação da comunicação.

A mediação deve ser institucionalizada, tal como prática do Estado que é marcado pelo diálogo, pela abertura democrática na prestação e acompanhamento dos serviços públicos garantidos pela Constituição de 1988. A mediação sanitária é caminho promissor para contribuir com a desjudicialização de questões que, muitas vezes, versam sobre pontualidades que podem ser resolvidas no âmbito administrativo, não havendo imprescindibilidade no acionamento do Estado-juiz. Diante disso, Jessé Torres Pereira Jr.²⁷⁸ aduz que “o estado pós-moderno apresenta, ainda, a mediação como uma de suas características principais. O estado mediador consiste no emprego, em larga escala, de métodos e técnicas consensuais negociais”.

Para as políticas públicas de saúde, abarcando a assistência farmacêutica, Clara Machado e Sandra Regina Martina²⁷⁹ consideram que, atualmente, o planejamento e execução devem ser idealizados a partir da cooperação, abstraindo a atuação individualista da Administração Pública.

A mediação passa a exercer então, na concretização do direito social à saúde, função garantidora da universalidade, baseada no princípio da fraternidade, que para Sandra Regina Martini²⁸⁰ deságua na proteção do direito de todos, coletiva e democraticamente, “certamente, o princípio da fraternidade é direcionador de um projeto político-democrático enquanto norma

²⁷⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 296.

²⁷⁹ MARTINI, Sandra Regina; MACHADO, Clara. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 04, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 787, 788.

²⁸⁰ MARTINI, Sandra Regina. Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?. **Stato e diritti nell'età della globalizzazione**. Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

preceptiva que considera a dignidade humana como marco da liberdade, igualdade e limite de sentido”.²⁸¹

Além disso, a prática de mediação em matéria de saúde já vem sendo desenvolvida em outros países, inclusive institucionalizada, no sentido de alcançar maior efetividade dos serviços sanitários e de proteção das condições físicas, psicológicas e sociais dos indivíduos.

Na Espanha, Imaculada Armadans et al²⁸² observa a mediação na saúde como um espaço para a prevenção de conflitos, desenvolvimento do cooperativismo entre as pessoas e ou grupos envolvidos em situações controvertidas, transformação de relações preestabelecidas e fixação de acordos extrajudiciais como soluções nos pontos em que o sistema falha. Armadans et al revela, igualmente, que a mediação sanitária evita a judicialização, possui custos menores e tem maior rapidez resolutiva, como seapura da realidade do Consórcio Hospitalar de Terrassa²⁸³, atualmente Hospital Universitário ligado à Universidade Internacional de Cataluña.

Na França, a mediação ocupa um lugar à parte, especialmente pelo fato de não existir um controle externo de caráter geral, com exceção dos juízes. Considerando a eficiência da jurisdição administrativa francesa, a mediação tem funções limitadas, mas não por isso é menos expressiva no cenário francês. André Legrand e Céline Wiener informam que “em 1973 a criação do Mediador da República inspirou-se no exemplo sueco de *Ombudsman* [...], e [o mediador] passou a intervir para levar em consideração questões de equidade, inalcançáveis pela competência do juiz”²⁸⁴.

Com a reforma constitucional de 2008, o Mediador da República passa a ser conhecido como Defensor de direitos, ganhando título próprio na Constituição, tendo poderes de investigação e ação, bem como de propor transação aos envolvidos no caso analisado²⁸⁵. Malgrado o Defensor de direitos não seja voltado especificamente para questões de saúde, Legrand e Wiener enfatizam, baseados no relatório de atividades defensorais de 2015, “que maioria das reivindicações se referiam ao campo dos direitos sociais, direitos da criança e da saúde”.²⁸⁶

²⁸¹ MARTINI, Sandra. Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364>. Acesso em: 25 set. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.11364>, p. 101.

²⁸² ARMADANS, Immaculada et al. *La mediación en el ámbito de la salud*. **Medicina Clínica**, [s.l.], v. 133, n. 5, p.187-192, jul. 2009. Elsevier BV. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/256812840_La_mediacion_en_el_ambito_de_la_salud.DOI:<http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2008.11.026>. Acesso em: 25 set. 2018, p. 188.

²⁸³ ARMADANS, Immaculada et al. *Op. cit.*, p. 192.

²⁸⁴ LEGRAND, André. WIENER, Céline. **Le droit public**. Paris: DILA, 2017, p. 156, tradução livre.

²⁸⁵ LEGRAND, André. WIENER, Céline. **Le droit public**. Paris: DILA, 2017, p. 157.

²⁸⁶ LEGRAND, André. WIENER, Céline. **Le droit public**. Paris: DILA, 2017, p. 158, tradução livre.

Se devidamente implementada, a mediação sanitária pode, no âmbito do SUS, contribuir com a melhora de ações e serviços sanitários públicos, aumentando a legitimidade das decisões tomadas no âmbito da Administração Pública. Pode, simultaneamente, “promover a confiança dos pacientes nos profissionais e instituições de saúde”²⁸⁷, dando caráter universal, igualitário e isonômico ao acesso do sistema público de saúde, tutelando o direito à saúde.

3.2.1 A conciliação nos conflitos por privação

Nos conflitos por privação, a contestação nasce em função de um “vácuo” na política pública de fornecimento de medicamentos. Nesses casos, o fármaco que o cidadão deseja obter não se encontra na lista RENAME, por conta da não atualização ou não incorporação, esta última orientada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, que averigua o medicamento com base em evidências e, também, pelo critério custo-benefício.

De outro modo, os medicamentos exigidos nessa modalidade de contenda não constam como opção de dispensação no Sistema Único de Saúde, pois, não integram os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT’s ou listas instituídas pelos gestores em cada âmbito da federação, que guiam a assistência farmacêutica, conforme o artigo 19- M, da Lei nº 8.080 de 1990²⁸⁸. Caso uma patologia seja descrita nos PCDT’s, o medicamento para o devido tratamento também será listado, não podendo o SUS fornecer opção diferente, salvo quando o fármaco estiver disposto nas listas instituídas pelos gestores federal, estadual e municipal.

O conflito por privação pode, ainda, ser identificado com a postulação de medicamentos para o uso *off label*. “Usa-se o termo *off label* para se referir ao uso diferente do aprovado em bula ou ao uso de produto não registrado no órgão regulatório de vigilância sanitária no País, que, no Brasil, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.”²⁸⁹ Não há como negar embaraços da política pública brasileira de assistência farmacêutica, nesse contexto.

Para esse tipo de desacordo, a conciliação manifesta-se como o meio mais conveniente de diluição. E o é, pois, ao contrário da mediação, a conciliação tem a figura de um terceiro que além de promover o diálogo entre as partes, finda por sugerir tecnicamente uma saída para as

²⁸⁷ SYBBLIS, Sheea. Mediation in the Health Care System: creative problem solving. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, n. 6, v. 3, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol6/iss3/6>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁸⁸ Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011).

²⁸⁹ CONITEC. Uso *off label*: erro ou necessidade?. **Revista Saúde Pública**, Vol. 46, N. 02, p. 398-399, 2012, p. 398. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n2/it_decit.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

divergências identificadas. Luciano Dias e Kamila Faria²⁹⁰ conceituam a conciliação enquanto “[...] procedimento dialético no qual os próprios contendores atuam em conjunto, em busca de soluções e decisões conjuntas, com o auxílio de um terceiro, o conciliador, que incentiva o diálogo, sem imposições, apenas sugerindo alternativas [...]”.

Recentemente, estudos²⁹¹ têm apontado somente a mediação tal como instrumento a contribuir para a desjudicialização das questões sanitárias, não obstante a contribuição que as pesquisas concretizam, não há distinção entre os tipos de dissensões em matéria de saúde, o que é fundamental para a determinação das formas de tratativa na tutela administrativa.

A figura do conciliador, apto a desenhar soluções técnicas, equilibra a discrepância entre o Estado e o cidadão no que toca os conhecimentos da área médica e normativa do SUS, posto isso, o conciliador da área sanitária, independente e autônomo, deve ter conhecimentos que permitam fazer uma interpretação racional das disposições legislativas que regem a proteção à saúde e os serviços públicos, a fim de indicar opções para transação que ponderem tanto a dimensão objetiva quanto a subjetiva do direito à saúde, salvaguardando o interesse público.

A conciliação permite a realização de avaliação das demandas dos cidadãos, ou mesmo dos gestores públicos, com base em evidências científicas e nas possibilidades que o Sistema Único de Saúde – SUS possui. Enquanto técnica de órgão para a tutela sanitária, potencialmente poderá afastar interesses escusos que muitas vezes permeiam o fenômeno da judicialização e contribuem para minar o sistema público.

A consideração das limitações do SUS conduz, na atividade conciliadora, a proposições que analisem o custo-efetividade de determinadas ações, serviços e produtos a serem oferecidos ou não, sanando inclusive as deficiências dos Núcleos de Apoio Técnico – NATjus, instituídos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Nesse sentido, George Marmelstein²⁹² pondera:

²⁹⁰ DIAS, Luciano; FARIA, Kamila. A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 8, n. 2, p. 20 - 44, 17 ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9990>. Acesso em: 26 set. 2018, p. 26.

²⁹¹ Cf.: RIBEIRO, Wesley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área da saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 62-76, nov. 2017/fev.2018, 2018.; D’Artonio. Suzete de Souza. Mediação sanitária: diálogo e consenso possível. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 88-22, abr/jun. 2018.; DELDUQUE, Maria Célia.; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr/jun, 2015.

²⁹² LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want*: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 26 set. 2018, p. 117.

A percepção da importância da análise do custo-efetividade talvez seja capaz de demonstrar a insuficiência da consulta aos NATS ou mesmo às fontes da medicina baseada em evidência como parâmetro para definir se uma ordem judicial deve ou não ser deferida em situações em que um médico prescreve uma medicação não fornecida pelo SUS antes da apreciação pela Conitec.

Assim, Marmelstein descortina, com clareza, que apenas a consulta em uma esteira de evidências científicas não é suficiente, no âmbito do SUS, para imposição do fornecimento de produtos farmacêuticos, correto é a combinação entre as evidências e o custo-efetividade. A tese de insuficiência dos NATjus é corroborada, nesse estudo, com o apontamento feito na análise dos mandados de segurança no Tribunal de Justiça do Piauí pois, a ausência (62%) ou presença (38%) de parecer do Núcleo não influenciou, na prática, as decisões, que na totalidade foram pelo deferimento da segurança.

Contra a conciliação como instrumento de tutela, poderia levantar-se tese na orientação de que tal atividade viola a supremacia do interesse público. Sem embargos, não deve progredir essa lógica, vez que a Constituição de 1988 traz uma extensa previsão de direitos individuais que merecem respeito, não podendo haver uma mitigação destes em favorecimento de uma supremacia equivocada da Administração Pública, pelo contrário, Janaína Castelo Branco ensina que “o interesse público é também fundamento da cooperação estatal”²⁹³, dessa forma deve constituir interesse “do Estado democrático a efetivação de direitos mediante atuação estatal em que haja ampla participação dos interessados”²⁹⁴, o que demanda um comportamento conciliador. Em orientação idêntica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹⁵ determina que o interesse público, na realidade, protege os direitos fundamentais dos indivíduos, exigindo razoabilidade nas relações entre Estado e cidadão para concreção da proteção.

²⁹³ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 203.

²⁹⁴ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Op. cit.*, p. 203.

²⁹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 251.

4 REPENSANDO O CONTROLE EXTERNO E O FINANCIAMENTO DO SUS

A implementação eficiente do direito à saúde, bem como a adequada prestação de serviços públicos sanitários, requer vários processos, como planejamento, financiamento, execução e controle, por exemplo. São muitos os atores institucionais envolvidos na lógica de funcionamento e racionalidade do sistema público de saúde, assim, é imperioso pensar em novos paradigmas de controle externo e financiamento.

A configuração de Estado social, firmada pela Constituição de 1988, cria um leque de direitos fundamentais que devem ser corporificados, direta ou indiretamente pela Administração Pública e, se por um lado, há uma gama de direitos inerentes aos cidadãos, de outra banda, as formas de controle, estatuídas constitucionalmente, tornam-se garantias de concreção, e não sendo, as disposições do Texto de 1988 tendem a converterem-se em promessas vazias. Ora, se há uma variedade de direitos para uma sociedade plural e imersa em arrefecidas mutações econômica, política e estrutural, é perceptível a possibilidade de modos inovadores para o controle, especialmente no que diz respeito aos serviços públicos.

Em outra direção, rever o financiamento dos serviços públicos é imprescindível. Não há, com muita certeza, como manter prestações adequadas e universais, do ponto de vista jurídico, ante a inexistência de um forte financiamento, satisfazendo as demandas de uma comunidade que cresce a cada dia, como a brasileira. Com o envelhecimento da população²⁹⁶, resta lançado um desafio para a saúde pública, seu financiamento e as tensões entre orçamento público e ingerências judiciais.

4.1 Controle de adequação dos serviços públicos de saúde pelos Tribunais de Contas no novo regime fiscal brasileiro

O Estado passou a ser responsável por prestações de bens e atividades indispensáveis ao cidadão brasileiro, dentre eles a saúde, que não poderiam, pela sua fundamentalidade, estarem restritos somente à iniciativa privada. Esses bens e atividades, regulados por normas de Direito Público, são os chamados serviços públicos. A Constituição, no seu artigo 175, IV,

²⁹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS – IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 27 dez. 2018, p. 01.

bem como outras normas no plano infraconstitucional, garante que o Poder Público deve manter a prestação adequada do serviço público.

Diante de falhas enfrentadas na prestação dos serviços públicos de saúde para a população brasileira, e, também de problemas estruturais na Administração Pública, como a corrupção, subfinanciamento e falta de eficiência administrativa, a título de exemplo, a adequação torna-se imprescindível, especialmente em um contexto fiscal que impede o crescimento real das despesas primárias do Estado, que correspondem aos investimentos em serviços públicos. À vista disso, questiona-se: é possível que os Tribunais de Contas, no exercício do controle externo, realizem a verificação da adequação da prestação dos serviços públicos de saúde?

Assim, busca-se perquirir a abertura normativa para o controle de adequação das prestações de ações e serviços de saúde, no âmbito do SUS, por parte dos Tribunais de Contas, funcionando tal controle como estímulo para a satisfatória disponibilização de bens e atividades essenciais à população, particularmente no contexto de um regime fiscal que dificulta o crescimento real das despesas primárias do Estado.

Nessa circunstância, é elaborada a seguinte hipótese: os Tribunais de Contas podem fazer a verificação de adequação, pois não há nenhum impedimento de ordem constitucional ou infraconstitucional. O controle externo de adequação estimula a melhoria na prestação de serviços públicos sanitários, cooperando para a garantia da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988²⁹⁷ não determina um conceito de serviços públicos, todavia, seu artigo 175 ensina que o Poder Público fará, direta ou indiretamente (por concessão ou permissão), a prestação de serviços públicos, utilizando a licitação como instrumento viabilizador de tal prestação. Nesse sentido, a doutrina administrativista brasileira consolida o conceito de serviços públicos a partir dos substratos material e formal, ou, das perspectivas material e jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o serviço público no contexto brasileiro, assevera que pelo substrato material, serviços públicos são as atividades que não podem ficar distantes da atuação estatal em determinado tempo e local, pela sua importância não é possível que “[...] fiquem tão-só assujeitadas a fiscalização e controles que [o Estado] exerce sobre a

²⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2018.

generalidade das atividades privadas [...]”²⁹⁸. No substrato formal, pela essencialidade das atividades, o Direito Público passa a disciplinar e resguardar os interesses e objetivos a serem contemplados pela prestação dessas atividades²⁹⁹.

Afinado com este pensamento, Daniel Hachem³⁰⁰ delinea as perspectivas material e jurídica. Na primeira, Hachem considera os traços próprios das atividades, que são bens e serviços úteis para a satisfação das necessidades humanas, e, igualmente escassos, prestados pelo Estado, “atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras, são peculiarizadas por essas notas.”³⁰¹ A perspectiva jurídica corresponde à maneira como o Direito disciplina tais práticas, possibilitando a distinção entre elas. Notadamente, a regulamentação dos bens e serviços prestados pelo Estado é feita pelo Direito Público, conforme decisão expressa no ordenamento jurídico brasileiro³⁰².

Se determinadas atividades, no contexto do Estado de Direito Democrático Social, são de sobremodo relevantes que não ficaram restritas tão-somente à esfera privada, e, mais ainda, demandam um disciplinamento específico de Direito Público, evidente que a sua conformação, na forma de serviços públicos, não poderá ser realizada de qualquer maneira, o que se possível, seria paradoxal quanto às normas que regulamentam a Administração Pública brasileira e seus princípios. Diante disso, todo e qualquer serviço público deve ser prestado de maneira satisfatória, para que, na conjuntura social brasileira, se preservem os fundamentos da República, especialmente a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A integridade dos serviços públicos está ligada diretamente à adequação, prevista no art. 175, IV, da Constituição de 1988. Decorrente dessa previsão, o Poder Público tem “a obrigação de manter serviço público adequado”³⁰³, assim, é perene a existência de um direito fundamental ao serviço público de saúde adequado. Romeu Felipe Bacellar Filho³⁰⁴, Daniel

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 273.

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*

³⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Acesso em: 16 jul. 2018.

³⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 125.

³⁰² HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*

³⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2018.

³⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público**, Buenos Aires, n. 18-20, p. 61-73, jan./dez. 2002. Acesso em: 17 jul. 2018.

Hachem³⁰⁵, Carolina Zancaner Zockun³⁰⁶, e outros, consolidam na doutrina administrativista do Brasil o entendimento de que o serviço público adequado constitui direito fundamental, por lógica, as ações e prestações em matéria de saúde seguem a mesma orientação: a adequação.

Para Daniel Hachem, a prestação de um serviço público adequado se conforma quando a Administração Pública presta bens e serviços com base nos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, “[...] entre outros que se mostrem necessários à adequação do seu fornecimento ao fim a que ele se destina: satisfazer as necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”³⁰⁷.

Nesse contexto, a satisfação da adequação e consequente manutenção dos serviços públicos em um Estado cada vez mais crescente – em termos demográficos – demanda um forte financiamento, e similarmente, crescente. Mas o Brasil, recentemente, começou a contar um novo regime fiscal, instituído pela Emenda Constitucional nº 95/2016. Pela Emenda, as despesas primárias do Estado, que são do tipo não-financeiras e correspondem aos investimentos feitos nos serviços públicos, passam a ser atualizadas em seu reajuste pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA, medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, a partir do ano de 2018³⁰⁸.

De modo mais claro, as despesas primárias serão reajustadas, anualmente, considerando o valor utilizado em exercício financeiro anterior, pelo IPCA, que mede a variação nacional de preços, não havendo, portanto, um crescimento real, mas apenas aparente dos investimentos nos serviços públicos. O novo regime fiscal brasileiro vigorará por vinte anos, praticamente congelando as despesas primárias. É preocupante então, o futuro dos serviços públicos, e de modo particular, a adequação da prestação de bens e serviços de saúde pela Administração, em um cenário que freia e põe limites aos gastos públicos de ordem primária.

Cass Sunstein e Stephen Holmes³⁰⁹ asseveram que todos os direitos têm custos, dependem de financiamento, seja direito a uma prestação negativa ou positiva, esse critério de

³⁰⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106>. Acesso em: 17 jul. 2018.

³⁰⁶ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁰⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 136.

³⁰⁸ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289. Acesso em: 17 jul. 2018.

³⁰⁹ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

verificação é dispensável. É categórico que o Estado precisa financiar serviços públicos de saúde de maneira crescente, mas o congelamento temporal demasiado do financiamento em uma sociedade em constante desenvolvimento pode, em potencial, prejudicar a satisfação do direito fundamental social à saúde.

Amartya Sen³¹⁰ defende que a liberdade é um pressuposto do desenvolvimento, porém, discorda-se deste posicionamento, uma vez que a própria liberdade só será alcançada a partir de oportunidades iguais, universalizadas, e no âmbito da temática ora discutida, de serviços públicos que sejam adequados, acessíveis e isonômicos.

Corporifica-se aqui um verdadeiro problema: como estimular a adequação dos serviços públicos de proteção à saúde no Brasil com o novo cenário fiscal público, inaugurado pela Emenda Constitucional nº 95/2016? A resposta a esta problemática, que corresponde à hipótese a ser confirmada ou retificada, centra-se na possibilidade da realização de um controle externo de qualidade dos serviços públicos pelos Tribunais de Contas, conjugando a fiscalização financeira e de adequação, no âmbito da Administração Pública.

A Administração Pública brasileira, nas últimas décadas, tem passado por um processo de transformação, processo este que não altera o substrato da atuação administrativa – entendido aqui como a satisfação do interesse público, perseguindo os fundamentos e os objetivos da República – mas que modifica as bases estruturais e o funcionamento da máquina de gestão pública.

Essa alteração recebe grande influência da mutação de paradigmas na ordem mundial, com o fenômeno da globalização, contribuindo então para uma transformação no delineamento do Estado. Nesse esteio, Eurico Bitencourt Neto³¹¹ observa que “o Estado transformado implica, necessariamente, em transformações na Administração Pública”.

Irene Nohara³¹², ao tratar da reforma administrativa iniciada na década de 90, afirma que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE “contemplou a interpretação de crise do Estado associada à crise econômica e à globalização [...]”³¹³. Seguindo a dissertação do processo de transformação no modelo administrativo do Brasil, Nohara aborda as fases, ou formas, de Administração, quais sejam: a patrimonialista, a burocrática e, por último, a gerencial.

³¹⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

³¹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773, p. 208. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹² NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

³¹³ *Ibidem*, p. 78.

No modelo de administração gerencial, que vem se consolidando no Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que há uma transferência do foco do interesse administrativo, que passa “do Estado para o cidadão”³¹⁴, fazendo com que a eficiência, bem como outros fatores antes estranhos à atividade administrativa, sejam diretrizes de tal atuação. Eurico Bitencourt Neto, a seu turno, aduz que “a crise do modelo de administração prestadora [...] levou à incorporação, pelo setor público, de preocupações antes próprias do setor privado, como racionalização dos orçamentos, eficiência na alocação de recursos, controle de resultados, foco no ‘cliente’”³¹⁵.

Além de uma faceta gerencial, é possível verificar na Administração Pública brasileira outras características. Eurico Bitencourt Neto³¹⁶ cita, por exemplo, os caracteres infraestrutural, procedimental, multipolar, em rede e outros mais. Cada configuração da Administração Pública tem uma expressão própria, todavia, o foco continua no interesse público, e conseqüentemente, no alcance da prestação de um serviço público sanitário adequado.

O serviço público adequado³¹⁷ deve ser estimulado, no âmbito da Administração Pública brasileira. Claramente, a adequação deve ser o plano inicial de qualquer atividade administrativa, porém, muitos problemas atingem a máquina estatal como, por exemplo, a corrupção, a inconstância da economia mundial, o subfinanciamento e até mesmo a inconsistência regulatória, na medida em que muitas atividades passam a ser gerenciadas pela iniciativa privada³¹⁸.

A Lei nº 8.987 de 1995, que regula as concessões públicas, é um marco, determinando o serviço adequado como aquele que observa a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade.

A Lei nº 11.079 de 2004, que normatiza as parcerias público-privadas, define as diretrizes da eficiência, respeito aos direitos e interesses dos destinatários e entes privados, responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, transparência de procedimentos e decisões, dentre outras. Não obstante, o movimento de transferência da prestação de várias atividades para entes privados³¹⁹, típico de um modelo gerencial de administração, demanda

³¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. **Revista Direito**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 4, p. 37-44, jul/dez, 1998, p. 39. Acesso em: 25 jul. 2017.

³¹⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773, p. 208. Acesso em: 25 jul. 2018.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ Este conceito está descrito em item anterior desta investigação, com fundamento nos estudos de Daniel Hachem.

³¹⁸ NÓBREGA, Theresa C. de Albuquerque. Serviço público à brasileira: crises contemporâneas. **Revista do TCE – MG**, Belo Horizonte, vol. 35, n. 2, p. 99-116, jul/dez, 2017.

³¹⁹ D’ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

um esforço regulatório amplo do Estado, o que pode gerar lacunas de regulação e funcionar como uma abertura à corrupção e falta de fiscalização³²⁰.

À vista disso, considerando um regime fiscal que não garante um crescimento real nas despesas primárias do Estado, em um período extremamente longo, contrariando inclusive a experiência de outros países³²¹, como EUA e Dinamarca, que utilizaram uma política de limitação de gastos em tempo inferior ao estipulado pela Emenda Constitucional nº 95³²², o estímulo à prestação de serviços públicos de saúde adequados é primordial, inclusive para a satisfação do princípio da reciprocidade, segundo o qual, nos termos de Luiz Alberto Blanchet³²³, ninguém alcançará um direito sem haver a respectiva contribuição, o referido esforço para o seu merecimento. Então se há o pagamento de tributos, estes devem retornar ao cidadão de maneira adequada, sob a forma de serviços que atuem no sentido de proteger os direitos fundamentais.

Nesse bojo, aborda-se a possibilidade dos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo da Administração Pública, efetuarem uma averiguação da adequação da prestação dos serviços públicos, estimulando a atividade administrativa a maximizar o potencial dos bens e serviços colocados à disposição dos cidadãos, em conformidade com a Constituição de 1988 e normas infraconstitucionais afetas ao tema.

Essa maximização é importante para a racionalização dos recursos públicos, pois, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE apontou, em 2018, que “em comparação com outros países, a eficiência com os gastos em saúde no Brasil parece baixa”³²⁴, o que exige melhor forma de controlar e incentivar a utilização eficiente, e também econômica, de recursos.

A Constituição, nos artigos 70 a 75, disciplina a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração. Pela leitura do artigo 70:

³²⁰ NÓBREGA, Theresa C. *Op. cit.*

³²¹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289. Acesso em: 17 jul. 2018.

³²² CAVALCANTE, Denise L.; PEREIRA, Fabrícia H. L.; SOUSA, Thanderson P.; Uma análise financeira do gasto em saúde no Brasil **Revista de direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 6, n. 1, p. 32-64, jan/jul, 2018.

³²³ BLANCHET, Luiz Alberto. Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo Estado como garantia de desenvolvimento. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais – homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho: anais do seminário da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: Íthala, 2016.

³²⁴ OCDE. **Relatório econômicos da OCDE – Brasil 2018**. Disponível em: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018, p. 29-30.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder³²⁵.

Nota-se, pela leitura do referido artigo, que a Constituição imputa aos Tribunais de Contas um controle não somente técnico-financeiro, mas similarmente, a competência para o controle qualitativo das ações da Administração direta e indireta. Desse modo, a configuração de uma administração gerencial, vinculada à eficiência, eficácia e efetividade, determina a gestão adequada dos recursos públicos como um dos mandamentos do princípio da economicidade (art. 70, CF/88).

O controle externo, exercido pelo Congresso, será auxiliado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, que por sua vez possui características e diretrizes próprias no que tange sua função. Cabe destacar aqui, que por força do artigo 75 da CF/88, as normas dirigidas ao TCU são aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas municipais.

As competências dos Tribunais de Contas são muitas, como se depreende do artigo 71 da CF/88. Dentre elas, urge indicar o inciso IV, que aduz:

Realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;³²⁶.

Uma interpretação constitucional apropriada desse dispositivo, conduz ao entendimento de que a ordem jurídica constitucional de 88 garante um amplo espaço de atuação das Cortes de Contas, que inclusive são independentes, apesar de desempenharem – o TCU, Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal, bem como Tribunais e Conselhos de Contas municipais – função auxiliar ao Poder Legislativo.

A amplitude de competências das Cortes de Contas, numa exegese constitucional sistemática, pode ser observada tanto por um prisma material (inspeção e auditoria contábil, financeira e orçamentária, etc.), quanto por um prisma pessoal ou subjetivo, vez que,

³²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2018, p. 01.

³²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2018, p. 01.

praticamente, todas as pessoas que administram os bens públicos estão sujeitas ao controle dos Tribunais de Contas (Art. 70, §1º, CF/88).

A autonomia e, igualmente, as competências determinadas pela Constituição de 1988 aos Tribunais são claras e apontam para a importância que o controle externo possui. Sobre isso, Marçal Justen Filho considera que “[...] é correto afirmar que existem, no Brasil cinco Poderes, porque o Ministério Público e o Tribunal de Contas recebem, por parte da Constituição Federal, um tratamento que lhes assegura autonomia estrutural e identidade funcional”³²⁷.

Nessa esteira, Flávio Garcia Cabral, ao discorrer de modo particular sobre o TCU, pontua que este é “[...] órgão autônomo e independente, que não se encontra subordinado a nenhum dos Poderes clássicos, embora atue com eles de forma cooperativa, em especial com o Poder Legislativo [...]”³²⁸.

Dito isso, é possível concluir pela hipótese de que as Cortes de Contas podem, e devem, em compatibilidade com a Constituição de 1988, realizar um controle de adequação da prestação dos serviços públicos de saúde. Se a ordem constitucional vigente confere autonomia e independência aos Tribunais de Contas, para que realizem a fiscalização da atividade financeira do Estado, sob a perspectiva da legalidade, economicidade e legitimidade, dentre outros, não há razões para negar a competência para apurar a adequação da prestação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública.

A hipótese, então defendida, pode ser atacada mediante uma interpretação gramatical, limitada à letra fria do Texto Constitucional, no sentido de que não é possível fazer a averiguação de adequação dos serviços públicos de saúde, vez que não há uma previsão explícita. Entretanto, é necessário atentar para a sistemática da Constituição vigente, sua unidade, força normativa e a concordância prática de seus dispositivos, na atividade interpretativa.

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo³²⁹, os princípios que regem os serviços públicos são a universalidade, igualdade, modicidade, cortesia, a regularidade e o controle (externo e interno) das condições de prestação. Desta forma, considerando a prestação inadequada dos serviços públicos de saúde, como ofensa aos princípios ora mencionados e também à Constituição, o princípio do controle das condições de prestação é relevante se tido, também,

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

³²⁸ CABRAL, Flávio Garcia. **O tribunal de contas da união na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 143.

³²⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

como fundamento para o controle externo de adequação as ações e prestação em saúde por parte dos Tribunais de Contas, no Brasil.

A atuação dos Tribunais, com o objetivo de averiguar a adequação dos serviços públicos, não contraria o ordenamento jurídico brasileiro. Jessé Torres Pereira Júnior³³⁰, ao abordar a consensualidade no direito pátrio, assevera que a legalidade formal (vinculação estrita à lei, concebendo a possibilidade de fazer somente o que for expressamente permitido) fora ultrapassada. A legalidade, hodiernamente, não se limita exclusivamente “à lei formal, mas atende a um conjunto de leis constitucionais, ordinárias, regulamentos, tratados, usos e costumes, jurisprudência e princípios gerais do direito”³³¹, essa lógica, valida a possibilidade de controle externo fiscalizando a adequação da prestação dos serviços públicos.

Num plano hermenêutico sistemático, não há incompatibilidade entre o controle externo de adequação e os dispositivos constitucionais que regulam as competências das Cortes de Contas. Se, por um lado, pode ser feito um controle sob a ótica da legalidade, legitimidade e economicidade, numa dimensão financeira, também poderá subsistir o controle de adequação, controle que busque determinar se as prestações para proteção e recuperação da saúde são realizadas de modo a concretizar o disposto nos artigos 1º, 3º, 5º, 6º, 196 e seguintes, da Constituição.

Estranho, seria admitir uma fiscalização de economicidade, restritiva, que remetesse à ideia de um baixo custo nas compras e prestações de bens e serviços pela Administração Pública, sem haver preocupação em saber se os bens e serviços adquiridos/fornecidos são realmente adequados, ausente um “controle sob as condições de sua prestação, entre outros que se mostrem necessários à adequação do seu fornecimento ao fim a que ele se destina: satisfazer as necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade”.³³²

No plano infraconstitucional, a Lei nº 13.460 de 2017, reforçando os preceitos constitucionais, determina, em seu artigo 4º, que “os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.”³³³ Se

³³⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coordenador). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³³¹ *Ibidem.*, p. 300.

³³² HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106>. Acesso em: 16 jul. 2018, p. 136.

³³³ BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm. Acesso em: 27 jul. 2018, p. 01.

há previsão de adequação, inclusive no instrumento legiferante que visa proteger os cidadãos usuários dos serviços públicos, logicamente, o controle de adequação pode e deve acontecer, é verdadeiro poder-dever das instituições de controle, e não uma escolha.

É preciso revelar ainda, que a elaboração de uma noção de controle externo de adequação tem açambarcada a pretensão de superar o controle de eficiência. Entreveja, enquanto o controle de eficiência busca aferir uma atuação administrativa, nos limites da lei, que da melhor maneira possível articula os gastos públicos, alinhando-os ao cumprimento de certas finalidades, o controle externo de adequação busca determinar se as finalidades alcançadas pelo administrador público são coerentes com os objetivos do Estado de Direito Democrático Social que é o Brasil.

Flávio Garcia Cabral, ao tratar do princípio da eficiência na jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, conclui que, na visão da Corte, eficiência é “[...] o exercício da função administrativa de maneira célere, gerando menores custos, seja isoladamente, seja em uma relação entre os custos e os benefícios alcançados, sempre buscando o cumprimento das finalidades legais.”³³⁴ No controle externo delineado no estudo, a eficiência é abrangida pela adequação, que determina o caráter socializante, libertador e emancipatório dos bens e serviços prestados pela Administração Pública brasileira.

Portanto, tem-se a inferência de que os Tribunais de Contas podem, no bojo da disciplina constitucional de 1988, efetuarem o controle de adequação dos serviços públicos, estimulando a atividade administrativa a prestar serviços de saúde de modo satisfatório, especialmente no contexto fiscal em que o país adotou com a EC nº 95, havendo o impedimento de crescimento real nas despesas primárias.

A ideia de serviço público adequado tem sido construída na doutrina administrativista brasileira, nos últimos anos, com o objetivo de concretizar mandamentos da ordem constitucional de 1988, notadamente, a garantia da dignidade dos cidadãos e dos direitos fundamentais. O serviço público de saúde adequado, dessa forma, é extremamente importante para a realização dos objetivos da Constituição, vez que não admite a prestação precária de bens e serviços sob responsabilidade do Estado, seus concessionários ou parceiros.

No Brasil, infelizmente, fato notório é que as políticas públicas de saúde carecem de qualidade e, problemas estruturais como a corrupção, subfinanciamento, a influência da economia em crise e até mesmo lacunas regulatórias, por exemplo, findam por impedir a prestação de um serviço adequado, que constitui direito do cidadão.

³³⁴ CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 277, n. 1, p. 151-174, jan/abr., 2018, p. 171.

Analisando as disposições da Constituição de 1988, não se encontra impedimento para a realização do controle de adequação, no âmbito das Cortes de Contas. Com a legalidade estrita superada, e uma interpretação adequada do texto constitucional, torna-se possível inferir que há, de maneira implícita, decorrente das competências descritas no artigo 71 da CF/88, combinado com os artigos 175, IV, 196 e 198, a abertura para o controle de adequação dos serviços públicos para a promoção da saúde. A verificação da adequação garante ao cidadão a aplicação correta dos recursos públicos, bem como a prestação satisfatória de bens e serviços pelo Estado.

4.2 Fortalecimento do financiamento do SUS pela limitação dos gastos tributários em saúde

Historicamente o Sistema Único de Saúde – SUS enfrenta um quadro de financiamento fragmentado. Insta revelar que a noção de seguridade social, contida na Constituição, é, ou pelo menos era, a princípio, uma percepção global, dessa forma as contribuições previstas no sistema constitucional tributário eram destinadas à garantia da seguridade como um todo.

Muito embora pudesse haver, no desejo constituinte, a expressão de um sistema global de seguridade social, na prática, isso não aconteceu. Rosa Maria Marque³³⁵ esclarece que ocorreu, informalmente, uma espécie de prática peculiar na repartição de receitas da seguridade social. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegurou, no mínimo, 30% dos recursos da seguridade para a saúde. Todavia, informalmente, as contribuições sobre as folhas de salário destinaram-se à Previdência Social, contribuições sobre o faturamento vincularam-se à Saúde e, por fim, contribuições incidentes sobre o lucro financiavam a Assistência Social.³³⁶

Essa distinção no financiamento dos ramos da Seguridade Social contribui para a sua desarticulação. Com a Lei nº 8.080 de 1990, o mínimo de 30% das contribuições destinadas para a saúde passou a não ser transferido, nesse contexto Marques³³⁷ expõe:

Apesar do disposto na LDO, não foi efetuado nenhum repasse para a saúde em maio de 1993. Em junho, foram transferidos 140.89 milhões de reais de dezembro de 1997

³³⁵ MARQUES, Rosa Maria. Notas exploratórias sobre as razões do subfinanciamento estrutural do SUS. **IPEA PPP, Planejamento e políticas públicas**, Brasília vol. 49, n. 01, p. 35-53, jul/dez, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950>. Acesso em: 04 jan. 2018, p. 38.

³³⁶ Ibidem, p. 38.

³³⁷ MARQUES, Rosa Maria. **O financiamento do sistema público de saúde**. Santiago: Cepal, 1999, p. 28.

- cerca de 4.6% da receita de contribuições do mês. Cessaram-se, a partir daí, todas as transferências

Essa paralisação de transferências, sob a justificativa de não prejuízo para a Previdência, levou à saúde pública ao caos em decorrência do financiamento diminuído. A solução foi, então, autorizar que o financiamento do SUS pudesse ocorrer mediante empréstimos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, medida que rapidamente veio a esgotar-se.

Para superar a crise de financiamento da saúde pública, a Emenda Constitucional nº 12/1996³³⁸ incluiu no ADCT o artigo 74, autorizando a União a instituir Contribuição Provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a chamada CPMF, vinculado ao Fundo Nacional de Saúde (art. 74, § 3º), para custeio das ações e serviços de saúde pública. A Lei nº 9.311 de 1996³³⁹, regulou a cobrança da CPMF. Ocorre que, os recursos recolhidos com a CPMF não foram destinados em sua totalidade para o financiamento dos serviços de saúde, conforme disposição da EC nº 12. Claudio Bertolli Filho classificou a CPMF como “[...] uma importante fonte de captação de verbas. Mas, no decorrer dos anos, parcelas cada vez mais substanciais desse recurso acabaram sendo desviadas”³⁴⁰. No mesmo sentido, Maria Rosa Marques elucida que “[...] parte de sua arrecadação foi destinada para outras áreas e houve, ao mesmo tempo, diminuição da alocação da receita oriunda da COFINS e da CSLL.”³⁴¹.

Mesmo com um tributo idealizado particularmente para o sobrepujamento do financiamento frágil do SUS, ainda persistiram os problemas de custeio, contribuindo ainda mais para o agravamento de situações caóticas na saúde pública. Nesse cenário continuaram as discussões sobre o modo de viabilização de um financiamento adequado.

A Emenda Constitucional nº 29/2000, no que lhe concerne, consagrou um consenso sobre as responsabilidades de financiamento do SUS, estabelecendo as cotas cabíveis à União, Estados e Municípios, assegurando as aplicações mínimas para ações e serviços de saúde. Pela

³³⁸ BRASIL. Emenda Constitucional nº 12, de 15 de agosto de 1996. **Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc12.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

³³⁹ BRASIL. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. **Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9311.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

³⁴⁰ BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil.** São Paulo: Ática, 2011, p. 67.

³⁴¹ MARQUES, Rosa Maria. Notas exploratórias sobre as razões do subfinanciamento estrutural do SUS. **IPEA PPP, Planejamento e políticas públicas**, Brasília vol. 49, n. 01, p. 35-53, jul/dez, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950>. Acesso em: 04 jan. 2018, p. 39.

reforma constitucional, os municípios estão obrigados a aplicar 15% das transferências legais, constitucionais e impostos diretamente arrecadados; os Estados com aplicação mínima em 12% de transferências legais, constitucionais e impostos diretamente arrecadados; e, a União deveria aplicar o valor empenhado no ano anterior, acrescido da variação do Produto Interno Bruto (PIB).³⁴²

Não obstante, a importância da EC nº 29, impasses na interpretação do texto de reforma gerou perdas para o financiamento do SUS, de modo particular no âmbito da União, maior financiadora das ações e serviços de saúde. O Ministério da Saúde entendia que, com a nova regulamentação, a União deveria crescer 5% ao ano-base 2000, e posteriormente, o apurado deveria ser atualizado ano a ano, partindo dos valores sempre do ano anterior. Em outro sentido, o Ministério da Fazenda ponderava que o ano-base seria 1999, acrescido da variação nominal do PIB ano a ano.³⁴³ Prevaleceu o entendimento do Ministério da Fazenda, com o objetivo de realizar *superávit* primário, gerando a perda de R\$ 1,2 bi nos recursos destinados ao SUS. Ademais, nem todos os Estados cumpriam os percentuais mínimos de investimento em saúde, após o ano 2000 e, aqueles que aplicavam o previsto pela emenda, incluíam despesas que não tinham relação direta com o SUS.³⁴⁴

Esses problemas só foram resolvidos com a edição da Lei Complementar nº 141 de 2012³⁴⁵, que dirimiu a divergência interpretativa quanto à participação da União no financiamento da saúde pública, mantendo a base de cálculo no valor apurado no ano anterior revisado pela variação nominal do PIB, além de conceituar ações e serviços de saúde.

A Emenda Constitucional nº 86 de 2015, alterando o art. 198, redefiniu a participação da União no financiamento das ações e serviços de saúde pública. Tal modificação no Texto Constitucional fez com que, para fins de aplicação mínima em saúde, fossem considerados percentuais sobre a Receita Corrente Líquida (RCL), que variava de 13,5% a 15%, este último

³⁴² BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. **Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

³⁴³ MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. SUS e seguridade social: em busca do elo perdido. **Saúde e sociedade**, São Paulo, v. 14, n. 2, maio/ago., 2005, p. 39-49. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902005000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 04 jan. 2019, p. 44.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 44,45.

³⁴⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. **Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

percentual deveria ser atingido em 2020. Segundo Francisco Funcia³⁴⁶, em uma das possíveis previsões de cenário para o financiamento do SUS, a perda poderia chegar a soma de R\$ 9,2 bilhões no primeiro ano de vigência.

O impacto negativo da Emenda Constitucional, no financiamento do sistema público de saúde, foi de tal forma evidente e preocupante que levou ao pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI nº 5.595/DF³⁴⁷. No bojo da ADI, o ministro relator Ricardo Lewandowski proferiu decisão monocrática, em medida cautelar, para suspender os efeitos do instrumento normativo alvo de questionamento, uma vez constatado o risco de não proteção do direito à saúde.

Ainda pela EC nº 86/2015, os recursos obtidos pela União na exploração de petróleo e gás natural passaram estar incluídos no cumprimento do mínimo estabelecido pela alteração do art. 198, não mais vistos como uma forma adicional de financiamento do SUS, ou seja, outra perda de recursos é imposta ao projeto constituinte de proteção universal e igualitária da saúde dos brasileiros.

Diante de um quadro de instabilidade nas contas públicas, especialmente nas finanças do Governo Federal, passou-se a discutir formas de equilibrar os gastos, buscando-se sustentabilidade para a atividade fiscal do Estado. Nessa perspectiva surge uma outra emenda constitucional, a nº 95/2016.

A Emenda Constitucional nº 95 de 2016 busca, de modo claro, a contenção das despesas do Governo Federal³⁴⁸. Pela reforma promovida ficaram limitadas as despesas primárias, ou seja, aquelas não-financeiras que sustentam os serviços públicos, que a partir de 2018³⁴⁹ passaram a ter como teto o valor gasto no ano anterior, atualizado pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA.

O IPCA constitui escala que determina a variação dos preços no mercado, considerando um intervalo de tempo determinado, e bens e serviços essenciais. Dessa forma, a variação que pode alcançar os valores a serem investidos no financiamento do Sistema Único

³⁴⁶ FUNCIA, Francisco. **Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em ações e serviços de saúde**. São Paulo: Idisa, 2015.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI Nº 5.595 MC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019

³⁴⁸ A EC nº 95 limita, também, o orçamento do STF, CNJ, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União, entre outros órgãos, mas para fins de compreensão da repercussão de tal instrumento normativo no SUS, analisa-se na perspectiva do controle de gastos do Governo Federal.

³⁴⁹ No ano de 2017 o gasto-base fora o realizado em 2016, todavia a atualização ocorreu no percentual de 7,2%, acima do IPCA.

de Saúde, em suma, só levarão a um crescimento nominal, para acompanhar a modificação dos preços no mercado, não tendo um crescimento efetivo, real.³⁵⁰

Pelo que fora apresentado, é possível concluir que o SUS enfrenta um problema estrutural de subfinanciamento. Em que pese a participação dos Estados e Municípios, a União é a maior responsável pelo custeio das ações e serviços de saúde pública, e estranho seria se não o fosse, já que na divisão federativa de tributos promove o recolhimento direto de 68,47%³⁵¹, entretanto, modificações legislativas findam por barrar crescimentos consideráveis nos recursos destinados ao sistema de saúde pública.

Num contexto de austeridade fiscal é necessário buscar, inequivocamente, formas de ajustes de despesas, mas acima de tudo é indispensável pensar como prestar continuamente serviços públicos essenciais para a proteção da dignidade humana e da vida dos cidadãos. A sustentabilidade financeira do Estado não pode – ou pelo menos não poderia – prejudicar as disposições da Constituição Federal, que é notadamente uma Constituição social. Sem financiamento forte não há garantia de direitos.

Sob essa ótica, passe-se a verificar como os gastos tributários podem configurar verdadeiros instrumentos de viabilização do crescimento e melhoria do Sistema Único de Saúde, contribuindo para a manutenção adequada das políticas públicas de responsabilidade do Estado e, simultaneamente, com a possibilidade de enfrentamento da judicialização da saúde no Brasil.

Dino Jarach esclarece que os gastos tributários são aqueles realizados pelo Estado, a fim de “adquirir bens ou instrumentos para a promoção de serviços públicos; adquirir bens de consumo a serem distribuídos gratuitamente ou mediante taxa; transferir dinheiro para indivíduos ou empresas, sem que haja processo de produção de bens ou serviços”.³⁵² Nessa senda, pode-se perceber que os gastos tributários abarcam, de algum modo, as renúncias fiscais que o Estado realiza, pois, este deixa de arrecadar para transferir valores, pelo não recolhimento ou pela restituição, para pessoas físicas ou jurídicas, inexistindo diretamente a produção/prestação de bens e serviços públicos.

³⁵⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Uma análise financeira do gasto em saúde no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 6, n. 1, p.32-63, 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/427>. Acesso em: 07 jan. 2019, p. 43.

³⁵¹ SANTOS, René José Moreira dos.; LUIZ, Viviane Rocha de. Transferências federais no financiamento da descentralização. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio; ROA, Alejandra. **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES, 2016, p. 171.

³⁵² JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributário**. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 171, tradução livre.

Sobre gastos tributários, de modo particular com relação às renúncias, importam a esta investigação as deduções com despesas médicas e de assistência à saúde no Imposto de Renda de Pessoas Físicas e Jurídicas, de competência da União, autorizadas pela Lei nº 9.250 de 1995.

A Lei nº 9.250/95, no art. 8º, II, a, determina que serão deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas pagamentos realizados – no ano-calendário – “a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;”³⁵³.

No § 2º, I, do mesmo artigo, a lei garante que as deduções previstas no inciso II “aplicam-se, também, aos pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País, destinados à cobertura de despesas com hospitalização, médicas e odontológicas, bem como a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza;”³⁵⁴.

Dentro da lógica do imposto incidente sobre renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III, CF/88), nota-se que a norma infraconstitucional criou deduções que, sob o aspecto da atividade orçamental do Estado, funcionam como verdadeiros gastos, “[...] uma vez que possuem o mesmo efeito das despesas públicas”³⁵⁵, muito embora essas deduções beneficiem em maior parte a saúde privada em detrimento do sistema público.

É válido destacar, ainda, que a legislação não prevê limitação para as deduções com despesas de assistência à saúde, o que viabiliza a realização de deduções que, enquanto gastos tributários, podem impactar expressivamente na arrecadação e no financiamento de políticas públicas. Para averiguar essa situação, os demonstrativos de gastos tributários elaborados pela Receita Federal, com o objetivo de sustentar os Projetos de Leis Orçamentárias Anuais – PLOA’s, são úteis. Assim, verificam-se os valores estimados que acompanharam os PLOA’s entre os anos de 2016 e 2019, indicados nos gráficos que seguem.

Gráfico 10 – Demonstrativo de gastos tributários com deduções em matéria de saúde – IRPF

³⁵³ BRASIL. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. **Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9250.htm. Acesso em: 10 jan. 2019, p. 01.

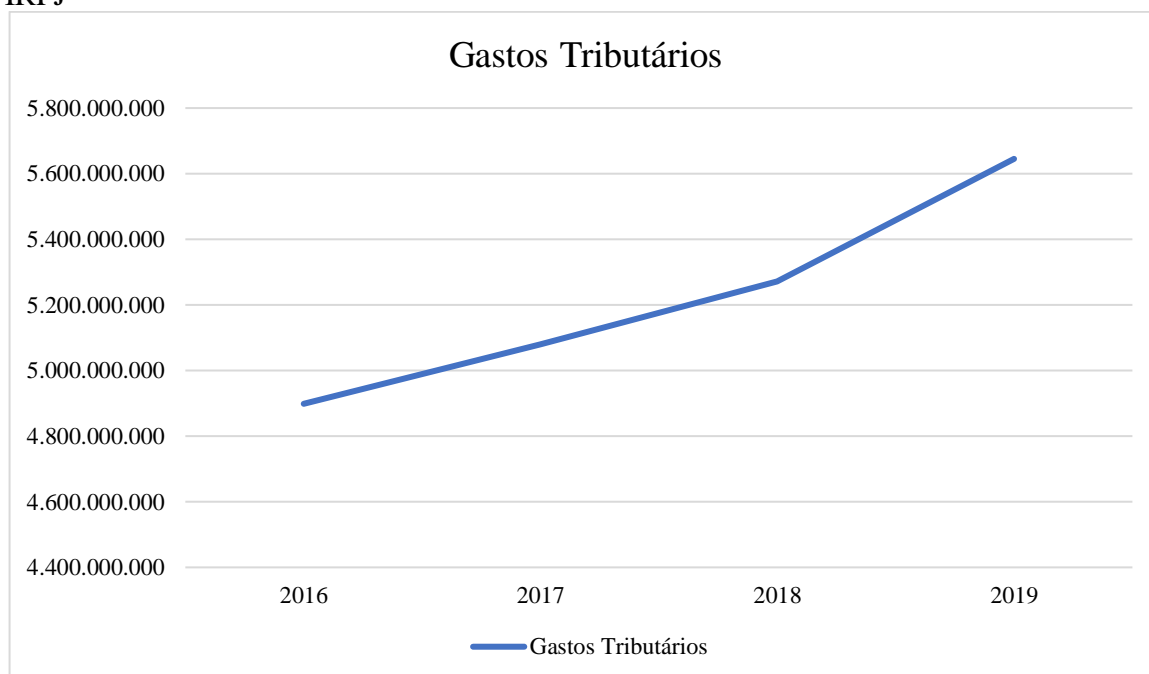
³⁵⁴ Ibidem, p. 01.

³⁵⁵ HENRIQUES, Elcio Fiori. **Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 29.



Fonte: Demonstrativos de Gastos Tributários – DGT da Receita Federal.³⁵⁶

Gráfico 11 – Demonstrativo de gastos tributários com deduções em matéria de saúde – IRPJ



Fonte: Demonstrativos de Gastos Tributários – DGT da Receita Federal.³⁵⁷

³⁵⁶ RECEITA FEDERAL **Demonstrativos dos Gastos Tributários - DGT**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renunciafiscal/previsoesploa/arquioseimagens/demonstrativos-dos-gastos-tributarios-dgt>. Acesso em: 13 jan. 2019.

³⁵⁷ RECEITA FEDERAL **Demonstrativos dos Gastos Tributários - DGT**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renunciafiscal/previsoesploa/arquioseimagens/demonstrativos-dos-gastos-tributarios-dgt>. Acesso em: 13 jan. 2019.

As deduções em saúde no Brasil aumentaram exponencialmente, o Estado deixa de arrecadar, tornando-se mais pobre³⁵⁸, e isso engessa o orçamento, retira uma grande margem de recursos que permitiriam maior flexibilidade das alocações orçamentais para o financiamento de serviços públicos sanitários, especialmente num contexto de austeridade fiscal. Tal situação ganha maior relevo à medida que o conceito de gastos tributários é utilizado para compensar a não adequação dos serviços ou incentivar (ilimitadamente) a iniciativa privada. A Receita Federal construiu o seguinte entendimento:

Gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando a atender objetivos econômicos e sociais e constituem-se em uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. **Os gastos tributários podem ter caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população quanto aos serviços de sua responsabilidade, ou caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região.**³⁵⁹

Para a Receita Federal, compreendem-se as deduções em saúde como desonerações tributárias que diretamente buscam: (i) no campo dos serviços públicos, contornar a inadequação das prestações em saúde, especificamente; e (ii) no âmbito econômico, estimular o crescimento dos serviços privados de proteção e promoção da saúde. Nesse prisma, é correta a afirmação de Áquilas Mendes e José Alexandre Buso Weiller no sentido de que “[...] é provável que haja uma substituição das políticas públicas, no caso, a saúde pública, por serviços prestados por terceiros [...]”³⁶⁰

Há quem perceba as deduções em saúde como benefícios. José Rui Gonçalves Rosa³⁶¹, ao criticar a designação da Receita Federal, informa que tal conceito se apoia na ideia de que os benefícios tributários atuam como gasto fiscal indireto, em contraponto, considera que constituem atos legais desonerados com fins particulares. Em outro ângulo, Maria Silva e Luan Conceição³⁶² ao analisarem as deduções de despesas médicas no IRPF concebem que tais

³⁵⁸ HENRIQUES, Elcio Fiori. *Op. cit.*, p. 29 e ss.

³⁵⁹ RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) – PLOA 2019**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019, p. 9-10, grifou-se.

³⁶⁰ MENDES, Áquilas; WEILLER, José Alexandre Buso. Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS. **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro, vol. 39, n. 105, p. 491-505, abr/jun, 2015, p. 499.

³⁶¹ ROSA, José Rui Gonçalves. **Orçamento público em discussão: benefícios ou gastos tributários - aperfeiçoando critérios de identificação e de estimativa de renúncia de receita**. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 04.

³⁶² SILVA, Maria Stela Campos da; CONCEIÇÃO, Luan Pedro L. da. A regra-matriz de incidência do imposto de renda pessoa física e as deduções com saúde. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, p. 488-506, jul/dez, 2015, p. 504.

deduções não podem sequer serem tidas como renúncias fiscais, pois buscam satisfazer necessidades individuais dos cidadãos e protegem a dignidade humana.

Diante do exposto, afina-se com o posicionamento da Receita Federal do Brasil, para entender que as deduções no IR funcionam, evidentemente, como gastos tributários. São renúncias de receitas com um “[...] conceito suficientemente amplo para abarcar benefícios que são verdadeiras despesas virtuais ou gastos tributários, desviando a estrutura tributária normal, posto que não escritos na despesa pública, mas implicam redução de receitas”.³⁶³ Assim, é necessário limitar as deduções com despesas em saúde no Imposto de Renda – IR, alcançando dessa forma maior elasticidade nos recursos disponíveis à União, maior financiadora do sistema público de saúde, podendo esta promover aumentos reais no financiamento do SUS.

Marcelo Guerra Martins abordando as renúncias, pondera que “[...] principalmente quando aplicada a contribuintes determinados, a renúncia de receita pode se consubstanciar em privilégio, salvo se houver expectativa verossímil de que os benefícios gerados, ao menos em tese, possam superar os efeitos causados pela perda de recursos públicos.”³⁶⁴ A observação do autor recai perfeitamente sobre o caso das deduções com gastos em saúde, pois pelo volume de recursos não arrecadados e também pelos beneficiários de tais renúncias, não há como superar os problemas de financiamento do SUS.

Relatório sobre os aspectos fiscais da Saúde no Brasil, elaborado pelo Tesouro Nacional, aponta que as renúncias são altamente regressivas, ou seja, promovem, sobretudo, desigualdade na racionalização dos gastos tributários, afetando negativamente os mais pobres. Nesse bojo, o relatório enfatiza:

Dado que o benefício [privilégio] tributário auferido é dado pela multiplicação da dedução pela alíquota marginal do contribuinte, o benefício tributário final, ou seja, o valor da renúncia de receita se distribui de maneira ainda mais desigual: 75,3% do benefício é apropriado pelos contribuintes com maior nível de renda (alíquota máxima). Dessa forma, dos R\$ 12,8 bilhões de IR que deixaram de ser arrecadados [em 2017], R\$ 9,7 bilhões beneficiaram os contribuintes de alta renda [...].³⁶⁵

³⁶³ CAVALCANTE, Denise Lucena; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Uma análise financeira do gasto em saúde no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 6, n. 1, p.32-63, 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/427>. Acesso em: 16 jan. 2019, p. 52.

³⁶⁴ MARTINS, Marcelo Guerra. Facultatividade do exercício da competência tributária e renúncia de receitas na lei de responsabilidade fiscal. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord). **Direito tributário: o direito tributário na prática dos tribunais superiores – sistema tributário nacional e código tributário nacional em debate**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 268-269.

³⁶⁵ TESOIRO NACIONAL. **Aspectos fiscais da saúde no Brasil**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2018, p. 11.

De acordo com o Relatório do Tesouro Nacional, as deduções têm sido convertidas em privilégios, o que não poderia existir dentro da perspectiva da atividade orçamental que busca a contenção de gastos. Gastos tributários e, portanto, públicos, só possuem legitimidade caso diminuam o caráter regressivo do sistema de tributação³⁶⁶, não estando constatada a legitimidade nas deduções em despesas médicas da forma como vem acontecendo. Se há implicações limitadoras diretas sobre os investimentos públicos, imposto pela EC nº 95/2016, também deve haver limitação no mesmo sentido que alcance as deduções tributárias no IR, mas a emenda foi silente quanto a isso.

É preciso, no ensinamento de Suzana Tavares, “[...] repartir de forma igual e equitativa os sacrifícios para garantir que o inevitável retrocesso social origine um abaixamento generalizado do nível de bem-estar [...]”³⁶⁷, e a limitação dos gastos tributários torna-se uma alternativa viável para tal atividade.

Destaca-se, ainda, que não é defendido o fim das deduções com despesas de assistência à saúde, mas somente a sua limitação, a exemplo do que já acontece com as despesas decorrentes da educação/instrução. Limitar o total de deduções, que requer estudos técnicos especializados, pode ser o caminho para que a União passe a arrecadar mais, criando fontes de fortalecimento do Sistema Único de Saúde. Uma alteração legislativa desse tipo modifica o paradigma de incentivo aos serviços de saúde privados e prestigia o SUS enquanto sistema único, universal e igualitário.

Argumento contrário a essa linha de raciocínio poderá ser levantado, no sentido de que não é possível tal limitação, pois os gastos com saúde descaracterizariam a obtenção de renda, não havendo ocorrência do fato gerador de incidência do imposto, conforme art. 43 do Código Tributário Nacional – CTN: “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica”³⁶⁸ de renda ou proventos de qualquer natureza. Não obstante, a lei nº 9.250/1995 permite a dedução de valores acertados com uma gama de profissionais da saúde, podendo haver deduções de gastos com procedimentos supérfluos, expondo a aquisição de renda, no contexto do IRPF, fazendo cair a lógica da impossibilidade de restrição.

³⁶⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos sociais fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 225-241, jan/abr, 2017, p. 232.

³⁶⁷ TAVARES, Suzana. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta.; SILVA, Suzana Tavares da. (Coord.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 83.

³⁶⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 14 fev. 2019, p. 01.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto nesta investigação, podem-se apresentar as seguintes considerações:

a) a Constituição Federal de 1988 fez, efetivamente, uma escolha de proteção da dignidade dos cidadãos brasileiros, prevendo a saúde como direito de todos e dever do Estado, devendo as ações e serviços de saúde serem prestados de forma universal e igualitária. Entretanto, a promoção e proteção da saúde, por intermédio de políticas públicas, são afetadas por problemas da estrutura administrativa ou por conta do próprio conteúdo do direito à saúde.

b) os brasileiros têm recorrido ao Poder Judiciário na busca pela materialização do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º, CF/88, especialmente em matéria de assistência farmacêutica, fenômeno que tem sido observado nos últimos anos como crescente. Isso fez com que as ações judiciais de caráter individual, demandando o fornecimento de fármacos, gerassem sobrecarga no Judiciário e, também, o aumento nos gastos da Administração Pública com medicamentos judicializados.

c) o Poder Judiciário, no âmbito do sistema público de saúde, converte-se em uma via de acesso à ações e serviços de saúde, violando os princípios da universalidade e isonomia, previstos no art. 196 da Constituição e art. 2º, §1º, da Lei nº 8.080 de 1990. Diante de um quadro de judicialização excessiva, há verdadeiro retrocesso na prestação dos serviços públicos de saúde, existindo distinção entre os cidadãos “com sentença” e “sem sentença”. Mantido esse cenário, os serviços em saúde podem assemelhar-se com os serviços prestados anteriormente à Constituição de 1988, com caráter restritivo.

d) o Judiciário, na tentativa de lidar melhor com as ações em saúde, findou por enveredar no caminho do aperfeiçoamento de suas estruturas, a buscar a determinação de parâmetros objetivos para as decisões; varas especializadas da Fazenda Pública; definição de enunciados interpretativos; e, a criação dos Núcleos de Apoio Técnico aos magistrados. Todavia, esse comportamento não tem capacidade de, num prisma global, emplacar modificações sociais efetivas, vez que enfrenta, sobretudo, casos pontuais.

e) constata-se paradoxo na atuação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal – STF estabeleceu parâmetros, mas posteriormente distanciou-se a fim de implementar o direito à saúde. O Superior Tribunal de Justiça – STJ recentemente fixou critérios objetivos, reforçando os parâmetros do STF, mas não há reflexo nas instâncias inferiores. Prova da fragilidade dos critérios são os resultados da análise de dados no espaço do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí: o deferimento de todos os pedidos, estando os medicamentos previstos ou não na RENAME ou PCDT's, considerando a amostra averiguada.

f) no Tribunal de Justiça do Piauí, o exame da jurisprudência confirma a tendência de concessão dos pedidos formulados de fornecimento de fármacos, desconsiderando as normas pertinentes; as recomendações dos PCDT's; interferindo diretamente no orçamento estadual, com o bloqueio de verbas na conta única; e a dispensabilidade dos enunciados interpretativos decorrentes das atividades realizadas nos fóruns organizados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

g) constata-se que o Núcleo de Apoio Técnico aos magistrados – NATEM não emitiu parecer em todos os casos, ou seja, é prescindível sua atuação. Ademais, o NATEM reforça cientificamente as decisões do Tribunal de Justiça piauiense, todavia, os pareceres emitidos – quando são – somente dizem respeito a evidências científicas, não fazendo mensuração do custo/efetividade do tratamento farmacêutico a ser ordenado, que deveria ser considerado ante a vinculação do Estado a uma obrigação decorrente de decisão judicial.

h) em que pese a inafastabilidade do controle judicial de políticas públicas de saúde, resultado da disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, é necessário começar o enfrentamento da judicialização da saúde, sobretudo do fornecimento de medicamentos, a partir de outras perspectivas, mais democráticas e dialógicas. Essa necessidade findou por negligenciada, vez que a doutrina constitucionalista se dedicou a discussão sobre os limites e possibilidades da intervenção judicial.

i) o direito à saúde esbarra em vários problemas. Há o que convencionou-se denominar de pluricentrismo. Dessa forma, o ataque a desafios de diversas ordens, demanda, similantemente, diversas possibilidades. É neste contexto que a tutela administrativa se mostra útil: um potencial instrumento de promoção e proteção da saúde pela própria Administração Pública.

j) a tutela administrativa, no Brasil, tem sido entendida como o dever de fiscalização da Administração Pública direta para com as autarquias. Contudo, entende-se que a tutela administrativa não deve ser compreendida em uma concepção tão limitada, pelo contrário, a tutela administrativa tem que revelar o poder-dever de proteção administrativa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

k) a pretexto de modificação do paradigma de uma tutela administrativa meramente fiscalizatória, concebe-se a tutela administrativa sanitária como o poder-dever da Administração Pública de agir no sentido de proteger o direito à saúde, decidindo em questões controversas que configurem potencial lesão a tal direito, admitindo os atos indispensáveis para a promoção e proteção da saúde. A tutela administrativa sanitária poderá ocorrer pela mediação ou conciliação.

l) a mediação é modo adequado para a resolução de conflitos por incorreção, entendidos estes como os que decorrem de falhas na prestação dos serviços públicos de saúde. A mediação cria um canal de diálogo e consenso, alternativa à via judicial, podendo conduzir a uma rápida e econômica solução de problemas, incentivando a Administração Pública a melhorar sua atuação com base em situações alvos de prática de concertação.

m) a conciliação, de outro lado, permite que sejam enfrentados os conflitos por privação, ou seja, aqueles decorrentes de dúvida razoável sobre o que constitui ou não conteúdo do direito à saúde e as possibilidades reais de realização pelo Estado. Na conciliação, o conciliador, terceiro alheio às partes e independente no âmbito do SUS, poderá analisar os pedidos formulados, sua procedência, custo e eficácia de assistência farmacêutica ou hospitalar, recomendando solução que harmonize as dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental à saúde.

n) a tutela administrativa sanitária deve ocorrer dentro do próprio Sistema Único de Saúde - SUS. Essa localização interna no sistema permite que a autonomia das escolhas públicas em saúde seja respeitada, especialmente quando critérios técnicos e de gestão administrativa são considerados, afastando influências espúrias da persecução do interesse público sanitário.

o) os princípios da dignidade humana e eficiência sanitária, o direito à boa administração e os Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil impõem, evidentemente, o dever de conduta tutelar da Administração estatal, não podendo esta suplantar seu papel na proteção do direito à saúde e dos serviços públicos decorrentes.

p) publicidade e educação podem auxiliar na atividade de tutela sanitária. O Estado deve divulgar que os cidadãos podem, a pretexto de proteção de seus direitos, procurarem os órgãos administrativos responsáveis para sanar quaisquer problemas nas políticas públicas de saúde. A educação, no que lhe concerne, torna-se ferramenta para modificação da cultura de judicialização, atuando na prevenção de litígios judiciais, conscientizando os indivíduos que a resolução administrativa de conflitos é bem menos onerosa, tanto para o Estado quanto para o cidadão, e mais democrática e dialógica. A publicidade e a educação, combinadas, podem induzir à consolidação da cidadania e da concertação enquanto “cultura” para contornar as falhas nos serviços públicos, maximizando o caráter democrático das políticas públicas de saúde.

q) a considerar o regime fiscal imposto pela Emenda Constitucional nº 95/2016, os Tribunais de Contas podem atuar, no exercício das competências decorrentes do Controle Externo, previstos na Constituição de 1988, para apurar a adequação dos serviços públicos de saúde, incentivando a racionalização e qualidade dos meios empregados para a promoção e proteção da saúde. Não há, expressamente, óbice normativo a essa possibilidade.

r) a apuração da adequação pelos Tribunais de Contas pretende, em sua essência, verificar se o modo como o serviço público de saúde está sendo prestado privilegia a dignidade humana e o bem viver dos cidadãos.

s) no plano financeiro, a limitação dos gastos tributários, resultados das deduções com despesas de saúde no imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, poderá levar ao aumento de elasticidade no orçamento da União, maior responsável pelo custeio do SUS. Todavia, insta salientar que não se defende uma limitação indiscriminada, mas, antes, a restrição das deduções por intermédio de estudos técnicos que permitam verificar quais os tipos de gastos em saúde significam ganho de renda ou proventos, desautorizando a dedução.

t) por derradeiro, restam descortinados a tutela administrativa sanitária, o controle de adequação e o fortalecimento do financiamento do SUS – pelo aumento na elasticidade do orçamento da União – como perspectivas macroinstitucionais para o tratamento e enfrentamento da judicialização excessiva e temerária, aptos a contribuírem com a diminuição da hipertrofia do Poder Judiciário, abrindo caminho para que Poder Executivo, Legislativo e Tribunais de Contas atuem, cada qual no exercício de suas competências constitucionais, para a organização da prestação de serviços públicos de saúde e concreção do direito à saúde de forma eficiente, primando pelos princípios da universalidade e igualdade.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 3^a. Ed. São Paulo: Forense, 2015.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>. Acesso em: 09 dez. 2018.

ARAÚJO, Amanda. **Associação denuncia falta de medicamentos para transplantados renais no HGF. O Povo**. 2017. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/02/associacaodenunciafaltademedicamentos-para-transplantados-renais.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, J. P. **Guia dos direitos sociais: a igualdade social e as diferenças entre a esquerda e os neoliberais**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

ARMADANS, Immaculada et al. *La mediación en el ámbito de la salud*. **Medicina Clínica**, [s.l.], v. 133, n. 5, p.187-192, jul. 2009. Elsevier BV. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/256812840_La_mediacion_en_el_ambito_de_la_salud.DOI:<http://dx.doi.org/10.1016/j.medcli.2008.11.026>. Acesso em: 25 set. 2018.

ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n^o. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da

regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público**, Buenos Aires, n. 18-20, p. 61-73, jan./dez. 2002. Acesso em: 17 jul. 2018.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 15 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de., et al. Direito à saúde: introdução a um debate inevitável. São Paulo. **Revista de Direito GV**, vol. 13, n. 2, maio/ago, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [s. d.]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, vol13, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o barulho ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio P. de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. A Administração Pública concertada. In: **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords). Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público, 2017, p. 17.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr.

2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BLANCHET, Luiz Alberto. Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo Estado como garantia de desenvolvimento. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais – homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: anais do seminário da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: Íthala, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. STF: Secretaria de Documentação, 2017.

BRASIL. Decreto nº 94.657 de 20 de julho de 1987. **Dispõe sobre a criação do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUDS), e dá outras providências**. 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D94657.htm. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 12, de 15 de agosto de 1996. **Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc12.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. **Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. **Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso: 15 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. **Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9250.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. **Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9311.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. **Política nacional de medicamentos.** 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001.

BRASIL. Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2018. **Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017_comp.html. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Siga Brasil. Senado Federal. **Siga Brasil painéis: Orçamento Federal**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI Nº 5.595 MC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175 – Ceará**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 76. Divulgação 29/04/2010. Publicação 30/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 668.722 – Rio Grande do Sul**. Rel. Ministro Dias Toffoli. DJe 25/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4758737>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/04. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRITO, Patrícia B. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública da saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 277, n. 1, p. 151-174, jan/abr., 2018. Acesso em: 27 jul. 2018.

CABRAL, Flávio Garcia. **O tribunal de contas da união na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton, 1978.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora RT, 2009.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Novas perspectivas para o direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 30, p. 109-130, out/dez, 2007.

CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, Roma, vol. 1, p. 27-40, 2002.

CAVALCANTE, Denise Lucena; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Uma análise financeira do gasto em saúde no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 6, n. 1, p.32-63, 18 jul. 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/427>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CIEGLINSKI, Patrícia. **Judicialização da saúde: modo de usar**. CNJ. 2017. Disponível em: <https://medium.com/@conselhonacionaldejustica/judicializa%C3%A7%C3%A3odasa%C3%BAde-modo-de-usar-16eb1f89d33>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CIEGLINSKI, Thais. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>. Acesso em: 14 nov. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso: 11 dez. 2018.

CONITEC. *Use off label: erro ou necessidade?*. **Revista Saúde Pública**, Vol. 46, N. 02, p. 398-399, 2012, p. 398. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n2/it_decit.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na II jornada de direito da saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 São Paulo - SP**. Disponível

em:

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados interpretativos em saúde pública**. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 20 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 13 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30/03/2010**. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 107 de 06/04/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>. Acesso em: 15 jan. 2018.

COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Cadernos Ibero-americanos de direito sanitário**. Brasília, 6 (1), p. 139-152, jan/mar, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da tutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 96, p. 28-40, ago. 1969. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32209>. Acesso em: 05 set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v96.1969.32209>.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181819>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do direito administrativo. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, v. 40, nº 1, p. 13-34, jan/jun., 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/122>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CUNHA, Alexandre L. D.; COUTO, Mônica B. Transformações do estado, novos rumos para a tutela jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. **Revista Prima F@cie**, vol. 16, n. 31., p. 1-33, 2017.

D'ALTE, Sofia Tomé. **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

DATAFOLHA. **Percepção dos brasileiros sobre a confiança e credibilidade em profissionais e instituições**. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentacaodatafolha2016.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/49>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Luciano; FARIA, Kamila. A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 8, n. 2, p. 20 - 44, 17 ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9990>. Acesso em: 26 set. 2018.

EPSTEIN, Lee.; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013.

ESTEBAN PERRINO, Pablo. El derecho a la tutela administrativa efectiva. **RAP**, Buenos Aires, p. 75-04, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=2868>. Acesso em: 07 set. 2018.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Brazil: health inequalities, rights and courts - the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely ; GLOPPEN, Siri. **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?**. Harvard University Press, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIOCRUZ. **Portarias de consolidação dos atos normativos do ministério da saúde**. 2017. Disponível em: <https://www.contratualizacaonosus.com/copia-manuais-do-ministerio-da-saud>. Acesso em: 13 abr. 2018.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de direito administrativo I**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2016.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública. **NOMOS, Revista do Programa de Pós-graduação da UFC**, v. 35, n. 01, jan/jul., 2015, p. 195-217. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUNCIA, Francisco. **Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em ações e serviços de saúde.** São Paulo: Idisa, 2015.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis M. Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARANT, Patrice. **Droit administratif: structures, actes et contrôles.** 4. Ed. Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general.** 1. Ed. 1. Reimp. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro.** 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/106>. Acesso em: 23 set. 2018.

HACHEM, Daniel. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em: 15 nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** 2014. 625 f. Tese - Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>. Acesso em: 15 fev. 2019.

HACHEM, Daniel; VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasilero, **Revista digital de Derecho Administrativo**, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 47-

75. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700>. Acesso em: 10 dez. 2018.

HENRIQUES, Elcio Fiori. **Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. New York : Oxford University Press, 2008.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. New York: Cambridge University Press, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York – London: W. W. Norton & Company, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS – IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 27 dez. 2018.

JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributário**. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

JHERING, Rudolf. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, Vol. 53, Number 1, p. 190-247, 2012, p. 192. Disponível em: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Razões de importância do controle interno da Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson. **Crises e reformas legislativas na agenda do direito administrativo: XXXI Congresso brasileiro de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

LEGRAND, André. WIENER, Céline. **Le droit public**. Paris: DILA, 2017.

LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos*. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 16 set. 2018.

LIMA, Marcia. Introdução aos métodos quantitativos em ciências sociais. In: **Métodos de pesquisa em ciências sociais: bloco quantitativo**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP, 2016.

LOUREIRO, José Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações.** Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Eficiência administrativa e dignidade do cidadão. In: MELO, Felipe Reis; MENDONÇA, Maria L. C. de Araújo; SCHNEIDER, Yuri (Coords.). **Direito e Administração Pública II.** Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa.** Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289. Acesso em: 17 jul. 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p.391-416, jan/jul, 2018. Semestral. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Análise da experiência brasileira na primazia do poder judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Vol. 17, p. 459-478, 2015.

MARQUES, Rosa Maria. Notas exploratórias sobre as razões do subfinanciamento estrutural do SUS. **IPEA PPP, Planejamento e políticas públicas**, Brasília vol. 49, n. 01, p. 35-53, jul/dez, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950>. Acesso em: 04 jan. 2018.

MARQUES, Rosa Maria. **O financiamento do sistema público de saúde.** Santiago: Cepal, 1999.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. SUS e seguridade social: em busca do elo perdido. **Saúde e sociedade**, São Paulo, v. 14, n. 2, maio/ago., 2005, p. 39-49. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902005000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 04 jan. 2019.

MARTINI, Sandra Regina. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, Vol. 16, n. 1, p. 112-127, mar./jun., 2005, p. 124. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100027>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MARTINI, Sandra Regina. Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?. **Stato e diritti nell'età della globalizzazione.** Salerno: Brunolibri, 2010.

MARTINI, Sandra Regina; MACHADO, Clara. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 04, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MARTINI, Sandra. Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364>. Acesso em: 25 set. 2018.

MARTINS, Marcelo Guerra. Facultatividade do exercício da competência tributária e renúncia de receitas na lei de responsabilidade fiscal. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord). **Direito tributário: o direito tributário na prática dos tribunais superiores – sistema tributário nacional e código tributário nacional em debate**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MARTINS, Mary Anne Fontenele; GALATO, Dayani. Irregularidades dos medicamentos comercializados no Brasil: uma análise das notificações e das medidas sanitárias de 2012 a 2017. **Vigilância Sanitária em Debate: sociedade, ciência e tecnologia**, Rio de Janeiro, [s.l.], v. 6, n. 4, p.23-33, 2018. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1165>. Acesso em: 02 set. 2018.

MASTRODI, Josué. FULFULE, Elaine C. de S. F. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, vol. 10, n. 2, 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, N. 58, Nov., p. 183-202, 2000, p. 189. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIOCOMOSUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. **Mando de segurança e ações constitucionais**. 37ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Áquilas; WEILLER, José Alexandre Buso. Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS. **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro, vol. 39, n. 105, p. 491-505, abr/jun, 2015.

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. **Estado e direitos sociais no Brasil: entre a modernidade e o retrocesso**. Maceió: Edufal, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas – vol. 1**. Brasília: Secretaria de atenção à saúde, 2010.

MOITA NETO, José Machado. MOITA, Graziella C. **Uma introdução à análise exploratória de dados multivariados**. [s. d.]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/qn/v21n4/3193.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto L. Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. **Revista Direito**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 4, p. 37-44, jul/dez, 1998, p. 39. Acesso em: 25 jul. 2017.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos omdeterminados, interpretación e discricionalidad administrativa**. Madri: Editorial Civitas, 1976.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos sociais fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 225-241, jan/abr, 2017.

NÓBREGA, Theresa C. de Albuquerque. Serviço público à brasileira: crises contemporâneas. **Revista do TCE – MG**, Belo Horizonte, vol. 35, n. 2, p. 99-116, jul/dez, 2017. Acesso em: 25 jul. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES JR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança**. 3ª. Ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, A. J. A.; SCAFF, Fernando F. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OBS. **Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União**. 2017. Disponível em: <http://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/17>. Acesso em 16 nov. 2017.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (BAHIA). Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. **Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União**. 2017. Disponível em: <https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f/>. Acesso em: 20 out. 2018.

OCDE. **Relatório econômicos da OCDE – Brasil 2018**. Disponível em: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil2018OECDDeconomicsurveyoverviewPortuguese.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional – GEN, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966. Disponível em: https://nacoesunidas.org/?post_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAI. Acesso em: 11 dez. 2018.

PAMELA TENREYRO, María. **Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>. Acesso em: 28 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

POPPER, Karl Raimund, Sir. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Mota. São Paulo: Cultrix, 1974.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004.

QUEIROZ, Tiago V.; LEITE, Moabe S.; MACHADO, Raquel Ramos. Judiciário e Executivo: controle jurisdicional dos atos administrativos e controle de constitucionalidade do orçamento público. In: MAIA, Gretha (Coord.). **O Poder Judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017.

RECEITA FEDERAL **Demonstrativos dos Gastos Tributários - DGT**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renunciafiscal/previsoesploa/arquivoseimagens/demonstrativos-dos-gastos-tributarios-dgt>. Acesso em: 13 jan. 2019.

RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) –PLOA 2019.** Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

RIVERO, Jean. **Droit administratif.** Paris: Dalloz, 1965.

ROSA, José Rui Gonçalves. **Orçamento público em discussão: benefícios ou gastos tributários - aperfeiçoando critérios de identificação e de estimativa de renúncia de receita.** Brasília: Senado Federal, 2013.

ROSENBERG, Gerald. **The hollow hope: can courts bring about social change?.** Illinois: The University of Chicago Press, 1991.

ROSEVEAR, Evan. *Social rights interpretation in Brazil and South Africa.* **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60968. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SADEK, Maria Teresa Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP.** São Paulo. Nº 101. P. 55-66. Mar/maio, 2014.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set/dez, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5289>. Acesso em: 24 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. Ed. São Paulo: Cortez.

SANTOS, Glauber Eduardo de Oliveira. **Cálculo amostral:** calculadora on-line. Disponível em: <http://www.calculoamostral.vai.la>. Acesso em: 18 jan. 2018.

SANTOS, Márcia W. Batista et al. O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, M. P. D.; SEIXAS, C. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, René José Moreira dos.; LUIZ, Viviane Rocha de. Transferências federais no financiamento da descentralização. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio; ROA, Alejandra. **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento.** Rio de Janeiro: ABrES, 2016.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais:** alguns parâmetros ético-jurídicos. [s. d.]. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

SAVIGNY, Friedrich C. V. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: SAVIGNY, Friedrich C. von. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SILVA, Maria Stela Campos da; CONCEIÇÃO, Luan Pedro L. da. A regra-matriz de incidência do imposto de renda pessoa física e as deduções com saúde. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, p. 488-506, jul/dez, 2015.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. **Physis: Revista de saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-329, jan/jul., 2012. Semestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v22n1/v22n1a17.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado**: mas allá del mito del repliegue. Trad. Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

SOUSA, Thanderson P. de.; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Saúde, políticas públicas e Poder Judiciário. In: ALBUQUERQUE, Felipe et al (Org.). **Temas de direito político**: políticas públicas em debate. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2017.

SOUSA, Thanderson Pereira de. A efetividade dos direitos sociais e atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista da OAB PIAUÍ**. Teresina, Volume 01, nº 7, p. 311-327, jan/dez, 2017.

SOUSA, Thanderson Pereira de. Acesso à justiça, meios alternativos de resolução de conflitos e o advogado no Estado democrático de direito. In: BRITO, Francilene Gomes de; PEREIRA JR, Antonio Jorge. **Acesso à Justiça**: realidade e perspectivas. Brasília: OAB/CF, 2017.

SOUSA, Thanderson Pereira de.; TRAVASSOS, Mayara A. S. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**. Vol. 89. Nº 2. Jul-dez. 2017, p. 184-208. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/110264/27782>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio de. et al. **Teoria da constituição**: o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio P. de.; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís

Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

SOUZA, Amanda A. d. O acesso à justiça como parte de uma agenda de políticas do Estado sujeitas a controle público e social no Brasil. **Revista de cidadania e acesso à justiça**. Curitiba. Vol. 1, Nº. 2, p. 643-663, 2016, p. 652. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1479/pdf_1>. Acesso em: 13 fev. 2018.

SOUZA, Marcelle. **Gasto com 10 remédios mais pedidos na justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi**. Uol Notícias. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

STONE, Martin. **Focalizando o direito**: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

SYBBLIS, Sheea. Mediation in the Health Care System: creative problem solving. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, n. 6, v. 3, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol6/iss3/6>. Acesso em: 25 set. 2018.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In : TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Suzana. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABASI, José Casalta.; SILVA, Suzana Tavares da. (Coord.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

TESOURO NACIONAL. **Aspectos fiscais da saúde no Brasil**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. London/New York: Verso, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, V. 14, N. 14, p. 387-408, jul/dez., 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/420/348>. Acesso em: 23 set. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-doutorado em Administração, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 109.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **Revista de Direito Constitucional & Administrativo**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul/set, 2011, p. 145. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/212>. Acesso em: 02 set. 2018.

VERDÉLIO, André. **Ministério da saúde consolida atos normativos para facilitar gestão**. EBC – Agência Brasil. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/ministerio-da-saude-consolida-atos-normativos-para-facilitar-gestao>. Acesso em: 15 nov. 2017.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 4. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

YAMIN, Alicia Ely.; GLOPPEN, Siri. **Litigating health rights : can courts bring more justice to health ?**. Massachussets: Harvard University Press, 2011.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.