



**UFBA – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – NÍVEL MESTRADO**

**FLÁVIA SULZ CAMPOS MACHADO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS IMPACTOS  
ORÇAMENTÁRIOS DA JUDICIALIZAÇÃO**

Salvador  
2023

**FLÁVIA SULZ CAMPOS MACHADO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS IMPACTOS  
ORÇAMENTÁRIOS DA JUDICIALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, área de concentração “Direitos Fundamentais e Justiça”, linha de pesquisa “Direitos Pós-Modernos: Bioética, Cibernética, Ecologia e Direito Animal”, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia.

Salvador  
2023

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M149 Machado, Flávia Sulz Campos  
O direito fundamental à saúde e os impactos orçamentários da  
judicialização / por Flávia Sulz Campos Machado. – 2023.  
164 f. : il., color.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de  
Direito, Salvador, 2023.

1. Judicialização da Saúde. 2. Direito à Saúde. 3. Análise Econômica do  
Direito. I. Bahia, Saulo José Casali. II. Universidade Federal da Bahia -  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 344.0321

**FLÁVIA SULZ CAMPOS MACHADO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS IMPACTOS  
ORÇAMENTÁRIOS DA JUDICIALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 28 de novembro de 2023.

**Banca examinadora**

Saulo José Casali Bahia – Orientador  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Professor da Universidade Federal da Bahia

Ricardo Maurício Freire Soares – Examinador interno  
Doutor em Direito pela Università del Salento  
Professor da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Chagas Oliveira – Examinador externo  
Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas  
Professor da Universidade Estadual de Feira de Santana

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço à minha família, por estarem presentes e contribuírem, cada um de seu especial modo, para que esse ciclo, finalmente, se complete.

Ao meu marido, Matheus Bragança, por toda a ajuda, cuidado e compreensão. O mestrado era um sonho que você incentivou literalmente desde o dia em que nos conhecemos, tornando essa conquista verdadeiramente nossa.

Registro o meu amor por Lis Sulz Bragança que, apesar de ainda muito pequena, me acolhe em compreensão e carinho todos os dias. Amo você e amo ser sua mãe, filha.

Agradeço à minha mãe, Ana Rita Sulz, por todos os incentivos e aconselhamentos ao longo desses anos de dedicação à pesquisa acadêmica, não tendo sido diferente nesta etapa. Em que pese as áreas de conhecimento serem alheias, recentemente recebi com muita honra a insígnia de ser sua herdeira acadêmica. Que um dia eu me aproxime da extraordinária professora e pesquisadora que ela é.

Ao meu pai Geraldo Vianna Machado, por toda a ajuda na compreensão do orçamento público e na decifragem das informações transparentes. Mais que isso, por ter tão ativamente participado deste momento, o que me deixou muito feliz.

Aos meus professores, fontes inesgotáveis de inspiração no tocante à docência e à pesquisa. Agradeço ao Professor Doutor Saulo José Casali Bahia pela generosa orientação, pela confiança e estímulo, bem como pelo exemplo de seriedade e excelência.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, nomeadamente os professores Ricardo Maurício Freire Soares, Antônio Sá da Silva, Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, pelas valiosas lições e direcionamentos.

Ao Professor Doutor Eduardo Chagas Oliveira cuja orientação acadêmica, estabelecida em meados de 2012, reverbera na forma como entendo a pesquisa e a escrita científica. A gratidão é proporcional ao quanto isso me orgulha.

Aos meus amigos, não podendo deixar de registrar e agradecer à companhia da querida Larissa Peixoto nesta jornada.

## RESUMO

Partindo-se do contexto de preocupações acerca da expansão e das potenciais implicações à sociedade da judicialização do direito à saúde no Brasil, levanta-se a indagação: será que a perspectiva da Análise Econômica do Direito pode contribuir para a atividade jurídico-decisória, no que tange à busca por soluções adequadas à realização do direito fundamental à saúde, sem perder de vista as possibilidades fáticas e jurídicas de efetividade desse direito? As decisões judiciais da saúde tenderiam à microjustiça e à desconsideração dos custos dos direitos, não sendo incomum o tratamento da questão sob os motes de uma colisão entre o direito à saúde do autor e as questões orçamentárias do réu. Com isso, além de reverter o direito à saúde num princípio absoluto, de precedência apriorística, o Poder Judiciário ignoraria a real colisão entabulada entre o direito à saúde em sua perspectiva individual e o direito à saúde na dimensão coletiva. Em vista da hipótese, suscitada no levantamento de literatura, de que a judicialização da saúde estaria crescendo no país e gerando, com isso, impactos nos orçamentos destinados à saúde pública, o objetivo geral da investigação consistiu na análise dos impactos das decisões judiciais ao orçamento público de saúde do Estado da Bahia, no período de 2018 a 2022. A metodologia de pesquisa adotada alinhou-se, predominantemente, à uma abordagem pragmática, com o uso de estratégias de investigação mistas (quantitativa e qualitativa), a partir de métodos de levantamento e de análise de dados, sendo as fontes principais utilizadas as informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pela administração pública executiva do Estado da Bahia (Portal Dados Abertos Bahia). A partir dessa etapa empírica, fora possível constatar que as decisões judiciais impactam consideravelmente no orçamento público destinado à saúde pública no estado da Bahia, bem como que a quantidade de novas ações tem crescido no estado de forma mais acelerada, proporcionalmente, ao restante do país. Na direção contrária, o Nordeste figura entre as duas regiões com menores gastos em saúde por pessoa no país. Ao passo que a desconsideração dos custos do direito à saúde pelo Poder Judiciário é demarcada como prejudicial à dimensão coletiva desse direito, sugere-se que a perspectiva consequencialista oferecida pelas reflexões da Análise Econômica do Direito pode contribuir para uma prestação jurisdicional mais adequada.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direito à Saúde. Análise Econômica do Direito.

## ABSTRACT

Starting from the backdrop of growing concerns surrounding the expansion and potential social implications of healthcare-related lawsuits in Brazil, a crucial question emerges: can the lens of Law and Economics enrich the legal decision-making process when it comes to finding fine solutions for upholding the fundamental right to healthcare? Judicial rulings on healthcare matters often lean towards microjustice, neglecting the broader costs of these rights. It's not uncommon for these issues to be framed as a clash between the plaintiff's right to healthcare and the budgetary constraints of the defendant. This approach not only transforms the right to healthcare into an absolute *a priori* principle but also overlooks the actual collision between an individual's right to healthcare and the collective dimension of this right. Given the hypothesis, drawn from a literature review, that the number of healthcare-related lawsuits are on the rise in Brazil and they impact public healthcare budgets, the overarching objective of this study was to examine the repercussions of judicial decisions on the public healthcare budget of the State of Bahia from 2018 to 2022. The research methodology primarily embraced a pragmatic approach, utilizing mixed research strategies (quantitative and qualitative) through data collection and analysis methods. The main sources of information were derived from the Conselho Nacional de Justiça and Portal Dados Abertos Bahia. From this empirical phase, it became evident that judicial decisions significantly affect the public budget allocated to healthcare in Bahia. Moreover, the rate of new legal actions in the state has been outpacing the national average. Interestingly, despite this trend, the Northeast region of the country ranks among the regions with the lowest per capita healthcare budgets in the country. While the Judge's disregard for the costs of the right to healthcare is seen as detrimental to the collective dimension of this right, there's a suggestion that the consequentialist perspective offered by Economic Analysis of Law could pave the way for a more nuanced judicial approach.

Keywords: Healthcare Judicialization. Right to Healthcare. Law and Economics.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

### Gráficos

Gráfico 1 – Novas demandas por ano no Estado da Bahia (justiça estadual).....	90
Gráfico 2 – Novas demandas por ano no Brasil (justiça estadual) .....	91
Gráfico 3 – Porcentagens de evolução de novas demandas no Brasil e na Bahia (justiça estadual) .....	92
Gráfico 4 – Novas demandas de saúde no Brasil (justiça federal e justiça estadual) .....	93
Gráfico 5 – Novas demandas por assunto e por ano (Estado da Bahia – justiça estadual) .....	95
Gráfico 6 – Despesa Corrente Autorizada da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (2018 a 2022) .....	97
Gráfico 7 – Impacto da judicialização no orçamento da Saúde (Estado da Bahia) .....	99
Gráfico 8 – Bloqueios judiciais entre 2018 e 2022 no orçamento público da Saúde do Estado da Bahia .....	100
Gráfico 9 – Gasto judicialização por subfunção entre 2018 a 2022 no Estado da Bahia .....	103
Gráfico 10 – Custo com judicialização de medicamentos no Estado da Bahia (2017 a 2021) .....	103

### Tabelas

Tabela 1 – Outros assuntos das novas demandas (justiça estadual baiana) .....	95
Tabela 2 – Medicamentos com maiores custos para o Estado da Bahia (2017 a 2021) .....	104

### Figuras

Figura 1 - Quantitativo de demandas judiciais relacionadas à regulação entre 2010 e 2016 na Bahia .....	96
Figura 2 – Distribuição das Despesas com Saúde por subfunção no Estado da Bahia .....	102

## LISTA DE SIGLAS

AED - Análise Econômica do Direito

AIS - Ações Integradas de Saúde

APS - Assistência Primária à Saúde

CAPS - Caixas de Aposentadoria e Pensão

Cebes - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

EC - Emenda Constitucional

FESBA - Fundo Estadual de Saúde

FPAS - Fundo de Previdência e Assistência Social

HEMOBA - Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia

IAPs - Institutos de Aposentadoria e Pensões

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

IPASE - Instituto dos Servidores do Estado

LOA - Lei Orçamentária Anual

LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias

NATJUS - Núcleos de Apoio ao Poder Judiciário

ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

OMS - Organização Mundial da Saúde

ONU - Organização das Nações Unidas

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde

PAIS - Programa de Ações Integradas de Saúde

PIASS - Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento

PIB - Produto Interno Bruto

PNS - Plano Nacional de Saúde

PPA - Plano Plurianual

PREV-SAÚDE - Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde

PROCON - Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor

SAMDU - Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social

SIGAF - Sistema Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica

SINPAS - Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

SNS - Sistema Nacional de Saúde

SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS - Sistema Único de Saúde

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

UTI - Unidade de Terapia Intensiva

UCI - Unidade de Cuidados Intensivos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>12</b>
2.1 SAÚDE ENQUANTO DIREITO .....	12
2.2 SAÚDE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO .....	20
2.2.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 .....	23
2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE .....	27
2.3.1 A saúde pública brasileira antes do SUS.....	27
2.3.2 Princípios, financiamento e atribuições.....	36
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....</b>	<b>48</b>
3.1 EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE .....	48
3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL .....	63
3.3 IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA .....	80
3.3.1 Metodologia .....	81
3.3.2 Exposição e análise dos dados coletados.....	90
<b>4 ESCASSEZ DE RECURSOS NA SAÚDE PÚBLICA E ATIVIDADE JURÍDICO-DECISÓRIA.....</b>	<b>107</b>
4.1 O CUSTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	107
4.2 TUTELA JURISDICIONAL DA SAÚDE COMO ESCOLHA ALOCATIVA .....	118
4.3 CONTRIBUIÇÃO DE UMA PERSPECTIVA CONSEQUENCIALISTA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	129
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

A judicialização do direito fundamental à saúde, no Brasil, teve seu prelúdio ainda na década de 1990, com as primeiras ações judiciais que pleiteavam tratamentos face a entes estatais. Menos de uma década depois, figurava consenso perante a comunidade jurídica e acadêmica que o fenômeno era um problema que merecia atenção, devido ao crescente número de demandas judiciais, cujo desfecho comum era desfavorável ao Estado.

Com alguns avanços na área desde a realização da Audiência Pública n. 04/2009, o tema ainda parece apresentar muitos desafios. Um deles diz respeito aos impactos das decisões judiciais no orçamento público dos entes estatais, o que retiraria recursos previstos para o atendimento da sociedade, através do Sistema Único de Saúde, passando a beneficiar a saúde de indivíduos determinados.

Esses impactos orçamentários seriam, com frequência, desconsiderados ou mal mensurados pelo Poder Judiciário. Com efeito, os provimentos jurisdicionais no âmbito da saúde, mormente, teriam sua fundamentação limitada ao teor do artigo 196 da Constituição de 1988 e arraigada às formulações teóricas dos direitos fundamentais, o que afastaria a atividade jurídico-decisória de uma abordagem mais próxima à realidade e consciente das consequências que suas determinações operam para além da tríade processual.

Diante dessa conjuntura, levantou-se a indagação: será que a perspectiva da Análise Econômica do Direito pode contribuir para a atividade jurídico-decisória, no que tange à busca por soluções adequadas à realização do direito fundamental à saúde, sem perder de vista as possibilidades fáticas e jurídicas de efetividade desse direito?

O objetivo geral da investigação consistiu na análise dos impactos das decisões judiciais, no âmbito da judicialização do direito à saúde, ao orçamento público de saúde do Estado da Bahia, no período de 2018 a 2022.

Os objetivos específicos, por seu turno, foram: a) analisar a saúde enquanto um direito humano, fundamental e positivo; b) examinar a judicialização da saúde como fenômeno relacionado ao reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios; c) coletar e analisar dados sobre as demandas judiciais contra o Estado da Bahia, nos anos de 2018 a 2022; d) coletar e analisar dados sobre os impactos orçamentários das decisões judiciais no orçamento público da Saúde no estado da Bahia, nos anos de 2018 a 2022; e) situar a tutela jurisdicional da saúde como uma escolha alocativa; f) avaliar a possibilidade de contribuição da perspectiva consequencialista para a atividade jurídico-decisória no campo da judicialização da saúde.

A metodologia alinha-se, predominantemente, à uma abordagem pragmática, com o uso de estratégias de investigação mistas (quantitativa e qualitativa), a partir de métodos de levantamento e de análise de dados. O recorte temático, espacial e temporal da pesquisa foram, respectivamente: a judicialização da saúde contra o ente público estadual, o estado da Bahia e o período de 2018 a 2022. Para a coleta de dados, foram utilizadas como fontes principais os sistemas de informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Portal Transparência do Estado da Bahia.

O primeiro capítulo resgata as bases históricas do reconhecimento da saúde como um direito humano e fundamental, passando pela emergência das preocupações com a saúde da população ao efetivo reconhecimento da existência de um direito, a nível internacional. Em seguida, percorre a previsão do direito fundamental à saúde nas constituições brasileiras, com realce para a Constituição de 1988. Os antecedentes históricos, os princípios, o financiamento e as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) foram tratadas na terceira sessão do primeiro capítulo, destacando-se o percurso da saúde pública brasileira até o advento de um sistema público orientado pelo princípio da universalidade de acesso.

No segundo capítulo, adentra-se à discussão da judicialização da saúde, partindo-se das questões concernentes à exigibilidade desse direito, classificado como sendo de segunda geração. Para tanto, foi apresentado o contexto de surgimento dos direitos humanos, inicialmente relacionados à liberdade individual, passando-se à iminência dos direitos sociais. Demarcou-se a dicotomia entre direitos negativos e positivos como um lastro para o entendimento de que os direitos sociais seriam inexigíveis. Além disso, foi explorado o fundamento dessa classificação, fincado no caráter abstencionista ou prestacional atribuído a esses direitos. Também foi sinalizado que tal dicotomia, posteriormente, mostrou-se insuficiente ao problema da efetividade dos direitos fundamentais.

Em seguida, a judicialização da saúde fora examinada enquanto fenômeno atinente à judicialização da política, cuja emergência ocorre no contexto do segundo pós-guerra. No Brasil, esse fenômeno guarda ligação com o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que desponta sob a vigência da Constituição de 1988, propiciando reflexões acerca da exigibilidade dos direitos tidos como positivos, incluindo o direito à saúde.

A última parte do segundo capítulo apresenta uma abordagem empírica do problema da judicialização da saúde no cenário brasileiro, aproximando as questões teóricas sobre a efetividade do direito fundamental à saúde da realidade concreta do estado da Bahia – onde a pesquisa foi integralmente desenvolvida. Nesse âmbito, inicialmente são detalhados os procedimentos metodológicos adotados e, em seguida, apresenta-se a análise dos dados. As

informações apuradas apontaram que a judicialização da saúde gera impactos orçamentários consideráveis para o Estado da Bahia, com destaque uma decisão judicial, oriunda da justiça federal, ter demandado o gasto de cerca de 37 milhões de reais, no período investigado, para compra de medicamento em favor de um habitante baiano.

No terceiro e último capítulo, recorre-se às perspectivas atinentes à Análise Econômica do Direito (AED) sobre a efetividade dos direitos fundamentais, passando pela questão dos custos dos direitos fundamentais, a afetação desses direitos pela escassez de recursos, a colisão entre direitos geradas pela concorrência aos recursos limitados, a necessidade da realização de escolhas alocativas, bem como o custo de oportunidade envolvido nessas escolhas.

Ao passo que a desconsideração dos custos do direito à saúde pelo Poder Judiciário é demarcada como prejudicial à dimensão coletiva desse direito, sugere-se que a perspectiva consequencialista proposta pela AED poderia contribuir para uma prestação jurisdicional mais adequada.

## 2 DIREITO À SAÚDE

A discussão acerca dos problemas ocasionados pela judicialização da saúde no Brasil passa, antes, pela reflexão sobre a própria saúde, enquanto uma preocupação no âmbito das políticas públicas, até o seu reconhecimento como um direito humano.

Na história humana, à saúde foram atribuídas diversas acepções, ao passo que o reconhecimento da saúde como um direito humano foi construído ao longo do tempo. No contexto internacional, inicialmente a preocupação com a saúde da população emergiu de questões atinentes à economia das nações. A necessidade de ações articuladas entre os Estados viria, mais tarde, com a emergência de epidemias multiterritoriais.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 foi a primeira a dedicar um tratamento ao direito à saúde, além de criar o Sistema Único de Saúde (SUS), como instrumento de efetivação desse direito. Além de influências internacionais, a forma como o texto constitucional de 1988 apresenta o direito à saúde e o SUS deve-se à atuação do Movimento Sanitarista perante a Assembleia Constituinte. Naquele texto, a saúde fora assinalada como um direito de todos e dever do Estado, sendo previsto o acesso universal da população às ações e serviços de saúde.

Neste primeiro capítulo são traçadas as bases do reconhecimento da saúde enquanto direito, a nível internacional e, em seguida, no âmbito do constitucionalismo pátrio, com ênfase na Constituição ora vigente. A terceira sessão do capítulo trata, ainda, do Sistema Único de Saúde, seus antecedentes históricos, princípios, financiamento e atribuições.

### 2.1 SAÚDE ENQUANTO DIREITO

Antes do seu reconhecimento como um direito, a história humana atribuiu diversos sentidos à saúde, desde os mitos que interpretavam as doenças<sup>1</sup> como punições divinas, passando pelas descobertas científicas da existência de microrganismos causadores de enfermidades, até tornar-se propriamente uma preocupação de ordem internacional e, em seguida, global.

---

<sup>1</sup> É comum que as noções de saúde e doença sejam associadas. Em contraponto, Ayres problematiza a questão defendendo a tese de que “fazer equivaler saúde e doença a situações polares de uma mesma coisa, identificadas segundo uma mesma racionalidade, é tão limitante para a adequada compreensão dessas duas construções discursivas e das práticas a elas relacionadas, quanto negar as estreitas relações que guardam uma com a outra na vida cotidiana” (AYRES, José Ricardo C. M. Uma concepção hermenêutica de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 43-62, abr. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/ayresjrcm>. Acesso em: 28 dez. 2021. p. 44-45).

Foucault<sup>2</sup> esclarece que entre o final do século XVI e o começo do século XVII o interesse no estado de saúde da população na Europa ocorria em um clima político, econômico e científico marcado pelas práticas de controle de fluxos monetários, mercadorias e atividades de produção, características do mercantilismo. As ações sanitárias dos Estados estavam restritas à elaboração de estatísticas de nascimento e mortalidade, sem intervenções efetivas ou organizadas para elevar o nível de saúde das pessoas.

A partir de meados do século XVIII o crescimento das populações urbanas em decorrência da industrialização evidencia a necessidade de medidas sanitárias para conter o surgimento e proliferação de epidemias locais. Rosen<sup>3</sup> explica que em toda a Inglaterra se aglomeravam trabalhadores fabris nas cidades, irradiando uma nova forma de vida em detrimento das condições de saúde. Não havia preocupação com a qualidade das residências por parte dos construtores e aos trabalhadores não restavam escolhas: prevalecia a lógica da acomodação do maior número de pessoas no menor espaço possível e, em tal contexto, a ausência de saneamento básico agrava o estado de insalubridade.

Num primeiro momento, a saúde teria figurado uma preocupação de caráter prático, a partir da adoção de mecanismos que, embora possam ser lidos atualmente como expressão de direitos sociais, não possuíam o prisma de direitos subjetivos do cidadão, nem mesmo eram cogitados no âmbito jurídico.<sup>4</sup> O estímulo para as ações visando a melhoria da saúde pública passou, antes, pelo reconhecimento dos custos econômicos e sociais causados por doenças evitáveis,<sup>5</sup> bem como pela defesa de interesses e pela proteção da saúde das classes socialmente favorecidas.<sup>6</sup> A saúde só viria a ser reconhecida como direito a nível internacional após a Segunda Guerra Mundial, findada em 1945, quando foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

<sup>3</sup> ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994. p. 167.

<sup>4</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. Volume I. 2009. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. p. 80.

<sup>5</sup> ROSEN, 1994, p. 171.

<sup>6</sup> “Uma documentação abundante comprova que a assistência social pública se originou por motivo de prudência e não por razões morais ou humanitárias. Os programas modernos de saneamento e saúde pública foram criados em cidades grandes porque os ricos, embora pudessem pagar os médicos mais caros do mundo, não conseguiam se proteger das doenças contagiosas que devastavam a população pobre” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 165).

Montavani<sup>7</sup> explica que a administração estatal do século XVIII, incluindo o aspecto da saúde, tinha ênfase na economia. O autor sintetiza que “A riqueza das nações não era mais o ouro, mas uma população numerosa e robusta”. Nesse período prosperava a ideia de que o Estado deveria agir pela diminuição das taxas de morbidade e mortalidade do seu povo. A partir dessas preocupações, entre o século XVIII e XIX, diversos países europeus adotaram tratados internos, no âmbito da chamada polícia médica. Eram tratados abrangentes, que compreendiam desde a regulação estatal da profissão médica, até a gestão da saúde pública. Embora a palavra polícia suscite a ideia de autoritarismo e repressão, até meados do século XIX o termo se aproximava da noção de administração estatal.<sup>8</sup>

Assim, polícia médica traduziria a ideia de política pública de saúde. O autoritarismo, contudo, estava presente nas medidas estatais, porquanto regulavam diversos aspectos da vida da população, desde o nascimento até a morte. Embora tais ações variassem de acordo com o contexto de cada país – não se tratando, até então, de medidas conjuntas a nível internacional – exemplos comuns seriam a desinfecção, a higiene e o saneamento público, a vigilância de estabelecimentos comerciais, portos e da produção, a fiscalização de produtos alimentícios, os cordões sanitários, o isolamento de doentes e a vacinação da população.<sup>9</sup>

Mais tarde, durante o século XX, com o aumento do comércio, a melhoria de transportes e o encurtamento das distâncias entre as nações, já não seria possível ignorar a interferência mútua das condições sanitárias entre as diferentes partes do mundo. Nesse contexto, a cooperação internacional para a prevenção de doenças transmissíveis passaria a ser assunto de grande importância.<sup>10</sup> No século XIX, são realizadas as primeiras ações governamentais para articular esforços internacionais na área da saúde, devido a intensificação das epidemias. Dentre essas, a pandemia de cólera, de 1827, se destacou como a que mais demandou ações coordenadas de diversos países. Os sintomas graves e a morte rápida geraram pânico nas pessoas. Entre 1848 e 1874, a doença atingiu países americanos, ocasião na qual esses passam a integrar as ações europeias de saúde internacional.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> MANTOVANI, Rafael. O que foi a polícia médica? **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 409-427, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702018000200007>. Acesso em 18 maio 2023. p. 411.

<sup>8</sup> “Em inglês, a definição mais antiga de *polyce* data de 1540. Estava conectada à palavra *polished* (educado, cultivado) e tinha na palavra grega *polis* a sua origem, da qual derivam, em inglês, *politics*, *police* e *policy*. Hoje são três termos que dizem respeito a noções bastante diferentes na ciência política; contudo, nas acepções mais antigas, eram sobrepostas. Assim, a ‘ciência de polícia’ não deixava de ser uma ‘ciência política’ [...]” (MANTOVANI, 2018, p. 411).

<sup>9</sup> MANTOVANI, 2018, p. 411.

<sup>10</sup> ROSEN, 1994, p. 224.

<sup>11</sup> CUETO, Marcos. **Saúde global: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788575415245>. Acesso em: 02 jan. 2022. p. 17.

A semente para a criação da OMS ocorreria no ano de 1851, com a Primeira Conferência Sanitária Internacional de Paris.<sup>12</sup> Essa conferência foi seguida de outras, até o ano de 1938, tratando-se de encontros que tinham como objetivo a elaboração de uma convenção sanitária internacional, com normas de prevenção à propagação de doenças pestilentas a serem seguidas pelas nações e, com isso, uniformizar as medidas de controle. Na ocasião, estava em voga o combate à cólera, à febre amarela e à peste bubônica. Como pano de fundo, havia o interesse de remover entraves ao comércio internacional, sem desconsiderar a saúde das populações. As conferências teriam um objetivo de difícil alcance para a época, em razão das divergências entre os participantes das conferências – público heterogêneo formado por médicos sanitários, cientistas, políticos, diplomatas e juristas. O conhecimento acerca da etiologia das enfermidades era limitado e, enquanto alguns defendiam cordões sanitários e quarentenas como formas de conter a irradiação das doenças, outros eram adeptos das teorias miasmáticas, de modo que creditavam maior efetividade às ações de higienização em geral.<sup>13;14</sup>

Ainda que um consenso fosse alcançado, as conferências não tinham o condão de obrigar os Estados a atuarem de forma articulada entre si, haja vista que a maioria dos países não estava sendo representado por autoridades políticas. A fim de contornar o impasse, no início do século XX alguns governos criam agências que tinham o intuito de, ao menos, centralizar as informações epidemiológicas a nível internacional. Nesse cenário, são criados: o Escritório Internacional de Higiene Pública (1907 a 1946), a Organização de Saúde da Liga das Nações (1920) e o Escritório do Sudeste Asiático (1925). Em 1913, em Nova Iorque, também foi criada a Fundação Rockefeller, a primeira organização de saúde internacional de caráter filantrópico privado. Em 1902, é fundada a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS),<sup>15</sup> sendo uma agência de caráter oficial e intergovernamental, financiada pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos. Em 1942, a OPAS já havia publicado um dos primeiros tratados internacionais reconhecendo o conceito de saúde como direito dos cidadãos. Na década de 1950, a ideia dos escritórios regionais será retomada pela OMS, processo que contará com o entusiasmo de membros da OPAS.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Rosen pontua que, embora a conferência de 1851 em Paris seja considerada o início da cooperação internacional, ocorreram outros esforços anteriores. Para aprofundamento, recomenda-se a leitura do autor norte-americano (ROSEN, 1994, p. 224).

<sup>13</sup> JIMÉNEZ, Juan B. Mateos. Actas de las conferencias sanitárias internacionales (1851-1938). *Rev Esp Salud Pública*, Madrid, v. 79, n. 3, p. 339-349, maio/jun. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/jimenezjuanb>. Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>14</sup> ROSEN, 1994, p. 225.

<sup>15</sup> Inicialmente foi criada como Repartição Sanitária Pan-Americana, sendo renomeada como Organização Pan-Americana de Saúde posteriormente, no ano de 1958.

<sup>16</sup> CUETO, 2015.

Durante o segundo pós-guerra (1945), efetivamente serão criadas a ONU e a OMS, respectivamente nos anos de 1945 e 1948. Com isso, começaria a ser delineado no mundo um consenso a respeito do conceito de saúde, até então inexistente.<sup>17</sup> Isto porque, entre o fim do século XIX e a primeira metade do século XX, duas correntes debatiam a conceituação de saúde em termos próximos às divergências das Conferências Sanitárias Internacionais. De um lado, era enfatizada a compreensão da saúde como diretamente condicionada às variáveis relacionadas ao meio ambiente, trabalho, alimentação e moradia. De outro lado, sob a influência da descoberta dos germes, das práticas de isolamento e do desenvolvimento de remédios, falava-se da saúde como a ausência de doenças. O ambiente de destruição deixado após a Segunda Guerra forçaria um consenso conceitual acerca da saúde, fomentando o que seria o conteúdo do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Nele, a saúde foi reconhecida como um direito humano fundamental, sendo enumerado como uma das condições necessárias à vida digna. À OMS caberia zelar por este direito.<sup>18</sup>

Enquanto agência especializada em saúde subordinada à ONU, a OMS passaria a ter importância significativa na formulação de diretrizes, protocolos e programas sanitários para os Estados.<sup>19</sup> Na carta de princípios da OMS, de 07 de abril de 1948, foi reafirmado o caráter de direito da saúde, assentado enquanto uma obrigação estatal. A saúde foi conceituada como um estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, para além da mera ausência de enfermidade. Além disso, teria sido demarcada a indissociabilidade da saúde das condições de vida das pessoas, o caráter individual, social e coletivo do direito à saúde, bem como a necessidade de participação da sociedade e do Estado para a sua garantia.<sup>20</sup> No entanto, a amplitude desse conceito foi alvo de diversas críticas, inclusive de natureza técnica. Foi considerado que, naqueles termos, a saúde seria algo ideal e inatingível, além da definição não poder ser utilizada, de forma clara, como um objetivo pelos serviços de saúde estatais. Uma possibilidade de resposta às críticas viria em 1978, com a Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde, realizada em Alma-Ata.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Cf. SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/scliarmoacyr>. Acesso em: 28 dez. 2021.

<sup>18</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde públ.**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcyjBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>19</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Avanços e desafios do SUS na atualidade. *In*: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à saúde**. 1ª edição. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/conass2015>. Acesso em: 24 jan. 2023. p. 3.

<sup>20</sup> Cf. RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. Breve reflexão sobre a construção da ideia de proteção social e o direito à saúde na constituição federal de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 27, n. 01, p. 11-34, 2017.

<sup>21</sup> SCLIAR, 2007.

Na Conferência de Alma-Ata, os governos foram convocados a envidar esforços na formulação de políticas para a implementação da atenção primária à saúde como parte do sistema nacional de saúde, sob o ideário da saúde como direito humano fundamental e universal. O debate estava alinhado a objetivos econômicos mais amplos de redução das disparidades entre os países, a partir da percepção de impossibilidade de dissociar saúde e desenvolvimento econômico e social, consoante assumido na época por Halfdan Theodor Mahler, então diretor-geral da OMS.<sup>22</sup>

A noção de uma Assistência Primária à Saúde (APS) também suscitaria críticas conceituais. A necessidade de estabelecer uma definição geral, que compreendesse realidades muito distintas, acarretaria numa concepção genérica de APS e, por conseguinte, na possibilidade de cada país constituir suas próprias práticas. No Brasil, foi assumida a denominação “atenção básica”, além do uso frequente de “atenção primária à saúde” em documentos oficiais.<sup>23</sup> A experiência brasileira com a APS, por seu turno, restou configurada na Estratégia de Saúde da Família, sendo essa “parte estruturante e indissociável da constituição de nosso sistema universal de saúde, o SUS”.<sup>24</sup>

Sem desconsiderar que o conceito de cuidados primários de saúde comporta conotações diversas, Scliar explica que, na proposta de Alma-Ata, tais cuidados representariam uma porta de entrada para o sistema de saúde, sendo, ainda, a própria base do sistema. A APS da Declaração consistiria numa estratégia firmada nos seguintes pontos:

- 1) as ações de saúde devem ser práticas, exequíveis e socialmente aceitáveis;
- 2) devem estar ao alcance de todos, pessoas e famílias – portanto disponíveis em locais acessíveis à comunidade;
- 3) a comunidade deve participar ativamente da implantação e na atuação do sistema de saúde;
- 4) o custo dos serviços deve ser compatível com a situação econômica da região e do país.<sup>25</sup>

No contexto da Declaração de Alma-Ata, a APS foi destacada como uma forma mais efetiva e eficiente para a aplicação dos recursos disponíveis,<sup>26</sup> os quais deveriam ser utilizados da forma mais plena possível com vistas à progressiva melhoria dos cuidados gerais de saúde.

<sup>22</sup> GIOVANELLA, Lígia *et al.* De Alma-Ata a Astana. Atenção primária à saúde e sistemas universais de saúde: compromisso indissociável e direito humano fundamental. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 3, p. 1-6, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00012219>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>23</sup> MELLO, Guilherme Arantes; FONTANELLA, Bruno José Barcellos; DEMARZO, Marcelo Marcos Piva. Atenção básica e atenção primária à saúde – origens e diferenças conceituais. **Rev. APS**, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, p. 204-213, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/aps/article/view/14247/7708>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>24</sup> GIOVANELLA, 2022. p. 3.

<sup>25</sup> SCLiar, 2007, p. 37.

<sup>26</sup> GIOVANELLA, *et al.*, 2019, p. 3.

Foi assentado o entendimento de que a atenção básica refletiria as condições econômicas e características socioculturais e políticas de cada país e comunidade.<sup>27</sup> Isso está presente no sexto item da Declaração, sendo mencionado que os cuidados primários de saúde são essenciais e devem ser colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias “a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento”.<sup>28</sup>

Ao estabelecer diferença entre os termos saúde internacional e saúde global, Cueto<sup>29</sup> esclarece que o primeiro teria sido associado a acordos intergovernamentais, disciplinas universitárias e programas sanitários direcionados a países pobres, durante os séculos XIX e XX. No final do século XX, nomeadamente após a conclusão da Guerra Fria (1991), a perspectiva global da saúde teria sido considerada uma resposta racional aos problemas gerados pela globalização, como a emergência de novas doenças e infecções, bem como a formação de um novo cenário epidemiológico que atingia os países. Assim, o termo saúde global estaria vinculado à ideia de globalização, razão pela qual sugere uma perspectiva mais abrangente do que saúde internacional.

Além da Declaração de Alma-Ata, outros documentos internacionais citam a saúde, “evidenciando [...] que a garantia do direito à saúde é uma constante nos documentos de direitos humanos, ao menos desde a segunda metade do século XX”.<sup>30</sup> Dentre estes documentos estão: a Convenção de Genebra, de 1864; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Carta Social Europeia, de 1961; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; a Declaração de Lisboa sobre Direitos do Paciente, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, todas do ano de 1981; o Protocolo de San Salvador, de 1988; a Conferência Pan-americana de Educação em Saúde Pública, de 1994; a Declaração de Princípios Éticos dos Médicos do Mercosul, de 1996; a Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998; a Declaração de Hamburgo, de 1997; a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social no Mercosul, Bolívia e Chile, de 2000; a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005; e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 37), de 2007.

<sup>27</sup> FERREIRA, José Roberto; BUSS, Paulo Marchiori. Atenção primária e promoção da saúde. In: BRASIL. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 10.

<sup>28</sup> CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre cuidados primários**. Alma-Ata, URSS. 1978 Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 28 fev. 2023. p. 1.

<sup>29</sup> CUETO, 2015.

<sup>30</sup> VILLAS-BÓAS, 2009, p. 69.

Das Conferências Internacionais sobre Promoção da Saúde resultaram, ainda, uma série de declarações internacionais sobre o tema: a Carta de Ottawa, de 1986; a Declaração de Adelaide, de 1988; a Declaração de Sundsvall, de 1991; a Declaração Santafé de Bogotá, de 1992; a Declaração de Jacarta, de 1997 e a Declaração do México, de 2000.<sup>31</sup>

Alguns desses documentos, assim como faz o sexto item da Declaração de Alma-Ata, sugerem preocupação com a escassez na área da saúde e, por conseguinte, a necessidade de alinhar os custos da realização do direito à disponibilidade de recursos. Destarte, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, reconhece um limite ao direito à saúde, ao afirmar que: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.<sup>32</sup>

O primeiro artigo do Protocolo de San Salvador, de 1988, em que pese não tratar exclusivamente do direito à saúde, destaca o compromisso dos Estados em adotar as medidas necessárias para progressivamente efetivar os direitos reconhecidos “até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta o seu grau de desenvolvimento”.<sup>33</sup> No mesmo sentido, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981, no item XVIII, expressa a ideia de que o direito à assistência médica deve ocorrer em compatibilidade com os recursos da comunidade.<sup>34</sup>

Na perspectiva da saúde global,<sup>35</sup> desde o ano 2000 a ONU tem adotado Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Esses objetivos visam a mobilização da comunidade internacional para o combate da extrema pobreza, mediante a articulação de políticas que integrem e equilibrem o desenvolvimento sustentável, em suas dimensões: econômica, social e ambiental.<sup>36</sup> Na agenda da ONU para 2030, o ODS número 3 refere-se à saúde e ao bem-estar, estabelecendo metas para a garantia da vida saudável e promoção de bem-estar da população, redução das taxas de mortalidade, acidentes e consumo de substâncias nocivas, combate a

---

<sup>31</sup> Cf. FERREIRA, 2002.

<sup>32</sup> CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, Colômbia. 1948. Disponível em:

<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em: 01 nov. 23.

<sup>33</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de San Salvador”**. São Salvador, El Salvador. 1988. Disponível em:

<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/sansalvador.pdf>. Acesso em: 01 nov. 23.

<sup>34</sup> CONSELHO ISLÂMICO. **Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos**. Paris, França. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 01 nov. 23.

<sup>35</sup> Cf. CUETO, 2015.

<sup>36</sup> GIL, Carlos Gómez. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. **Papeles**, Madrid, n. 140, 2018, p. 107-118. Disponível em: <https://tinyurl.com/cgomezgil>. Acesso em 31 maio 2023.

epidemias, dentre outras. A meta 3.8 destaca a necessidade de atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, através do acesso a serviços de saúde, medicamentos e vacinas seguras, eficazes e a preços acessíveis. No Brasil, o cumprimento dessa meta tem foco na atuação estatal através do Sistema Único de Saúde,<sup>37</sup> que além de oferecer serviços, medicamentos e vacinas, também atua no controle da segurança, eficácia e qualidade dos produtos médicos e de consumo, consoante será explorado no último tópico deste capítulo.

No Brasil, o conceito amplo de saúde e a ideia de um direito de todos e dever do estado, ambos delineados pela OMS, bem como os preceitos constantes na Declaração de Alma-Ata, de participação da comunidade e da APS como base do sistema de saúde nacional, influenciaram de forma contundente à formulação do direito à saúde no texto constitucional de 1988 e no delineamento infraconstitucional da atuação do Sistema Único de Saúde. O direito à saúde no constitucionalismo brasileiro será tratado a seguir.

## 2.2 SAÚDE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Alinhada ao espírito da Declaração de Alma-Ata, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) estabeleceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, criando um sistema de saúde público e universal, o Sistema Único de Saúde (SUS), orientado pelos princípios de universalidade, integralidade, equidade e participação social.<sup>38</sup> Dallari pontua que foi somente em 1988 que o direito à saúde recebeu tratamento constitucional no Brasil, não sendo tema nas constituições anteriores, “a não ser acidentalmente”.<sup>39</sup> As demais constituições haviam se limitado à distribuição de competências executivas e legislativas,<sup>40</sup> sendo a saúde situada como um direito específico dos trabalhadores, sem a explicitação de um caráter fundamental.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Cf. IPEA. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods3.html>. Acesso em: 31 maio 2023.

<sup>38</sup> GIOVANELLA, *et al.*, 2019, p. 3.

<sup>39</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 27 abr. 2022. p. 10.

<sup>40</sup> Anteriormente, como será mencionado a seguir, aparece a competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, que tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Não havia, assim, a ideia de saúde como um direito humano (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 309).

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à seção II: Da Saúde. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1925-1945.

Assim, na Constituição de 1824, o direito à saúde não obteve qualquer menção,<sup>42</sup> sendo um texto com predominância de direitos individuais. Sarmento<sup>43</sup> pontua que o artigo 179, XXXI, da Carta Imperial fazia referência aos socorros públicos e à instrução primária gratuita, numa sensibilidade para o aspecto social precursora à época. Diferente da Constituição de 1891, que manteve a ordem constitucional cingida à enunciação de direitos individuais negativos e defensivos, numa acepção clássica destes direitos, como opostos aos direitos positivos e prestacionais – tema a ser tratado em item posterior deste trabalho. Uma reforma constitucional do ano de 1926 inaugura uma preocupação social no período de vigência da Carta Republicana, ao conferir competência ao Congresso Nacional para legislar sobre o trabalho.<sup>44</sup>

A Constituição de 1934 marca a chegada dos direitos sociais ao constitucionalismo brasileiro, sendo eles previstos nos títulos que cuidavam da “ordem econômica e social” e da “família, da educação e da cultura”, com destaque para os direitos trabalhistas que foram elencados no artigo 121.<sup>45</sup> Pela primeira vez o direito à saúde ganha menção constitucional,<sup>46</sup> com a previsão do artigo 10, inciso II, de competência concorrente entre a União e os estados para “cuidar da saúde e assistência públicas”.<sup>47</sup> É assinalada a incumbência das três esferas federativas de adotar medidas para restringir a mortalidade e morbidade infantis e de higiene social para conter a propagação de doenças transmissíveis (art. 138, alíneas “f” e “g”).<sup>48</sup> A garantia da assistência médica e sanitária é situada no âmbito previdenciário, dirigida ao trabalhador e à gestante empregada (art. 121, “h”, § 1º).<sup>49</sup> A Carta de 1934, portanto, não expressa o direito à saúde como um direito fundamental, destinado a todos os cidadãos.<sup>50</sup>

Apenas três anos depois, com o início do Estado Novo, a Constituição de 1937 trouxe um novo catálogo de direitos, no artigo 122, sem citar a saúde. No artigo 16, XXVII, foi prevista a competência legislativa da União para “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde,

---

<sup>42</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 81.

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

<sup>44</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 81.

<sup>45</sup> SARMENTO, 2010, p. 60.

<sup>46</sup> FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde**: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 34.

<sup>47</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>48</sup> DALLARI, 2009, p. 10.

<sup>49</sup> “h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte” (BRASIL, 1934).

<sup>50</sup> Cf. VILLAS-BÔAS, 2009, p. 82.

especialmente da criança”,<sup>51</sup> enquanto o artigo 18, alíneas “c” e “e”, estabeleceram a competência supletiva dos Estados para legislar sobre “assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais”<sup>52</sup> e sobre medidas de polícia sanitária. No artigo 127, a proteção da infância e juventude incluiu o dever estatal de assegurar condições de vida sã, ao passo que o artigo 137 previu a assistência médica e higiênica ao trabalhador.<sup>53</sup> Sob a vigência da Carta de 1937, houve a edição da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, representando avanço no país para o campo dos direitos sociais.<sup>54</sup>

A Constituição de 1946 retomaria o caminho inaugurado pela Carta de 1934, em direção ao delineamento de um Estado de Direito Social. O acesso à justiça foi ampliado, inclusive na esfera constitucional, com a instalação do princípio do direito de ação e da inafastabilidade jurisdicional, nesse contexto restringidos aos direitos individuais e sem extensão aos direitos sociais.<sup>55</sup> Mais uma vez é atribuída à União a competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde (art. 5º, XV, “b”), sendo a matéria também de competência supletiva ou complementar dos estados (art. 6º). O direito à saúde permanece no domínio previdenciário, novamente situado no rol dos direitos trabalhistas, agora elencados no artigo 157, que garantiu, no inciso XIV, a “assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante”.<sup>56</sup>

Na década de 1960, o país vivencia um golpe militar, formalizado em 09 de abril de 1964. Após, o texto de 1946 passa por diversas reformas, até efetivamente ser elaborada uma nova constituição, em 1967. Os direitos e garantias individuais foram elencados no artigo 150, enquanto os direitos sociais aparecem no artigo 158 (direitos trabalhistas) e nos artigos 167 a 172 (assistência à maternidade, infância e adolescência, direito à educação e amparo à cultura). Competiu à União e aos estados, de forma supletiva, legislar sobre a defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, “c” e art. 8º, §2º). Além disso, com o artigo 8º, XVI, fica a União encarregada da função de “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”.<sup>57</sup> O direito à saúde permanece como uma garantia trabalhista, prevista no artigo 158, XV, a “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”.<sup>58</sup> Com a Emenda Constitucional (EC) n. 27, é estabelecido pela primeira

<sup>51</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>52</sup> BRASIL. 1937.

<sup>53</sup> SARLET, 2013, p. 1925-1945.

<sup>54</sup> SARMENTO, 2010, p. 43-45.

<sup>55</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 84.

<sup>56</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>58</sup> BRASIL, 1967.

vez um montante mínimo de investimento em programas de saúde pelos municípios, de 6% (seis por cento) do valor creditado pelo Fundo de Participação dos Municípios (art. 25, §4º).<sup>59</sup>

Após as redações dadas pelas EC n. 1/1969 e n. 7/1977, o artigo 119, alínea “o” do texto constitucional estabelece a possibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de causas em que decorram imediato perigo ou grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, mediante avocação deferida após pedido do Procurador-Geral da República.<sup>60</sup> Villas-Bôas considera que a partir desse dispositivo seria lançada “a semente da confirmação de que ameaças à saúde são aferíveis judicialmente”.<sup>61</sup>

Sem embargos, e conforme será aprofundado no próximo capítulo, as discussões sobre a justiciabilidade do direito à saúde se colocam de forma mais contundente no cenário brasileiro sob a vigência da CRFB/1988, tratada a seguir.

### 2.2.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Entre fevereiro de 1987 e outubro de 1988 ocorreu a Assembleia Nacional Constituinte, que discutiu o teor da Constituição atualmente em vigência. Nos mais de vinte meses de sua duração, a Constituinte foi o centro das atenções do país, provocando mobilização cívica e participação social inéditas na história nacional. Parlamentares e grupos de pressão estavam articulados para consagrar regras específicas e detalhadas de suas bandeiras e interesses, a fim de evitar incertezas quanto à concretização legislativa e às interpretações judiciais futuras.<sup>62</sup> Nesse cenário, destaca-se a atuação do Movimento da Reforma Sanitária. Para Rodriguez Neto<sup>63</sup>, teria sido o movimento a chegar mais organizado e consistente na assembleia, além de lograr as conquistas mais avançadas.

Dallari<sup>64</sup> considera que, na década de 1980, a sociedade brasileira vinha adquirindo consciência de seu direito à saúde e, além disso, os profissionais ligados à área exigiam do governo a sua proteção, promoção e recuperação, como garantia de um direito essencial do povo. Na Constituinte, a expressiva participação popular na definição dos objetivos

<sup>59</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 27**, de 28 de novembro de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc27-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc27-85.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>60</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7**, de 13 de abril de 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_antecedente1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_antecedente1988/emc07-77.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

<sup>61</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 87.

<sup>62</sup> SARMENTO, 2010, p. 101.

<sup>63</sup> RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**. Promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz Edições Livres, 2019. p. 49.

<sup>64</sup> DALLARI, 1988, p. 57.

constitucionais seria responsável pela introdução da saúde ao rol dos direitos sociais no Brasil e pela fixação das bases de uma nova política de saúde.<sup>65</sup>

Situado na escola teórica e política do movimento de medicina social na América Latina, o Movimento Sanitarista brasileiro teve sua gênese no ano de 1976, com a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) e o início da publicação da revista Saúde em Debate. Em busca da democratização da saúde, a estratégia ia desde a produção e divulgação de conhecimento e propostas, até a efetiva ocupação de espaços institucionais e mobilização com parlamentares. Uma das principais bandeiras do Movimento era a criação de um sistema único de saúde, de natureza pública.<sup>66</sup> A ideia de um sistema único não era inédita, já havia sido experimentada em outros países e divulgada pela OMS.<sup>67</sup> Além disso, mesmo no Brasil, algo próximo se desenvolveria na legislação ordinária anterior à nova constituição, através da Lei n. 6.229 de 1975, que criou o Sistema Nacional de Saúde, e do Decreto n. 94.657 de 1987, que criou o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.<sup>68</sup>

A proposta de inserir um sistema único de saúde no texto constitucional foi posta em debate público em 1979, com a realização do 1º Simpósio Nacional de Política de Saúde, cujo documento final se tornaria a cartilha do Movimento Sanitarista. Em março de 1986, foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, considerada pelo então Presidente José Sarney a “verdadeira pré-constituente de Saúde”.<sup>69</sup> Em setembro daquele ano, no 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, o conteúdo do direito à saúde na constituição foi discutido de forma sistematizada e propositiva.

Desde 1986, o Movimento já entendia que deveria ser assegurado: a saúde como direito universal e igualitário; o dever do Estado na promoção, proteção e recuperação da saúde; a natureza pública das ações e serviços de saúde; a criação de um Sistema Único de Saúde gratuito, descentralizado para estados e municípios e sob o controle social, com atribuições de assistência, vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saneamento e saúde ocupacional.<sup>70</sup> Afinal, a redação promulgada para a seção da saúde (artigos 196 a 200) efetivamente constituiu

---

<sup>65</sup> DALLARI, 2009, p. 10-11.

<sup>66</sup> RODRIGUEZ NETO, 2019.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Participação, Saúde e Direito na Assembleia Nacional Constituinte: Um Resgate do Debate. In: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 14, 2005, Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza, CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/093.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

<sup>68</sup> SARLET, 2013, p. 1925-1945.

<sup>69</sup> RODRIGUEZ NETO, 2019, p. 97.

<sup>70</sup> RODRIGUEZ NETO, 2019, p. 92.

o que os sanitaristas apresentaram como emenda popular à Constituição, com pequenas modificações.<sup>71</sup>

Sarmiento<sup>72</sup> pontua que a Constituição de 1988 é marcada por um profundo compromisso com o regime democrático e com os direitos fundamentais, que são revestidos de forte teor social. A organização topológica do texto ilustra o reconhecimento da prioridade dada aos direitos fundamentais: nos dois primeiros títulos, respectivamente, estão os princípios fundamentais e os direitos e garantias fundamentais, sendo deixada a organização estatal para adiante. Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, há um título específico para os direitos e garantias fundamentais (Título II)<sup>73</sup> e, além disso, são efetivamente positivados os direitos sociais como direitos fundamentais (Capítulo II do título mencionado).<sup>74</sup>

O artigo 6º, primeiro artigo do capítulo dedicado aos direitos sociais, traz a saúde desde sua redação original,<sup>75</sup> aspecto mantido com as redações dadas posteriormente pelas emendas n. 26/2000, n. 64/2010 e n. 60/2015. Destarte, a Constituição expressa de forma clara o direito à saúde como direito fundamental e direito social, conforme será explorado no segundo capítulo.

Inaugurando a seção Da Saúde, o artigo 196 a afirma como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas visando a 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.<sup>76</sup> Desse artigo podem ser extraídas informações sobre o direito à saúde, tal como fora consagrado no ordenamento constitucional brasileiro.

Inicialmente, a ideia de um direito de todos e dever do Estado segue os preceitos anteriormente delineados no plano internacional, nomeadamente pela carta de princípios da OMS, de 1948, e pela Conferência de Alma-Ata, de 1978. O artigo ressalta ainda que, na condição de direito fundamental, a proteção à saúde implica num dever fundamental, impondo a obrigação de efetivação do direito, precipuamente, ao poder público.<sup>77</sup> Paim pontua, a respeito, que isso não exclui a responsabilidade da sociedade em geral, eis que “todos são

---

<sup>71</sup> Cf. DALLARI, 2009, p. 11.

<sup>72</sup> SARMENTO, 2010, p. 102-104.

<sup>73</sup> Nas constituições anteriores, os direitos sociais encontravam-se dispersos nos títulos dedicados à ordem econômica e social (Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013).

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 533-541.

<sup>75</sup> Cf. VILLAS-BÔAS, 2009, p. 89.

<sup>76</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 fev. 2023.

<sup>77</sup> SARLET, 2013, p. 1932.

corresponsáveis pela saúde da comunidade, sem que isso reduza a obrigação do Estado de assegurar o direito à saúde”.<sup>78</sup>

Assim, obrigação estatal relacionada à saúde “não isentou qualquer esfera do poder político”,<sup>79</sup> o que se reflete na distribuição das competências legislativas. Cuidar da saúde é tarefa que incumbe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo competência comum desses entes (artigo 23, inciso II). As normas sobre a proteção e a defesa da saúde, por sua vez, são de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, inciso XII), tendo sido atribuída aos Municípios a competência suplementar sobre a matéria (artigo 30, inciso II).

O artigo 196 evita discutir o conceito de saúde,<sup>80</sup> adotando aquela noção ampla proposta pela OMS na década de 1940, da saúde como completo bem-estar físico, mental e social, não limitada à mera ausência de doença.<sup>81</sup> E, embora o texto constitucional não defina com exatidão o conteúdo do direito à saúde, é possível extrair que ele abrangeria as dimensões promocional, preventiva e curativa. Sarlet<sup>82</sup> explica que a dimensão promocional está atrelada às ações que visam a melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas. Ao mencionar a redução do risco de doença e a proteção, estaria em causa a ideia de saúde preventiva, mediante a adoção de medidas para conter o surgimento de enfermidades ou danos à saúde, nas perspectivas individual e coletiva. Por fim, a dimensão curativa diria respeito à recuperação, abarcando o acesso dos indivíduos aos meios de cura da doença ou, não sendo a cura possível, da melhoria na sua qualidade de vida.

No artigo 197, a Constituição estabelece que a prestação da saúde deverá ser realizada diretamente pelo Poder Público, a quem cabe a sua regulamentação, fiscalização e controle. O artigo reconhece, ainda, a relevância pública das ações e serviços de saúde,<sup>83</sup> ponto que guarda proximidade com um dos pleitos do Movimento Sanitarista. No entanto, a ideia inicial do movimento era mais precisamente inscrever na Constituição a natureza pública das ações e serviços de saúde, a fim de apontar para o entendimento de uma atuação restrita ao Poder Público, o qual poderia delegar a execução dos serviços a terceiros, por concessão ou permissão. Em última instância, o movimento desejava a estatização do setor da saúde a médio e longo prazo, demanda que não encontrou eco na Constituinte.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. p. 53.

<sup>79</sup> DALLARI, 2009, p. 15.

<sup>80</sup> SCLIAR, 2007, p. 39.

<sup>81</sup> Cf. DALLARI, 2009, p. 15.

<sup>82</sup> SARLET, 2013, p. 1933.

<sup>83</sup> DALLARI, 2009, p. 16.

<sup>84</sup> RODRIGUEZ NETO, 2019, p. 168-170.

Ao contrário, o texto estabelece possibilidades de atuação da iniciativa privada, expressamente nos artigos 197 e 199. Essa atuação poderá se dar por convênios e contratos firmados com o sistema único de saúde ou através da denominada saúde suplementar, traduzida na “prestação de assistência à saúde a partir de contratos de planos e seguros de saúde, nos termos da legislação de regência (especialmente Lei n. 9.656/98)”.<sup>85</sup>

Nos artigos 198 e 200 são delineados os princípios e diretrizes de atuação, forma do financiamento e atribuições do Sistema Único de Saúde, tema tratado a ser tratado no próximo tópico. Antes, serão apontados os aspectos históricos da saúde pública brasileira, que antecederam 1988. Essa abordagem pretende nortear a compreensão do próprio SUS, no âmbito da proposta discutida e formulada pelo Movimento Sanitarista, enquanto um novo paradigma da saúde pública brasileira, em ruptura com modelos anteriores.

### 2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição de 1988, sendo efetivamente implantado no país a partir do início da década de 1990.<sup>86</sup> A forma como o sistema público de saúde foi desenhado no texto constitucional e na legislação infraconstitucional deveu-se, consideravelmente, às reivindicações do Movimento Sanitarista. Esse movimento buscou a reforma política da saúde brasileira, rompendo com o modelo até então vigente, caracterizado por um acesso restrito e excludente, com ações focadas na dimensão curativa e cuja gestão estava centralizada na esfera federal. O tópico que se inicia apresenta apontamentos sobre a história da saúde pública brasileira, em particular aquilo que antecede a criação do SUS, cuja trajetória ainda é recente. A explanação segue com os princípios do SUS, sua forma de financiamento e, finalmente, suas atribuições constitucionais.

#### 2.3.1 A saúde pública brasileira antes do SUS

O Brasil teve sua primeira organização nacional da saúde pública a partir de 1808, na ocasião da transferência da Corte Real portuguesa para o Rio de Janeiro. Antes disso, o país adotava a legislação e as práticas vigentes em Portugal.<sup>87</sup> Uma dessas práticas consistia no

---

<sup>85</sup> SARLET, 2013, p. 1937.

<sup>86</sup> SERVO, Luciana Mendes Santos; PIOLA, Sérgio Francisco; PAIVA, Andrea Barreto de; RIBEIRO, José Aparecido. Financiamento e gasto público de saúde: histórico e tendências. *In*: MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco. (Org.). **Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde**. Brasília: Ipea, 2011. p. 85.

<sup>87</sup> BRASIL, 1979, p. 3.

modelo das Santas Casas de Misericórdia,<sup>88</sup> instituições mantidas por doações e geridas por irmandades religiosas, que iniciaram sua atuação no Brasil ainda no período das capitâncias hereditárias.<sup>89</sup> Existiam poucos médicos no país,<sup>90</sup> sendo que a primeira faculdade de medicina somente seria inaugurada em 1808, na cidade de Salvador, na Bahia. O cenário da época, que se estende ao período imperial (1822 a 1889), é marcado por um aparato estatal pouco preocupado com a construção e manutenção de hospitais. Assim, pessoas pobres eram atendidas pela caridade religiosa, enquanto as classes mais abastadas tinham acesso à escassa medicina privada. Os raros hospitais públicos eram dedicados ao tratamento de doenças mentais, tuberculose e hanseníase, consideradas enfermidades nocivas à população.<sup>91;92</sup>

Em fevereiro de 1808, foi criado o cargo de Provedor-Mor de Saúde da Corte e do Estado do Brasil, com as atribuições de cuidar dos portos. Para tanto, eram utilizadas as práticas de quarentenas e isolamento dos lazarentos, com a finalidade de evitar doenças pestilenciais, uma grande preocupação naquele contexto. Essa preocupação tinha fundamentos político e econômico: visava passar segurança para que os navios estrangeiros aportassem, evitando o medo de contágio<sup>93</sup> e, por outro lado, dissuadir a implementação de barreiras sanitárias nos portos europeus, garantindo o fluxo da exportação brasileira.<sup>94</sup> No ano de 1851, foi implantada a Junta Central de Higiene Pública, com atribuições de executar a polícia médica<sup>95</sup> das

---

<sup>88</sup> A primeira Santa Casa de Misericórdia teria sido construída em Lisboa, no ano de 1489, por iniciativa da rainha Leonor de Lencastre (PAIVA, José Pedro. A relação das misericórdias com a Igreja na Época Moderna (1498-1820). In: PAIVA, José Pedro. (Coord.). **Portugaliae Monumenta Misericordiarum**. Vol. 10. Novos Estudos. Lisboa: União das Misericórdias Portuguesas, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/paivajpedro>. Acesso em 11 maio 2023. p. 279). No Brasil, a primeira Santa Casa foi construída em 1543, fundada por Brás Cubas, em Santos. Posteriormente, foram construídas outras em Olinda, Salvador, Rio de Janeiro, Belém e São Paulo (PAIM, 2020, p. 26).

<sup>89</sup> Cf. CORREA, Carlos Roberto Silveira; RANGEL, Humberto de Araújo; SPERANDIO, Ana Maria Girotti. Capítulo IV. Evolução das políticas públicas de saúde no Brasil. In: MARTINS, José Pedro Soares; RANGEL, Humberto de Araújo (Org.). **Campinas no rumo das comunidades saudáveis**. Campinas: IPES Editorial, 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/correarangelsperandio>. Acesso em 11 maio 2023.

<sup>90</sup> KUCHARSKI, Karina Wahhab; BATTISTI, Iara Denise Endruweit; FERNANDES, Denise Medianeira Mariotti; ANASTÁCIO, Zélia Ferreira Caçador. Políticas públicas de saúde no Brasil: uma trajetória do Império à criação do SUS. **Contexto e Educação**, Ijuí, v. 37, n. 117, p. 38-49, abr. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2179-1309.2022.117.12871>. Acesso em: 17 maio 2023.

<sup>91</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura. (Org.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 31.

<sup>92</sup> FARIA, Horácio Pereira de; COELHO, Ivan Batista; WERNECK, Marcos Azeredo Furquim; SANTOS, Max André dos. **Modelo assistencial e atenção básica à saúde**. 2ª edição. Belo Horizonte: Coopmed, 2010. p. 27.

<sup>93</sup> Cf. CORREA; RANGEL; SPERANDIO, 2004.

<sup>94</sup> KUCHARSKI; BATTISTI; FERNANDES; ANASTÁCIO, 2022, p. 40.

<sup>95</sup> No âmbito da polícia médica, os portugueses teriam sido precursores dos cuidados da saúde da população, desde pelo menos a segunda metade do século XVIII. As Juntas de Saúde lusitanas tinham atribuições de vigilância de matadouros, açougues e comércio, mediante inspeção e procedimentos de desinfecção e cordões sanitários. As Juntas de Higiene implantadas no Brasil tinham esse modelo como base (Cf. MANTOVANI, 2018).

embarcações às residências, isto é: em qualquer sítio de onde pudessem provir danos à saúde pública.<sup>96</sup>

Com a Proclamação da República (1889), as políticas de saúde se destacam sob o prisma econômico, a partir da noção de que o crescimento da economia poderia ser prejudicado pelas más condições de saneamento das cidades e de saúde dos trabalhadores.<sup>97</sup> Começava a despontar a ideia de que a saúde do indivíduo era uma questão social. Apesar disso, a organização sanitária tinha a herança imperial de uma estrutura rudimentar e centralizada, o que prejudicava no atendimento e identificação das necessidades locais. Na República Velha (1889-1930) predominava a desconfiança em relação à descentralização, ao passo que a atuação sanitária não era coordenada entre si, desperdiçando esforços e recursos.<sup>98</sup>

No início do século XX, a saúde brasileira enfrentou problemas de ineficiência diante de grandes epidemias e endemias.<sup>99</sup> As primeiras décadas do século foram marcadas por sucessivas reformas na estrutura da administração sanitária, promovidas pelas gestões de Oswaldo Cruz (a partir de 1904), Carlos Chagas (1923 a 1927) e Barros Barreto (em 1941).<sup>100</sup> As ações de higiene e saneamento foram ampliadas, sendo realizadas campanhas sanitárias. O período é referido por historiadores da saúde pública como sanitarismo campanhista, em decorrência da adoção de autoritarismo e do emprego de estratégias militares na realização das ações, os quais geravam indignação popular.<sup>101;102</sup> Apesar das críticas, o modelo obteve êxitos, a exemplo da erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro (em 1904), o que tornaria a proposta hegemônica enquanto meio de intervenção na saúde. O modelo campanhista, que havia sido inaugurado por Oswaldo Cruz, foi inovado durante a gestão de Carlos Chagas, que passou a incluir propagandas e educação sanitária.<sup>103</sup> Contudo, as campanhas eram episódicas e direcionadas a doenças específicas, como foi o caso da febre amarela, amarelão, tuberculose, lepra e varíola,<sup>104</sup> razão pela qual não consolidaram uma política pública de longo prazo.

<sup>96</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Evolução Institucional da Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 1979. Disponível em: <https://tinyurl.com/ms1979>. Acesso em: 08 maio 2023. p. 3.

<sup>97</sup> BAPTISTA, 2007, p. 32.

<sup>98</sup> PAIM, 2020, p. 27-28.

<sup>99</sup> FREIRE, Mary Ann Menezes Freire; AMORIM, Wellington Mendonça de. A enfermagem da saúde pública no Distrito Federal: a influência do Relatório Goldmark (1923 a 1923). **Esc Anna Nery Rev Enferm**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 115-244, mar. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/freire-amorim>. Acesso em: 10 maio 2023.

<sup>100</sup> Cf. BRASIL, 1979.

<sup>101</sup> FARIA; COELHO; WERNECK; SANTOS, 2010, p. 28.

<sup>102</sup> Um exemplo emblemático foi a Revolta da Vacina, de 1904, na cidade do Rio de Janeiro (Cf. NUNES, Everaldo Duarte. Sobre a história da saúde pública: idéias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 251-264, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/nunesduarte>. Acesso em: 08 maio 2023).

<sup>103</sup> KUCHARSKI; BATTISTI; FERNANDES; ANASTÁCIO, 2022, p. 41.

<sup>104</sup> PAIM, 2020, p. 29.

Na década de 1920, também tem início a medicina previdenciária, com a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), pelo Decreto n. 4.682/1923 (Lei Eloy Chaves).<sup>105</sup> Inicialmente, eram instituições organizadas por cada empresa e seus empregados, operando em regime de capitalização.<sup>106</sup> O Estado não custeava as caixas, sendo elas mantidas pelas contribuições mensais dos empregados, de 3% dos seus vencimentos, e pela contribuição anual da empresa empregadora, de 1% da sua renda bruta. Os valores relativos ao custeio deveriam ser recolhidos diretamente pelas empresas, sem mediação estatal. Além disso, o Estado não participava da administração, realizando um controle externo.<sup>107</sup> As caixas contemplavam a assistência médica e o pagamento de aposentadoria (por invalidez ou tempo de contribuição) e de pensão por morte.<sup>108</sup>

A respeito da assistência médica das CAPs, o Decreto n. 4.682 previa: socorros médicos em casos de doença do trabalhador ou de familiar, e a aquisição de medicamentos com preços especiais (art. 9º). Em seguida, o Decreto n. 5.190/1926 inclui a internação hospitalar em casos de intervenção cirúrgica (art. 14, §1º) e permite que as caixas constituam serviços médicos próprios (artigo 13). Oliveira e Teixeira<sup>109</sup> explicam que a existência desses serviços próprios expressava a concepção dominante no período: de fusão entre previdência e assistência. Além disso, refletia a percepção do modelo previdenciário dos anos 1920, o qual considerava a assistência médica uma atribuição fundamental. Ainda segundo os autores, esse será um precedente a ser enfrentado pelos defensores da contenção de despesas, após 1930, os quais entendiam que a previdência deveria se limitar à concessão dos benefícios pecuniários. Inobstante as disposições legais, na prática os serviços de assistência à saúde das caixas eram

---

<sup>105</sup> A criação das CAPs, na década de 1920, seria o marco inicial da previdência social brasileira. Todavia, não há consenso a respeito: ao passo que existem autores que consideram a década de 1920, outros pontuam que ocorreram tentativas anteriores de instituições de natureza previdenciária, com a criação dos montepios, ainda no final do século XVIII (OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sônia M. Fleury. **(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 20); O primeiro montepio foi criado em 1795, em proveito de órfãos e viúvas dos oficiais da Marinha. Constituíam poupanças destinadas ao pagamento de pensões para os trabalhadores ou seus familiares, em caso de mortes e acidentes (SARAIVA, Luiz Fernando; ALMICO, Rita de Cássia da Silva. *Montepios e Auxílio Mútuo no Brasil Império*. In: **VIII Congresso Brasileiro de História Econômica e 9ª Conferência Internacional de História de Empresas**, 8, 2009, Campinas. Anais [...]. Campinas, ABPHE, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/saraiva-almico>. Acesso em: 18 maio 2023).

<sup>106</sup> FERNANDES, Violeta Campolina; SOUSA, Camila Lopes de. Aspectos históricos da saúde pública no Brasil: revisão integrativa da literatura. **Journal of Management & Primary Health Care**, Uberlândia, v. 12, n. 1, p. 1-17, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/jmphc.v12.579>. Acesso em: 8 maio 2023.

<sup>107</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>108</sup> CORREA; RANGEL; SPERANDIO, 2004, p. 108.

<sup>109</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989, p. 27-28.

irregulares e havia pouca cobertura, principalmente para os segurados portadores de doenças mais graves, como a tuberculose.<sup>110</sup>

No início da década de 1930, as caixas deixam de ser vinculadas a cada empresa e passam a ser organizadas por categorias profissionais urbanas, o que conferiu uma dimensão nacional às instituições.<sup>111</sup> Nesse momento, as CAPs vão dando lugar aos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs).<sup>112</sup> O Estado passa a participar do custeio dos institutos e, gradativamente, a ter o domínio administrativo e decisório – inclusive das caixas remanescentes.<sup>113</sup> Os institutos atuam numa lógica de contenção de despesas, postura que acarretou a consolidação de um modelo previdenciário de *superávits* e acúmulo de reservas. As restrições de gastos impactam principalmente a assistência médica, o que é evidenciado pelas disposições do Decreto n. 20.465/1931. Além de inaugurar uma distinção entre a prestação de serviços e a concessão de benefícios pecuniários, o decreto fixa limites orçamentários para a primeira e afirma que apenas a segunda constitui atribuição contratual obrigatória (art. 23). O modelo dos institutos dá preferência à compra de serviços médicos, a serem prestados por terceiros, em detrimento da dos serviços próprios.<sup>114</sup>

No que se refere às condições da saúde da década de 1930, predominavam as doenças relacionadas à pobreza, como enfermidades infecciosas e parasitárias evitáveis (como tuberculose e sífilis), endemias rurais e desnutrição. Além disso, emergiam as morbidades modernas, como doenças cardiovasculares, neoplasias e outras.<sup>115</sup> Em outubro de 1930, foi criado o Ministério da Educação e da Saúde Pública, sendo determinada uma ampla remodelação dos serviços sanitários no país, visando garantir o controle federal. As medidas decorriam do centralismo político-administrativo imposto pelo então Presidente Getúlio Vargas (no governo de 1930 a 1945). O Estado investia pouco na área da saúde, considerando as demandas populacionais, e as ações que existiam se voltavam para o combate das doenças epidêmicas. Ainda existiam poucos hospitais públicos, e o sistema de previdência contemplava apenas as pessoas com vínculo de trabalho formal. Nesse contexto, em caso de necessidade e

---

<sup>110</sup> “Os operários tuberculosos, por exemplo, enfrentavam muita dificuldade para receber assistência: o tratamento era longo e exigia que o doente ficasse internado em sanatórios localizados nas regiões montanhosas [...]. O doente devia optar entre receber uma parte do salário e tratar da saúde por conta própria, ou submeter-se ao isolamento sanatorial, abrindo mão de qualquer ajuda econômica.” (BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011. p. 33).

<sup>111</sup> CORREA; RANGEL; SPERANDIO, 2004, p. 108.

<sup>112</sup> FERNANDES; SOUSA, 2020.

<sup>113</sup> Conforme determinação do Decreto-Lei n. 9.939, de 16 de dezembro de 1941.

<sup>114</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>115</sup> VILLAS-BÓAS, 2009, p. 82.

falta de recursos próprios para acessar os serviços médicos particulares, a população não segurada ficava sujeita à disponibilidade dos hospitais filantrópicos.<sup>116</sup>

Após pressões sindicais, a partir de 1945, vai sendo dirimida a postura de contenção de despesas das instituições previdenciária, mencionada antes. Com isso, a assistência médica é ampliada, incluindo o oferecimento de serviços médicos próprios. Nesse âmbito, ocorreu a criação do Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social (SAMDU), que unificou o atendimento dos institutos e das caixas.<sup>117</sup> O Regulamento Geral dos Institutos, por sua vez, previa que “os serviços médicos proporcionarão assistência clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica aos beneficiários, em ambulatório, hospital ou domicílio, com a amplitude que os recursos financeiros e as condições locais permitirem”.<sup>118</sup> A Lei Orgânica da Previdência Social (n. 3.807/1960), por derradeiro, trouxe um capítulo sobre as prestações da assistência médica, marcando o fim da lógica de contenção. A nova postura, contudo, provocou uma crise financeira, em razão de não ter sido acompanhada de medidas resolutivas, por exemplo, do problema com os atrasos e dívidas (dos segurados e do Estado), que atingia as receitas dos institutos.<sup>119</sup>

Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde.<sup>120</sup> Isso ocorre após sete anos de debates e não representa uma maior atenção estatal à saúde coletiva. Ao revés, foram destinadas verbas irrisórias à nova pasta, o que impediu uma atuação mais eficiente, nomeadamente na redução dos índices de mortalidade e morbidade da população.<sup>121</sup> A dificuldade da nova pasta também envolvia a falta de estrutura física e organizacional, que não permitiu que o novo Ministério se constituísse enquanto uma verdadeira Secretaria de Estado. Após a criação, o Ministério foi alojado em prédios alugados, cujas instalações eram inadequadas às suas necessidades, em pontos esparsos da cidade do Rio de Janeiro.<sup>122</sup>

<sup>116</sup> BERTOLLI FILHO, 2011, p. 33.

<sup>117</sup> “A importância histórica desse evento decorre de três características inovadoras da iniciativa: o atendimento médico domiciliar até então inexistente no setor público, embora comum na prática privada; o financiamento consorciado entre todos os IAPs e, principalmente o atendimento universal ainda que limitado aos casos de urgência” (MERCADANTE, Otávio Azevedo. *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil*. In: FINKELMAN, Jacobo. (Org.). **Caminhos da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002. p. 237).

<sup>118</sup> BRASIL. **Decreto n. 35.448**, de 1º de maio de 1954. Expedo o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões. Disponível em: <https://tinyurl.com/dec35448>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>119</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>120</sup> Criado pela Lei n. 1.920, com regulamentação dada pelo Decreto n. 34.596, ambos de 1953. Desde 1987, os assuntos relacionados à saúde eram de competência do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que compreendia a Diretoria Geral de Saúde Pública. Antes, a área sanitária havia dividido uma pasta com a educação, no Ministério da Educação e Saúde Pública, criado em 1930, e cuja divisão resultou na criação do Ministério da Saúde em 1953. (Cf. BRASIL, 1979).

<sup>121</sup> BERTOLLI FILHO, 2011, p. 40-41.

<sup>122</sup> BRASIL, 1979.

Na década de 1950, entra em cena a proposta desenvolvimentista, mediante a concepção de que o Estado deveria coordenar o crescimento econômico, com foco na industrialização.<sup>123</sup> A referida proposta refletiu-se na saúde, através do sanitarismo desenvolvimentista. Seus adeptos acreditavam que o desenvolvimento econômico implicaria, naturalmente, na melhoria das condições de saúde. Todavia, a corrente não considerava a forma como esse desenvolvimento ocorreria, tampouco a importância de ações específicas na saúde pública.<sup>124</sup> Em paralelo, a saúde do país estava em situação crítica. Entre os anos 1950 e 1960, o nível de mortalidade infantil era alto e a expectativa de vida do brasileiro baixa, tendo como principais causas a falta de saneamento básico, a miséria e a fome.<sup>125</sup> Em 1961, foi instituído o Código Nacional de Saúde, que representou uma primeira tentativa de organização do Sistema Nacional de Saúde.<sup>126</sup>

Com o advento da ditadura militar (1964-1985), o país vivenciou o chamado milagre econômico, com a elevação do Produto Interno Bruto, que entre 1968 e 1973 cresceu em média 10% ao ano. O milagre, no entanto, não acompanhou melhorias na saúde pública. Ao contrário, as verbas destinadas ao Ministério da Saúde caíram, chegando a 0,9% do orçamento da União, em 1974. A pasta passa a adotar uma postura que privilegiava a saúde enquanto elemento individual, em detrimento de sua dimensão coletiva. Com efeito, os poucos recursos eram destinados ao pagamento de serviços a serem prestados por hospitais particulares, sendo preteridos os investimentos em saneamento básico e campanhas preventivas. Na década de 1970, ocorre um crescimento dos casos de dengue, meningite, malária, tuberculose, doença de Chagas e outras. Nesse período, a Organização Pan-Americana de Saúde chegou a participar diretamente do combate à epidemia de malária, devido a pouca eficácia das campanhas nacionais.<sup>127,128</sup>

Em 1966, há a fusão dos IAPs (exceto o dos Servidores do Estado – o IPASE), sendo criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS),<sup>129</sup> cuja administração é estatal. O INPS segue uma tendência de universalização da cobertura, estendendo-se aos trabalhadores rurais, domésticos e autônomos. Em 1974, os trabalhadores informais passam a ser abrangidos pela previdência, no que tange aos serviços médicos. Por determinação legal,<sup>130</sup> a assistência

---

<sup>123</sup> Cf. BERTOLLI FILHO, 2011, p. 39.

<sup>124</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 85.

<sup>125</sup> Cf. BERTOLLI FILHO, 2011.

<sup>126</sup> Cf. BRASIL, 1979.

<sup>127</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 87.

<sup>128</sup> BERTOLLI FILHO, 2011.

<sup>129</sup> Decreto n. 72, de 21 de novembro de 1966.

<sup>130</sup> Conforme Decreto-Lei n. 200/1967, que foi revogado pela Lei 6.118/1974.

médica do INPS se subordinava à política nacional de saúde que, nesse período, privilegiava a prática médica curativa e especializada, dentro da lógica individualista retromencionada.<sup>131</sup> Com efeito, se colocava de forma contundente a preferência pela compra de serviços do setor privado, em detrimento da prestação de serviços próprios.<sup>132</sup> Mais tarde isso resulta na consolidação do modelo médico-assistencial privatista, bem como na capitalização do setor da saúde.<sup>133</sup> Esse modelo acabou se revelando altamente oneroso ao próprio sistema previdenciário e, ainda, favoreceu a corrupção.<sup>134</sup> Bertolli Filho<sup>135</sup> explica que enquanto o governo reduzia e atrasava os recursos a serem repassados aos estabelecimentos conveniados, esses aumentavam as fraudes para receber além do que deviam, utilizando-se de falsificação de internações e prática de cirurgias desnecessárias.

Diante das deficiências no campo da saúde, nos anos de 1968 e 1975 serão elaborados, respectivamente, o Plano Nacional de Saúde (PNS) e o Sistema Nacional de Saúde (SNS). O PNS previa a universalização do acesso à saúde, a regionalização e hierarquização da rede, bem como o comando único pelo Ministério da Saúde. Após a repercussão negativa da mídia e a resistência no setor previdenciário, o plano é cancelado. Mais tarde, no vácuo deixado pelo cancelamento do PNS, é formulado o SNS. O sistema é pensado como um complexo de ações e serviços de saúde, abrangendo a promoção, proteção e recuperação. Ele também seguiria as diretrizes de universalização, regionalização, hierarquização e comando único, além de englobar os setores público e privado. No contexto de formulação do SNS, as deficiências no campo da saúde eram atribuídas à dispersão de esforços e indefinição de competências, as quais ocasionariam ações desordenadas e conflitantes entre os dois setores. Embora as duas iniciativas não tenham sido levadas a diante, ambas antecedem preceitos que serão retomados, posteriormente, pelo Movimento Sanitarista.<sup>136;137</sup>

Em 1970, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Com isso, foram divididas as competências: o INPS cuidaria da concessão de benefícios aos segurados, enquanto o INAMPS lidaria com a prestação de assistência social à população carente. O novo instituto também aglutinou a assistência médica, que era prestada pelos órgãos da previdência. Nesse contexto, o sistema previdenciário se aproximava da ideia de uma Seguridade Social, mediante a universalização da cobertura e sua abrangência, para

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>132</sup> FARIA; COELHO; WERNECK; SANTOS, 2010.

<sup>133</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 88.

<sup>134</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>135</sup> BERTOLLI FILHO, 2011, p. 55.

<sup>136</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>137</sup> MERCADANTE, 2002.

além dos contribuintes. Todavia, essa mudança não operou redefinições no financiamento do sistema, que manteve o seu esteio na contribuição dos trabalhadores segurados. Com efeito, a crise da previdência, que já se anunciava desde às mudanças de 1964, se acentua na década de 1980.<sup>138</sup>

Ao longo da década de 1980, além de doenças infecciosas e parasitárias, cresce a chamada morbidade moderna – causada por doenças crônico-degenerativas e por acidentes de trabalho e de trânsito.<sup>139</sup> Os hospitais funcionavam em estado precário e era difícil encontrar atendimento médico. As deficiências no saneamento e na educação sanitária alimentam epidemias evitáveis, como a cólera e a dengue. A administração pública da saúde era marcada por ausência de planejamento e descontinuidade de programas.<sup>140</sup> Nesse cenário, foram articuladas estratégias de racionalização do sistema, como: Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAUDE), Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS), Ações Integradas de Saúde (AIS) e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).<sup>141</sup>

Criado em 1987, o SUDS avançou no sentido da descentralização da gestão, com foco nas secretarias estaduais, bem como na integração dos serviços de saúde, públicos e particulares. O governo buscou estabelecer condições para maior interferência estatal no setor privado, cujos serviços foram definidos como complementares aos serviços públicos. As entidades filantrópicas, por sua vez, teriam um papel auxiliar ao funcionamento do sistema. O projeto de elaboração do SUDS também incluía as ideias de municipalização, rede hierarquizada e regionalizada, participação social e administrações local. O SUDS foi extinto na década de 1990, quando é implementado o SUS.<sup>142;143</sup> Ao longo da década de 1980, o Movimento Sanitarista estava em processo de consolidação. Isso contribuiu para que elementos, já defendidos pelo Movimento, fossem abarcados pelo SUDS.

Consoante referido anteriormente, a origem do Movimento Sanitarista remonta à década de 1970, enquanto o país vivenciava a ditadura militar. As bandeiras do movimento se colocam como contrapontos incisivos àquilo que pretendia reformar. É nesse sentido, sob esse contexto, que a saúde foi defendida como um direito de todos, de acesso universal – não mais restrito e excludente; como uma incumbência precipuamente direcionada ao Estado, que passaria a ter

---

<sup>138</sup> OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1989.

<sup>139</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 87.

<sup>140</sup> BERTOLLI FILHO, 2011, p. 55.

<sup>141</sup> FARIA; COELHO; WERNECK; SANTOS, 2010.

<sup>142</sup> MERCADANTE, 2002.

<sup>143</sup> BERTOLLI FILHO, 2011, p. 55.

maior responsabilidade de financiamento e gestão. Afastando o autoritarismo e a centralização na esfera federal, o novo sistema se constituiria como uma rede de serviços e ações descentralizadas, regionalizadas e hierarquizadas, contando com a participação social.

### 2.3.2 Princípios, financiamento e atribuições

Em 1988, com a criação do Sistema Único de Saúde, foi necessária a produção de uma legislação específica, detalhando e esclarecendo as orientações gerais do texto constitucional. Assim, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde, a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. A referida lei teve diversos dispositivos vetados pela Presidência da época, sendo complementada pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.<sup>144</sup> A seguir, com base na Constituição de 1988, especialmente nos artigos 196, 198 e 200, e na legislação infraconstitucional do SUS, serão abordados aspectos atinentes aos princípios e diretrizes do SUS, ao seu financiamento e às suas atribuições.

A respeito dos princípios do SUS, Barata, Tanaka e Mendes<sup>145</sup> apresentam a divisão entre doutrinários (ou éticos) e organizacionais (ou operativos). Os princípios doutrinários teriam relação com “ideias filosóficas que permeiam a implementação do sistema e personificam o conceito ampliado de saúde”<sup>146</sup>, além do próprio direito à saúde. Os princípios organizacionais, por seu turno, orientariam o funcionamento do sistema de saúde, em consonância com os princípios doutrinários. Com base na classificação mencionada, destaca-se a universalidade, a equidade e a integralidade, enquanto princípios doutrinários; a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação popular, enquanto princípios organizacionais.<sup>147</sup> Esses princípios constam na seção Da Saúde, da Constituição Federal, bem como no artigo 7º da Lei n. 8.080 de 1990, o qual também elenca outros princípios.

No *caput* do artigo 196, o texto constitucional menciona a universalidade e a igualdade. A Lei n. 8.080 refere-se à universalidade de acesso aos serviços de saúde e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (artigo 7º, incisos I e

---

<sup>144</sup> PAIM, 2020, p. 51-52.

<sup>145</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas; TANAKA, Oswaldo Yoshimi; MENDES, José Dínio Vaz. Por um processo de descentralização que consolide os princípios do Sistema Único de Saúde. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 15-24, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v13n1/v13n1a03.pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

<sup>146</sup> RONCALLI, Angelo Giuseppe. O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do Sistema Único de Saúde. In: PEREIRA, Antonio Carlos (Org.). **Odontologia em Saúde Coletiva: planejando ações e promovendo saúde**. Porto Alegre: ARTMED, 2003. Disponível em: [https://www.professores.uff.br/jorge/wp-content/uploads/sites/141/2017/10/desenv\\_pol\\_pub\\_saude\\_brasil.pdf](https://www.professores.uff.br/jorge/wp-content/uploads/sites/141/2017/10/desenv_pol_pub_saude_brasil.pdf). Acesso em: 16 mar. 2023. p. 34.

<sup>147</sup> Cf. BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 16.

IV). Enquanto princípio ético do SUS, a universalidade importa na ideia de que a assistência à saúde deve atender a toda a população,<sup>148</sup> conferindo a este direito uma dimensão de cidadania. A universalidade do atendimento se opõe ao modelo excludente anterior ao SUS, no qual a assistência era garantida apenas aos contribuintes da previdência social.<sup>149</sup> Já a equidade aparece com frequência, em textos técnicos e artigos científicos da área da saúde, como um sinônimo de igualdade, essa efetivamente mencionada no artigo 196 da Constituição e no artigo 7º da Lei Orgânica da Saúde. Sem embargos, o princípio da equidade refletiria um contraponto às desigualdades no acesso aos serviços de saúde, especialmente no que tange à distribuição de recursos, admitindo “a possibilidade de atender desigualmente os que são desiguais, priorizando aqueles que mais necessitam para poder alcançar a igualdade”.<sup>150</sup>

Roncalli<sup>151</sup> destaca uma distinção entre equidade em saúde e equidade no uso ou no consumo dos serviços de saúde. Nesse sentido, a equidade em orientaria pela a busca por dirimir desigualdades sociais, que possuem diversos determinantes e que evidenciam diferenças nos modos de adoecer e de morrer da população. Garantir o acesso universal e equitativo às ações e serviços de saúde, portanto, não seria uma condição suficiente para extirpar as desigualdades de saúde, mas apenas uma das estratégias redistributivas a serem adotadas, não excluindo outras políticas de proteção social. O acesso universal às ações e serviços de saúde deveria estar conectado à perspectiva da equidade, não sendo a universalidade pressuposto de prestações idênticas a todos, de forma irrestrita.<sup>152</sup> A equidade, assim, funcionaria como um filtro à universalidade,<sup>153</sup> a fim de evitar a perpetuação de iniquidades e injustiças no exercício do direito à saúde.

O *caput* do artigo 198 estabelece que todas as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, que, afinal, constitui um sistema único. Sarlet<sup>154</sup> explica que a menção a um sistema único pontua que todos os serviços e ações de saúde, públicos ou privados, devem ser pautados nas mesmas políticas, diretrizes e comando, além de estarem sujeitos a uma só direção e planejamento, ainda que divididos em níveis nacional, regional, estadual e municipal. A unidade visaria superar os modelos de saúde

<sup>148</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.

<sup>149</sup> RONCALLI, 2003, p. 34.

<sup>150</sup> PAIM, Jairnilson Siva; SILVA, Lúgia Maria Viera da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS.

**Boletim do Instituto de Saúde**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 109-114, ago. 2010. Disponível em:

<https://periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33772/32575>. Acesso em 03 abr. 2023. p. 110.

<sup>151</sup> RONCALLI, 2003, p. 35.

<sup>152</sup> SARLET, 2013, p. 1937.

<sup>153</sup> RONCALLI, 2003, p. 36.

<sup>154</sup> SARLET, 2013, p. 1939.

anteriores à 1988, especialmente quanto à restrição da assistência à saúde aos trabalhadores formais e seus dependentes.

Ainda no *caput* do artigo 198, são mencionados os princípios da regionalização e da hierarquização, os quais seriam imprescindíveis à racionalização do sistema de saúde.<sup>155</sup> A regionalização significa a adequação das ações e dos serviços de saúde às necessidades de cada localidade, especialmente em termos epidemiológicos.<sup>156</sup> Para tanto, e com inspiração nas recomendações da Organização Pan-Americana de Saúde,<sup>157</sup> o Brasil adotou uma lógica organizativa centrada nos distritos sanitários, os quais foram previstos no artigo 10, parágrafo 2º, da Lei n. 8080/1990.<sup>158</sup> A hierarquização, por sua vez, importa na organização da prestação das ações e dos serviços de saúde considerando os diferentes níveis de complexidade.<sup>159</sup> Sarlet pontua que a hierarquização, tratada no artigo 198, figura termo técnico do setor de saúde, indicando que o atendimento da população ocorra a partir dos níveis de complexidade mais simples, até os mais altos, respeitando as situações de urgência.<sup>160</sup> Roncalli<sup>161</sup> destaca que a hierarquização se baseia na concepção da Unidade Básica de Saúde, enquanto porta de entrada do sistema.

Os princípios da regionalização e da hierarquização, em conjunto, orientam para uma rede que distribua seus “estabelecimentos de saúde (centros de saúde, ambulatórios, laboratórios, hospitais etc.) em um dado território, de modo que os serviços básicos estejam mais disseminados e descentralizados enquanto os serviços especializados se apresentam mais concentrados e centralizados”.<sup>162</sup> Portanto, em localidades mais próximas, o usuário do SUS teria o acesso inicial aos serviços de atenção primária, considerados mais simples em termos de complexidade tecnológica, porém aptos a solucionar a maioria dos problemas demandados. Em seguida, se necessário, o usuário seria direcionado para serviços de maior complexidade, nas atenções secundária e terciária. Esta organização hierarquizada e regionalizada da rede de saúde, por derradeiro, permitiria “um conhecimento maior dos problemas de saúde da

---

<sup>155</sup> BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 17.

<sup>156</sup> Cf. SARLET, 2013, p. 1939.

<sup>157</sup> Embora o conceito de regionalização na saúde tenha origem na primeira metade do século XX, a discussão ganha maior sentido entre as décadas de 1960 e 1970, por estímulo da Organização Mundial da Saúde e da Organização Pan-Americana da Saúde (MELLO, Guilherme; DEMARZO, Marcelo; VIANA, Ana Luiza D’Ávila. O conceito de regionalização do Sistema Único de Saúde e seu tempo histórico. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1139-1150, out./dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mdvregional>. Acesso em: 02 jun. 2023).

<sup>158</sup> RONCALLI, 2003, p. 36.

<sup>159</sup> DALLARI, 2009, p. 15.

<sup>160</sup> SARLET, 2013, p. 1939.

<sup>161</sup> RONCALLI, 2003, p. 36.

<sup>162</sup> PAIM, 2020, p. 48.

população da área delimitada, favorecendo ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade”.<sup>163</sup>

Os incisos do artigo 198, da CRFB/1988, referem-se aos princípios da descentralização, da integralidade e da participação social, enquanto os parágrafos cuidam dos recursos para financiamento do SUS. A descentralização diz respeito à distribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os entes federados, sem deixar de lado a recomendação de direção única em cada esfera. O princípio da descentralização também está contemplado no artigo 23, inciso II, do texto constitucional, com a atribuição da competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde. Silva<sup>164</sup> explica que a competência comum na saúde se trata de uma manifestação do federalismo cooperativo, impondo uma atuação conjunta entre os entes. Soares, García e Carbonell<sup>165</sup> sintetizam a repartição de competências entre os três níveis de governo, com base nas disposições constitucionais e da Lei n. 8.080/1990:

Dentre as competências da União, tem-se: participar da formulação e implementação das políticas; executar ações de prevenção e de vigilância sanitária e epidemiológica; produzir normas e exercer controle sobre o SUS e o sistema privado de saúde; e prestar cooperação técnica e financeira aos entes subnacionais. Aos estados cabe descentralizar ações e serviços de saúde para os municípios; complementar as ações da União; acompanhar e controlar as redes de saúde do SUS; prestar apoio financeiro aos municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde. Já aos municípios cabe planejar, gerir e executar as políticas de saúde em seu território, participar e colaborar com ações dos outros entes de governo e normatizar, de forma complementar, a política de saúde em seu âmbito.

A descentralização se opõe à tradição centralizadora da assistência à saúde no país, anterior ao SUS, que possuía uma estrutura “extremamente concentradora e autoritária nas

<sup>163</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS: doutrinas e princípios**. Brasília: Ministério da Saúde, 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/abcdosus>. Acesso em: 28 mar. 2023. p. 5.

<sup>164</sup> SILVA, Marina Fernanda de Carlos Flores da. A importância de delimitação de atribuições a fim de garantir maior efetividade na prestação de serviços definidos como de competência comum. *In*: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à saúde**. 1ª edição. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: [https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_24.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_24.pdf). Acesso em: 24 jan. 2023. p. 3.

<sup>165</sup> SOARES, Márcia Miranda; GARCÍA, Encarnación Murillo; CARBONELL, Jesús Ruiz-Huerta. Desigualdades territoriais no financiamento das políticas de educação e de saúde na Espanha e no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 1-21, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/cxBzXKGMbRfZXxyLmbjCgYM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2023. p. 11.

decisões, obviamente inadequada para um país do tamanho e complexidade do Brasil”.<sup>166</sup> O processo de descentralização política da saúde brasileira teria como estratégia fundamental a municipalização, contribuindo para uma organização mais racional do sistema de saúde, além de dinamizar o controle social, através da aproximação entre decisões e população alvo.<sup>167</sup> Na municipalização, a maior parcela de responsabilidade para a execução das ações e serviços de saúde é conferida ao município,<sup>168</sup> que deverá contar com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (art. 30, VII, CRFB/1988). Isto ocorre em razão da descentralização partir do pressuposto de que o município seria o melhor gestor da saúde, devido à sua proximidade com a realidade de seus habitantes.<sup>169</sup>

O atendimento integral, mencionado no inciso II do artigo 198, determina uma cobertura com a maior amplitude possível pelo sistema de saúde, o que não afastaria, contudo, a existência de limites técnicos e científicos calcados em critérios de segurança e eficácia dos tratamentos que, em última análise, reportam também a noções de economicidade.<sup>170</sup> Na Lei n. 8.080, a integralidade da assistência aparece como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.<sup>171</sup> A integralidade é uma noção polissêmica e, desde às reivindicações da Reforma Sanitária, já contemplava ao menos quatro perspectivas:

- a) como integração de ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, compondo níveis de prevenção primária, secundária e terciária; b) como forma de atuação profissional abrangendo as dimensões biológicas, psicológicas e social; c) como garantia da continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema de serviços de saúde; d) como articulação de um conjunto de políticas públicas vinculadas a uma totalidade de projetos de mudanças que incidissem sobre as condições de vida, determinantes da saúde e dos riscos de adoecimento, mediante ação intersetorial.<sup>172</sup>

No aspecto do sistema de saúde, a integralidade reclama uma garantia de assistência integral à população, se afastando do modelo anterior, no qual a atuação da saúde pública se restringia à vigilância sanitária, controle de endemias e vacinação, sendo a assistência médica

<sup>166</sup> BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 17.

<sup>167</sup> RONCALLI, 2003, p. 38.

<sup>168</sup> DALLARI, 2009, p. 18.

<sup>169</sup> BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 15.

<sup>170</sup> Cf. SARLET, 2013, p. 1933.

<sup>171</sup> BRASIL. **Lei n. 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: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 06 abr. 2023.

<sup>172</sup> PAIM; SILVA 2010, p. 112.

destinada a grupos específicos.<sup>173</sup> E, na perspectiva do cuidado e da prática, a integralidade sobreleva a visão do indivíduo como ser integral, em sentido biológico, psicológico e social, norteando para ações intersetoriais.<sup>174</sup> Em última instância, o princípio da integralidade coaduna com o conceito amplo de saúde, adotado pela OMS.

O princípio da participação popular consta no último inciso do artigo 198, orientando que as ações e serviços de saúde sejam realizados com a efetiva participação da comunidade, em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito.<sup>175</sup> A ideia emerge no contexto de redemocratização do país, também em contraponto ao modelo anterior, sendo uma ferramenta de adequação do sistema às necessidades coletivas.<sup>176</sup> Isso permite que a população faça parte da definição das prioridades e, conseqüentemente, dos critérios de alocação dos escassos recursos da saúde.<sup>177</sup> No artigo 1º da Lei n. 8.142/1990 são estabelecidas as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde,<sup>178</sup> que constituem canais formais de participação da sociedade. As Conferências são realizadas a cada quatro anos, com o objetivo de avaliar a situação da saúde no país e definir diretrizes para o processo de formulação das políticas públicas do SUS. Nos Conselhos, que possuem caráter permanente e deliberativo, são consolidadas as decisões das Conferências, com a efetiva formulação das políticas. Os Conselhos são compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários do SUS, que também devem atuar no fortalecimento das políticas públicas, mediante estratégias de fiscalização, avaliação e controle da execução pela administração pública.<sup>179;180</sup>

O artigo 198 da Constituição traz, ainda, quinze parágrafos tratando sobre o financiamento do SUS, quatorze deles incluídos por emendas.<sup>181</sup> O sistema de financiamento

<sup>173</sup> BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 16.

<sup>174</sup> Cf. RONCALLI, 2003, p. 35.

<sup>175</sup> Cf. DALLARI, 2009, p. 15.

<sup>176</sup> Cf. BARATA; TANAKA; MENDES, 2004, p. 17.

<sup>177</sup> Cf. VILLAS-BÔAS, 2009, p. 90.

<sup>178</sup> A regulamentação do controle social do sistema único de saúde estava prevista na Lei n. 8.080/1990, entre os artigos 11 e 47. Todavia, todos esses artigos foram vetados sob a justificativa de que as leis sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública seriam de iniciativa privada da Presidência da República (RONCALLI, 2003, p. 38).

<sup>179</sup> Cf. SILVA, Berenice Temoteo da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Conselhos e conferências de saúde no Brasil: uma revisão integrativa. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 319-328, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020261.08872019>. Acesso em: 10 abr. 2023. p. 320.

<sup>180</sup> FERNANDES; SOUSA, 2020.

<sup>181</sup> Das emendas constitucionais que alteram o artigo 198, interessam ao recorte proposto neste trabalho as de números: 29/2000, 86/2015 e 95/2016, por tratarem diretamente da vinculação de recursos públicos dos entes federativos às ações e serviços de saúde. Já as emendas de números 51/2006, 63/2010, 120/2022, 124/2022 e 127/2022, estando relacionadas à contratação e piso salarial dos agentes comunitários e de controle de epidemias, bem como ao piso salarial de enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem e parteiras, referem-se a temas cuja análise não figura fundamental à presente abordagem.

da saúde integra a seguridade social (artigo 194, CRFB/1988), que prevê a utilização de recursos provenientes da sociedade, dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das contribuições sociais (artigo 195, CRFB/1988). As contribuições para o financiamento da seguridade social (Cofins) e sobre o lucro líquido das empresas (CSLL) se destacam como as maiores fontes de recursos do Orçamento da Seguridade Social (OSS),<sup>182</sup> que tem suas receitas integralmente arrecadadas pela União.<sup>183</sup> Trata-se de um modelo de financiamento misto, baseado no princípio da solidariedade, com previsão de utilização de recursos públicos e privados.<sup>184</sup>

Rodriguez Neto<sup>185</sup> explica que, durante a Constituinte, a inclusão da saúde como componente da seguridade social não obteve uma adesão unânime e imediata perante a Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente. A proposta do financiamento foi decisiva para a aprovação do anteprojeto, na Comissão da Ordem Social, tendo em vista que significaria um aumento dos recursos orçamentários para a seguridade social como um todo e, conseqüentemente, para a saúde. Nos debates, representantes do Movimento Sanitarista advertiam que uma interpretação que entendesse pela subordinação da área da saúde à seguridade social, ou à previdência, poderia comprometer um aspecto considerado estratégico: o comando único e autônomo do SUS. Para evitar isso, foi sugerida a previsão expressa de que o orçamento da seguridade social seria elaborado de forma integrada pela saúde, assistência e previdência, sendo assegurada, a cada área, a gestão própria dos seus recursos.<sup>186</sup>

A estrutura do financiamento da saúde, integrada à seguridade social, não foi propriamente uma inovação da Constituição de 1988. Antes, o financiamento da saúde fazia parte do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), suportado pelo Fundo de Previdência e Assistência Social (FPAS), que era formado por contribuições de empregados e empregadores, recursos da União e outras receitas. Com a nova constituição, os recursos nas áreas da seguridade social foram ampliados, em decorrência da inclusão de novos direitos

<sup>182</sup> Cf. MENDES, Áquilas; FUNCIA, Francisco Rózsa. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016. p. 151.

<sup>183</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **O financiamento da saúde**. Volume 2. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/conass11>. Acesso em: 04 maio 2023. p. 97.

<sup>184</sup> SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luna Cavaleiro de Macedo. Comentários ao artigo 198. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1941.

<sup>185</sup> RODRIGUEZ NETO, 2019, p. 106-122.

<sup>186</sup> A ideia integrou o texto constitucional no artigo 195, segundo parágrafo.

nessas áreas.<sup>187</sup> Além da manutenção das fontes já utilizadas pelo SINPAS, foi criado o CSLL e foi incorporada a receita do Finsocial (atual COFINS), ambos para uso único da seguridade.<sup>188</sup>

Em que pese soar óbvio que “transformar saúde em direito universal requer um dispêndio orçamentário expressivo”,<sup>189</sup> a saúde pública no Brasil enfrenta problemas de insuficiência de recursos e irregularidade nos fluxos financeiros desde antes da criação do SUS.<sup>190</sup> A partir de 1988, através do artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT),<sup>191</sup> foi estabelecida a destinação mínima de 30% (trinta por cento) do Orçamento da Seguridade Social para a área da saúde, excluídos os recursos do seguro-desemprego, até que fosse aprovada a primeira Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Estes percentuais nem sempre foram cumpridos<sup>192</sup> e, embora a CRFB/1988 determinasse a participação dos entes federativos no financiamento da seguridade social (artigo 195), a redação original não definia como esta participação ocorreria na prática.<sup>193</sup>

Este foi o contexto de aprovação da EC n. 29/2000, após o êxito da proposta parlamentar para vincular recursos nas três esferas de governo, devendo cada ente aplicar anualmente percentuais mínimos nas ações e serviços públicos de saúde.<sup>194</sup> A emenda renumera o parágrafo único do artigo 198 e acrescenta outros dois parágrafos, além de adicionar um artigo à ADCT, o qual estabelece os percentuais a serem observados pelos entes até o exercício financeiro de 2004. A partir daí, novos percentuais seriam apontados por lei complementar ou, na ausência dessa, permaneceria o regramento da emenda.<sup>195</sup>

Em 2012, foi editada a Lei Complementar n. 121, que instituiu: para a União, o montante empenhado no exercício anterior, acrescido do percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB); e, para os estados e os municípios, respectivamente, 12% e 15% das suas receitas. A lei complementar também definiu as despesas que poderiam ser consideradas ações e serviços públicos de saúde, medida que sugere a finalidade de evitar o

---

<sup>187</sup> A título de exemplo, a Constituição de 1988 criou o direito à aposentadoria rural, no campo da Previdência Social, e o Benefício da Prestação Continuada (BPC), no da Assistência Social. (BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. *In*: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016. p. 114).

<sup>188</sup> Cf. MENDES; FUNCIA, 2016, p. 142-143.

<sup>189</sup> DALLARI, 2009, p. 15.

<sup>190</sup> SERVO; PIOLA; PAIVA; RIBEIRO, 2011, p. 85.

<sup>191</sup> BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/adct88>. Acesso em: 26 abr. 2023.

<sup>192</sup> Cf. BARROS; PIOLA, 2016.

<sup>193</sup> Cf. MENDES; FUNCIA, 2016, p. 144.

<sup>194</sup> BARROS; PIOLA, 2016.

<sup>195</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm). Acesso em: 03 maio 2023.

desvirtuamento da norma constitucional pela gestão pública.<sup>196</sup> Em seguida, a EC n. 86/2015 promoveu a alteração dos percentuais mínimos a serem repassados pela União, prevendo um aumento gradual a cada exercício financeiro, até que fosse atingido o montante de 15% da receita. Pouco tempo depois, a progressão prevista restou sustada pela EC n. 95/2016, que revogou o artigo 2º da EC n. 86/2015.

Conforme mencionado antes, as receitas do Orçamento da Seguridade Social são integralmente arrecadadas pela União, de modo que a transferência de recursos federais para os estados e municípios desempenha papel relevante no financiamento do SUS, especialmente diante das diretrizes principiológicas da descentralização, municipalização e equidade regional. Os mecanismos e os critérios para as transferências intergovernamentais foram tratados pelas Leis n. 8.080/1990 e n. 8.142/1990, tendo a última viabilizado a regularidade e a automaticidade dos repasses.<sup>197</sup> A partir de 1993,<sup>198</sup> foi criada a modalidade de transferência fundo a fundo, isto é: do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais e Municipais.

Desde 2006,<sup>199</sup> as transferências passaram a obedecer a blocos de financiamento, os quais dividem as ações e serviços de saúde em: atenção básica; atenção de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar; vigilância em saúde; assistência farmacêutica; gestão do SUS e investimentos na rede de serviços de saúde. Os blocos de financiamento são formados, ainda, por componentes. Nessa estrutura, os recursos federais são transferidos aos estados e municípios seguindo o modelo fundo a fundo, em contas destinadas a cada bloco de financiamento, observando seus respectivos atos normativos. No caso do bloco da assistência farmacêutica, há contas específicas para cada componente do bloco. Anualmente os estados, municípios e o Distrito Federal devem comprovar a aplicação dos recursos, por meio de Relatórios de Gestão aprovados por seus Conselhos de Saúde.<sup>200</sup>

A previsão orçamentária relativa à saúde pública obedece, ainda, ao artigo 165 da CRFB, que estabelece os Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei

---

<sup>196</sup> Mendes e Funcia apontam que há registros do uso indevido dos percentuais mínimos pela União e por alguns estados antes da edição da lei, mediante a inclusão de gastos alheios, tais como o pagamento de aposentadoria de ex-funcionários do Ministério da Saúde, empresas de saneamento, habitação urbana, recursos hídricos, merenda escolar e alimentação de presos. (MENDES; FUNCIA, 2016, p. 149).

<sup>197</sup> Cf. BRASIL, 2011.

<sup>198</sup> Inicialmente com a Portaria n. 545/1993 (que aprova a Norma Operacional Básica n. 01 de 1993) e depois com o Decreto n. 1.232/1994.

<sup>199</sup> Os blocos de financiamento tiveram como pano de fundo o Pacto pela Saúde, instituído pela Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, do Ministério da Saúde, e foram regulamentados pela Portaria n. 204, de 29 de janeiro de 2007. (Cf. SANTOS, René José Moreira dos; LUIZ, Viviane Rocha de. Transferências federais no financiamento da descentralização. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016).

<sup>200</sup> BRASIL, 2011, p. 106.

Orçamentária Anual (LDA). Como explica Guedes,<sup>201</sup> o PPA possui vigência de quatro anos e estabelece diretrizes e metas a serem alcançadas pelos governos das três esferas federativas naquele período, levando em consideração dados macroeconômicos, a exemplo do Produto Interno Bruto e oscilações na arrecadação estatal, que são projetados para o interstício de vigência do Plano. A LDO possui caráter anual e estipula as despesas para o ano subsequente à sua elaboração, dispondo sobre a legislação tributária. Sendo norteadada pela PPA, a LDO define as políticas públicas prioritárias, como saúde, transporte e meio ambiente, estabelecendo as chamadas metas fiscais. Já a LOA, seguindo as orientações estabelecidas pela LDO, detalha a dotação orçamentária.

Em razão da disciplina básica do orçamento público brasileiro estar estabelecido na Constituição de 1988, seria possível falar em uma Constituição Orçamentária. Nesse sentido, Torres esclarece que a Constituição Orçamentária constitui o Estado Orçamentário, o qual surge com o estado moderno e figura “a particular dimensão do Estado de Direito apoiado nas receitas, especialmente a tributária, como instrumento de realização das despesas”.<sup>202</sup> A origem da preocupação política com as finanças públicas remontaria à Magna Carta de 1215,<sup>203</sup> tendo sido sua feição moderna alcançada com as revoluções liberais do século XVIII, a partir das quais o orçamento assumiria as funções de mecanismo de gestão e controle democrático das receitas e despesas públicas.<sup>204</sup>

Mileski<sup>205</sup> aponta que, no decorrer do tempo, o orçamento público deixa de ser um instrumento de controle parlamentar sobre receitas e despesas governamentais, para se tornar uma expressão, em termos financeiros, do planejamento de programas, projetos e atividades a serem desenvolvidas num determinado período. Nesse contexto, a lei orçamentária passaria a ter a função de “servir de planejamento para a execução de ações estatais e de veículo da vontade democrática no que tange às escolhas alocativas”,<sup>206</sup> numa perspectiva sobre o

<sup>201</sup> GUEDES, Odilon. **Orçamento Público e Cidadania**. São Paulo: Livraria Física, 2013.

<sup>202</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 171.

<sup>203</sup> O artigo 12 teria previsto pela primeira vez a exigência de que a tributação fosse aprovada por representantes do povo: “Não lançaremos taxas ou tributos, sem o consentimento do conselho geral do reino (**commune concilium regni**), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mais uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres” (CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, v. 23, n. 91, jul./set. 1986. Disponível em: <https://tinyurl.com/cardoso1986>. Acesso em: 26 ago. 2023. p. 140).

<sup>204</sup> Cf. FONTE, Felipe de Melo. **A intervenção judicial no âmbito das políticas públicas orientadas à concretização dos direitos fundamentais**. 2009. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

<sup>205</sup> MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 58.

<sup>206</sup> FONTE, 2009, p. 62.

orçamento público que se consolidaria entre as terceira e quinta décadas do século XX. Assim, pautado no planejamento, o orçamento público fixaria a receita tributária e patrimonial, redistribuiria rendas e entregaria prestações de educação, saúde, seguridade e transportes, além de promover o desenvolvimento e equilíbrio econômico no país.<sup>207</sup>

O artigo 200 da CRFB/1988 estabelece as atribuições do sistema de saúde, as quais são detalhadas na Lei n. 8.080/1990 e estão relacionadas às vigilâncias sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador, saneamento básico, aperfeiçoamento da atuação do SUS e proteção ao meio ambiente.

O inciso II, do artigo 200, expressa as atribuições de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e saúde do trabalhador.<sup>208</sup> De acordo com a Lei n. 8.080/1990 (art. 6º, § 1º), a vigilância sanitária pode ser entendida como um conjunto de ações que visa eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde decorrentes do meio ambiente, da produção e da circulação de bens e serviços de interesse sanitário. As atividades correlatas à vigilância sanitária estão, ainda, nos incisos I, VI, VII e VIII do artigo 200 da CRFB. Com base no conceito adotado pela lei, Costa e Rozenfeld<sup>209</sup> explicam que os processos atinentes ao consumo, na sociedade moderna, geram riscos e danos à saúde coletiva e individual, cabendo ao Estado a intervenção e regulação da produção econômica e do mercado, em prol da saúde humana.<sup>210</sup>

A Lei n. 8.080/1990 também define a saúde do trabalhador e a vigilância epidemiológica. A primeira seria constituída por atividades ligadas a promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores, tendo em vista os riscos e agravos advindos das condições de labor (art. 6º, § 3º). A vigilância epidemiológica seria um conjunto de atividades que proporcionam conhecer, detectar ou prevenir mudanças nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual e coletiva (art. 6º, § 2º), permitindo a obtenção de informações que irão desencadear medidas de controle de doenças e agravos à saúde.<sup>211</sup>

---

<sup>207</sup> TORRES, 2011, p. 172.

<sup>208</sup> A vigilância sanitária, a vigilância epidemiológica e a saúde do trabalhador englobam a vigilância em saúde, nos termos da Portaria n. 1.378, de 9 de julho de 2013, do Ministério da Saúde.

<sup>209</sup> COSTA, Ediná Alves; ROZENFELD, Suely. Constituição da vigilância sanitária no Brasil. *In*: ROZENFELD, Suely (Org.). **Fundamentos da vigilância sanitária**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p.15.

<sup>210</sup> Ações emblemáticas para a criação das práticas de vigilância sanitária se desenvolveram no Brasil desde o final do século XIX, quando ocorrem as primeiras medidas de saúde pública no país, mencionadas no tópico anterior. O termo vigilância sanitária, contudo, não era cunhado desde o início das práticas (GUIMARÃES, Raphael Mendonça; MEIRA, Karina Cardoso; PAZ, Elisabete Pimenta Araújo; DUTRA, Viviane Gomes Parreira; CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. Os desafios para a formulação, implantação e implementação da Política Nacional de Vigilância em Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 1407-1416, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017225.33202016>. Acesso em: 15 maio 2023).

<sup>211</sup> BRASIL, 1990, p. 9.

Waldman<sup>212</sup> explica que, a partir da década de 1950, o termo vigilância epidemiológica adquiriu este sentido, de acompanhamento de eventos adversos à saúde comunitária, com o propósito de aprimorar as bases técnicas do controle.

O saneamento básico aparece no inciso IV, do artigo 200, que reporta a medidas de modificação das condições ambientais, a fim de prevenir doenças e promover saúde. São ações que estão presentes na humanidade desde os seus primórdios, a exemplo das antigas construções de aquedutos, poços, coletores de dejetos e sistemas de irrigação.<sup>213</sup> Os incisos III e V trazem ações para o aprimoramento do SUS, por meio do desenvolvimento científico e tecnológico, abarcando a formação dos seus profissionais. E, no inciso VIII, o texto ressalta a relação estreita entre saúde e proteção do meio ambiente, que deve ser compreendido em sentido amplo, englobando ambientes natural e urbano.<sup>214</sup>

O direito à saúde é apresentado no texto constitucional brasileiro como um direito de todos e um dever do Estado. Esse preceito constitucional encontra no SUS um instrumento de realização prática, norteado por princípios e diretrizes que revelam o desígnio do Movimento Sanitarista em superar um modelo sanitário restrito e excludente. Nesse sentido, buscou-se até aqui a compreensão de como a saúde passa a ser entendida como um direito humano e, no contexto nacional, enquanto um direito fundamental e social. A seguir, será discutida a exigibilidade do direito à saúde que, atualmente, tem embasado a propositura de ações judiciais e o deferimento de condenações face ao Estado brasileiro.

---

<sup>212</sup> WALDMAN, Eliseu Alves. **Vigilância epidemiológica**: como prática de saúde pública. 1991. 228 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991. Disponível em: <https://tinyurl.com/teseWaldman>. Acesso em: 07 maio 2023.

<sup>213</sup> MENEZES, Luiz Carlos C. Saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. Considerações. **DAE**, São Paulo, v. 44, n. 136, p. 14-21, mar. 1984. Disponível em: <https://tinyurl.com/daemenezes>. Acesso em: 06 maio 2023. p. 16.

<sup>214</sup> SARLET, 2013, p. 1945.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Após o resgate do reconhecimento jurídico da saúde no plano internacional, bem como do significado histórico do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde, a discussão proposta volta-se à judicialização da saúde no Brasil.

Essa questão perpassa pelos debates acerca da exigibilidade do direito à saúde, de caráter humano, fundamental e social, e, por isso, inicialmente considerado como uma norma de cunho programático, sem a mesma eficácia e exigibilidade que gozariam os direitos de liberdade. Essas considerações, contudo, foram se modificando, em especial após o final da Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, viria assinalar o respeito à dignidade da pessoa humana, a força normativa das normas constitucionais, a interdependência dos direitos humanos, culminando na ascensão do fenômeno da judicialização da política, em diversos países do mundo, incluindo o Brasil.

Nesta conjuntura, as primeiras ações judiciais com pedidos de tratamento de saúde chegaram nos tribunais brasileiros na década de 1990. Duas décadas depois, já figurava consenso no campo acadêmico e na comunidade jurídica que a judicialização da saúde gerava problemas e, por isso, merecia atenção voltadas à elaboração de propostas resolutivas.

No capítulo que se inicia, foi delineado o contexto de surgimento dos direitos humanos, chegando aos debates sobre a existência gerações de direitos que teriam, entre si, distinções relativas à suas exigibilidades. Em seguida, com a consolidação do entendimento de que os direitos sociais – incluindo o direito à saúde – seriam tão exigíveis quanto os direitos de liberdade, se coloca a ascensão e o desenvolvimento da judicialização da saúde no Brasil.

#### 3.1 EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Consoante destacado alhures, a saúde é reconhecida como um direito humano desde, pelo menos, meados do século XX, sendo mencionada em diversos documentos internacionais. No âmbito nacional, a Constituição de 1988 expressamente confere à saúde o caráter de direito fundamental e social, ao elencá-la no artigo 6º que está situado, por conseguinte, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais.<sup>215</sup> A saúde fora assegurada enquanto direito fundamental social ao lado do salário mínimo, assistência social, previdência social e moradia,

---

<sup>215</sup> Silva agrupa os direitos sociais da Constituição de 1988 em seis classes, sendo que a saúde entraria na classe dos direitos sociais relativos à seguridade, segundo denominação adotada pelo autor (SILVA, 2011, p. 287).

que teriam como finalidade comum “a de assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna”.<sup>216</sup>

Sem embargos, ao direito à saúde ainda seria admitida a condição de direito fundamental implícito, caso não tivesse sido explicitamente posicionado no Título II, por força da cláusula aberta contida no artigo 5º, parágrafo 2º.<sup>217</sup> O Sistema Único de Saúde, por sua vez, em razão de ter sido estabelecido e regulamentado pela Constituição, assumiu a condição de autêntica garantia institucional fundamental<sup>218</sup> perante a ordem constitucional brasileira. Gozando o SUS, assim, da proteção outorgada às demais normas fundamentais, contra as medidas que tendessem à sua abolição ou esvaziamento, incluindo os princípios nos quais o sistema de saúde se alicerça.<sup>219</sup>

Ao tratar do aspecto terminológico do direito fundamental à saúde, Villas-Bôas<sup>220</sup> anota que o termo direito fundamental é frequentemente associado a outros, como direitos naturais e direitos humanos. Ao longo da história, as três expressões teriam sido utilizadas, de forma sucessiva ou concomitante, para denotar um rol de direitos relacionados à valorização e ao respeito ao ser humano, o que sugeriria a inexistência de uma distinção intransponível entre elas à nível ontológico. Apesar do uso sinônimo das expressões, Canotilho<sup>221</sup> assevera que os direitos fundamentais são direitos do homem que foram garantidos no âmbito de determinada ordem jurídica. Com efeito, os direitos do homem seriam válidos para todos os povos, em todos os tempos; enquanto os direitos fundamentais teriam sua validade limitada ao espaço e tempo correspondente à ordem jurídica concreta na qual foram inseridos. Silva,<sup>222</sup> por seu turno, aponta que direitos humanos figura a expressão preferida dos documentos internacionais.

Antes da positivação dos direitos humanos, esses direitos surgiram enquanto teorias filosóficas, no bojo do jusnaturalismo moderno. Essas teorias, posteriormente, sustentaram a

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 309.

<sup>217</sup> Ao tratar do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, Galdino aponta que as “garantias implícitas [...] são reconhecidas pacificamente pela doutrina especializada” (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18).

<sup>218</sup> Acerca das garantias institucionais, Bonavides explica que o advento dos “direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição [...]. Descobria-se, assim, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. [...] Graças às garantias institucionais, determinadas instituições recebem uma proteção especial, conforme disse Carl Schmitt, para resguardá-las da intervenção alteradora da parte do legislador ordinário.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 565-566).

<sup>219</sup> Cf. SARLET, 2013.

<sup>220</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 24.

<sup>221</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>222</sup> SILVA, 2011, p. 175.

precedência de direitos inerentes à natureza humana, anteriores à criação do Estado e à atribuição de poderes aos governantes. Destarte, a tese da existência de direitos naturais carregaria uma força persuasiva de irrefutabilidade, invertendo a lógica de uma concessão estatal para um mero reconhecimento desses direitos.

Nesse sentido, Michel Villey<sup>223</sup> considera que a teoria dos direitos humanos figura produto da filosofia moderna,<sup>224</sup> surgindo no século XVII a partir de escritores ingleses, dos quais destaca Thomas Hobbes e John Locke. Enquanto a teologia medieval remontava a Deus e a Santa Escritura, a Escola Moderna de Direito Natural<sup>225</sup> iria edificar o direito sobre outro fundamento: a natureza do homem. Assim, Hobbes parte do homem, isoladamente considerado e concebido no estado de natureza, para afirmar que os indivíduos seriam naturalmente iguais e livres. O direito à liberdade é enunciado como o próprio direito da natureza (*jus naturale*), entendido pelo filósofo inglês como “a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, [...] e consequentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim”.<sup>226;227</sup> Mais tarde, Locke também parte da premissa de um estado de natureza, agora para inferir – além da liberdade e igualdade entre os homens<sup>228</sup> –

<sup>223</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>224</sup> A respeito da filosofia moderna, que teria surgido no século XVI, Villey esclarece que: “Desde o final da Idade Média, com o progresso da burguesia, a cultura emigrara do mundo clerical universitário para os laicos. Assim renasce uma *filosofia*, no sentido pleno do termo, entendendo livre do controle das faculdades de Teologia. Isso não impede que essa filosofia – denominada ‘moderna’ na medida em que se opõe à filosofia pagã clássica da Antiguidade – seja filha, herdeira e continuadora da teologia cristã. [...] Os direitos humanos têm como primeira fonte uma teologia cristã. Mas uma teologia *desviada*” (VILLEY, 2007, p. 137).

<sup>225</sup> O jusnaturalismo moderno teria se desenvolvido na Europa durante os séculos XVI e XVII, tendo como fundador Hugo Grócio (1583-1645), cuja obra fora influenciada pela Segunda Escolástica. “O novo sistema de direito natural seria verdadeiramente construído pelos autores que desenvolveram os postulados ínsitos na obra de Grócio, ou, quando menos, dela decorrentes. Destaca-se, a este propósito, Hobbes (1588/1679) e Locke (1632/1704), na Inglaterra, Pufendorf (1632/1691), Thomasius (1655/1728) e Wolff (1679/1754), na Alemanha [...]. Com os aludidos autores, embora oferecendo contributos diferenciados, a compreensão do direito natural desvincula-se de pressupostos metafísicos-religiosos. Chega-se ao direito natural racionalista, isto é, produto ou exigência, em última análise, da razão humana” (COSTA, Mario Júnio de Almeida. **História do direito português**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 389). Bobbio considera John Locke o pai do jusnaturalismo moderno (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18).

<sup>226</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

<sup>227</sup> A liberdade hobbesiana, sendo ilimitada, seria impraticável, pois produziria a guerra de todos contra todos. Nesse contexto, a razão ditaria ao homem a busca pela paz, que encontraria seu meio mais apto no contrato: o comum acordo de sacrifício das liberdades individuais ao poder de um soberano pacificador. Para Villey, o estado de natureza pensado por Hobbes teria como consequência a justificação do absolutismo, e não dos direitos subjetivos do homem, oponíveis ao Estado (VILLEY, 2007).

<sup>228</sup> “a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade,

outros direitos, quais sejam: o direito à propriedade,<sup>229</sup> a liberdade de consciência, a liberdade de opinião e o direito à resistência dos súditos à tirania.

Bobbio<sup>230</sup> assinala que para a afirmação dos direitos humanos fora necessária uma inversão de perspectiva, partindo do modelo aristotélico<sup>231</sup> para a visão individualista. Na primeira, o homem seria percebido como um animal político, originalmente membro de um grupo social natural, no qual nasceria e aperfeiçoaria sua própria natureza. Já na segunda visão, o entendimento da sociedade partiria do indivíduo singular, que teria valor em si mesmo; enquanto o Estado viria depois, feito pelo indivíduo, e não o contrário. Somente com o abandono da perspectiva anterior, teria sido possível ao jusnaturalismo moderno pensar o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e político, em liberdade e igualdade perfeitas, ainda que hipotéticas. Isto porque o estado de natureza seria uma ficção, e intencionalmente não consideraria a origem histórica das sociedades humanas – e dos próprios direitos humanos.

A ideia da existência de direitos naturais inerentes ao homem desempenhou um papel importante para a fundamentação teórica dos direitos humanos. Contudo, consoante Silva aponta, “Não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas”.<sup>232</sup> O constitucionalista brasileiro entende que os direitos humanos são direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais. Dessa forma, conclui que a historicidade afasta a tese

---

onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 83).

<sup>229</sup> Villey explica que, ao inferir o direito à propriedade, Locke irá considerar a existência de uma lei comum de respeito mútuo às propriedades, acima da razão de cada indivíduo. Isso permitiria a paz e tornaria desnecessária a abdicação de direitos, presente na teoria de Hobbes. Enquanto a liberdade ilimitada, pensada por Hobbes, seria impraticável, o direito à propriedade, de Locke, seria limitado e utilizável, portanto, oponível ao Estado (Cf. VILLEY, 2007).

<sup>230</sup> BOBBIO, 2004.

<sup>231</sup> “a hipótese do homem como animal político, que remonta a Aristóteles, permitira justificar durante séculos o Estado paternalista [...] no qual o indivíduo não possui por natureza nenhum dos direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 36). Na obra citada, Bobbio sugere entender o *zoon politikon* aristotélico enquanto ideia de que pertenceria à natureza humana a vida social. Nesse sentido, Aristóteles afirmaria que “o homem é um ser político e está em sua natureza viver em sociedade” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Abril S.A., 1984. p. 210). Hannah Arendt, entretanto, aponta que essa compreensão da tese aristotélica partiria de um equívoco de tradução, explicando: “Não que Aristóteles ou Platão ignorassem ou não desse importância ao fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos homens; simplesmente não incluíam tal condição entre as características especificamente humanas. Pelo contrário, ela era algo que a vida humana tinha em comum com a vida animal – razão suficiente para que não pudesse ser fundamentalmente humana. A companhia natural, meramente social, da espécie humana era vista como limitação imposta pelas necessidades da vida biológica, necessidades estas que são as mesmas para o animal humano e para outras formas de vida animal” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 33).

<sup>232</sup> SILVA, 2011, p. 176.

da existência de direitos inerentes ao homem, bem como a de que os direitos nasceriam por pura vontade do Estado.

Sem embargos da já assinalada importância das construções teóricas relativas aos direitos naturais, a positivação dos direitos humanos também se deve às pressões e reivindicações populares. Nesse sentido, Ignacy Sachs ressalta que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, sendo “conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”.<sup>233</sup>

A contínua ampliação da lista de direitos humanos, por seu turno, também sublinha o caráter histórico desses direitos. Os direitos humanos não consistiriam em um dado natural, postos de uma só vez e em conjunto. Ao revés, tais direitos nasceriam gradualmente, em decorrência das exigências daquilo que se considera, em cada condição histórica, necessário à vida e à sobrevivência humana. Daí que, num primeiro momento, foram afirmados os direitos de liberdade, que tendiam à limitação do poder do estado em relação ao indivíduo. Em seguida, os direitos políticos foram concebidos, tendo como consequência a ampliação e generalização da participação social no poder político. A proclamação dos direitos sociais, afinal, expressaria o amadurecimento de novas exigências, como o bem-estar e a igualdade, não apenas formal. Nesse âmbito, a tese dos direitos naturais e inerentes se ajustaria melhor enquanto justificativa dos direitos de liberdade e políticos, ao passo que os direitos sociais evidenciariam mais a conexão entre transformações sociais e nascimento de direitos. Isso porque as exigências humanas seriam tão mais numerosas quanto mais rápida e profunda fosse a transformação de determinada sociedade.<sup>234</sup>

A partir desta perspectiva, de um surgimento gradual dos direitos humanos, eles poderiam ser colocados em determinadas categorias de classificação, que correspondem ao que os juristas comumente designam como gerações ou dimensões de direitos.<sup>235</sup> Esta sucessão de direitos reflete um processo cumulativo e qualitativo, tendo “por bússola uma nova universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica

---

<sup>233</sup> SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no século XII**. Rio de Janeiro: IPRI, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/sachs-ignacy>. Acesso em: 06 jul 2023. p. 156.

<sup>234</sup> BOBBIO, 2004.

<sup>235</sup> A respeito da utilização dessas nomenclaturas, alguns autores têm preferido a utilização do termo dimensões, posto que gerações poderia suscitar o equívoco de que os direitos vão sendo sucedidos e substituídos pelos direitos da geração seguinte, quando, no entanto, a ideia seria de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos (PIOVESAN, 2013; SARLET, 2012). No presente trabalho, em razão dos autores tomados como referências utilizarem os dois termos, esses serão empregados como sinônimos.

daqueles direitos, contidos no jusnaturalismo do século XVIII”.<sup>236</sup> Com efeito, na primeira geração estariam os direitos políticos e cívicos; na segunda, direitos sociais, econômicos e culturais; e, numa terceira, direitos coletivos, tais como o direito à infância, ao meio ambiente, à cidade e ao desenvolvimento dos povos.<sup>237</sup>

As primeiras três gerações de direitos também são apontadas sob os motes, respectivamente, da liberdade, da igualdade e da fraternidade,<sup>238</sup> tendo como inspiração o lema da Revolução Francesa (1789), conforme assinalado por Karel Vasak, durante a aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo, em 1979.<sup>239</sup>

Galdino<sup>240</sup> menciona que a origem da construção geracional dos direitos fundamentais seria atribuída ao sociólogo britânico Thomas H. Marshall. Na obra *Sociology at crossroads and other essays*, de 1963, Marshall teria estabelecido sucessivas fases do surgimento dos direitos, a fim de estudar o desenvolvimento histórico da cidadania na Inglaterra, preponderando nesses direitos três elementos: civil, político e social.<sup>241</sup> Para além das três primeiras gerações, há autores que defendem a existência das quarta, quinta e sexta.<sup>242</sup> Inobstante, para o presente trabalho as duas primeiras dimensões de direitos fundamentais atraem maior atenção, em especial no que tange às distinções assinaladas entre ambas, que impactam em considerações sobre a aplicação, exigibilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais.<sup>243</sup>

<sup>236</sup> BONAVIDES, 2004, p. 563.

<sup>237</sup> SACHS, 1998, p. 156.

<sup>238</sup> No entanto, para Mbaya, o princípio que caracteriza a terceira geração seria o da solidariedade, invés da fraternidade (Cf. MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 17-41, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/mbaya1997>. Acesso em: 11 jul. 2023).

<sup>239</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>240</sup> GALDINO, 2005, p. 166.

<sup>241</sup> “Marshall, sugeriu [...] que ela, a cidadania, se desenvolveu na Inglaterra com muita lentidão. Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata de sequência apenas cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais” (CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 10-11).

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 498-516, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/sarlet2016>. Acesso em: 07 jul. 2023.

<sup>243</sup> Após pontuar que a formulação geracional dos direitos apresenta alguma utilidade para a compreensão dos fenômenos em questão, Galdino defende que as gerações suscitariam atenção crítica, considerando que: “(i) elas encontram-se comprometidas pelo excesso de preciosismo dos autores, e que (ii) a sua importação a-crítica tem revelado equívoco na análise da situação brasileira” (GALDINO, 2005, p. 165), sendo recomendada a consulta à obra original para aprofundamento sobre a crítica do autor citado.

As teorias filosóficas do jusnaturalismo moderno serviram de ponto de partida para que, no final do século XVIII, os direitos de primeira geração fossem inseridos nas primeiras declarações de direitos humanos: as *Bill of Rights* das colônias americanas, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789.<sup>244</sup> Na última, o segundo artigo elencou a liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão como direitos naturais e imprescritíveis do homem.<sup>245</sup> Ao considerar que os direitos humanos se reduziram a tais direitos, estas declarações consolidaram uma ótica contratualista liberal, no contexto do nascimento do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo do Estado liberal, sob a influência das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau.<sup>246;247</sup> Essa conjuntura também foi marcada pela ascensão do juspositivismo<sup>248</sup> e das codificações,<sup>249</sup> tendo as declarações de direitos humanos nascido em paralelo aos códigos, como uma outra espécie de literatura jurídica.<sup>250</sup>

Os direitos de primeira geração foram os primeiros a constarem em documentos constitucionais, em grande parte no âmbito da fase inaugural do constitucionalismo ocidental, sendo impressos nas constituições modernas do século XVIII. Bonavides anota que esses direitos “se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, [...] permitindo visualizar a cada passo uma trajetória

<sup>244</sup> BOBBIO, 2004.

<sup>245</sup> DÉCLARATION DES DROITS DE L’HOMME ET DU CITOYEN. **Ambassade de France au Brésil**, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/france1789>. Acesso em: 27 jun. 2023.

<sup>246</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>247</sup> Em sentido próximo, Miranda aponta que o conceito de direitos fundamentais havia surge indissociável da ideia de Direito liberal, carregando uma postura individualista abstrata e o primado da liberdade, da segurança, da propriedade e da resistência à opressão (MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/miranda2010>. Acesso em 12 jul. 2023. p. 25).

<sup>248</sup> Bobbio considera que o positivismo jurídico foi a mais radical expressão da negação do direito natural, sendo a doutrina dominante entre os juristas desde a primeira metade do século XIX, até o fim da Segunda Guerra Mundial (BOBBIO, 2004, p. 55). Costa adverte que precisar o alcance da expressão positivismo jurídico ou juspositivismo levanta dificuldades decorrentes das várias significações históricas que lhe foram conferidas. Inobstante, o jurista português considera que os dogmas do juspositivismo se apresentariam de forma bastante precisa, sendo eles: “o direito identifica-se com a lei; esta materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista; a ordem jurídica constitui um todo acabado; a sua plenitude atinge o momento definitivo num conjunto de Códigos modernos, sistemáticos, completos – a razão escrita encontrada pelo poder legislativo onnipotente” (COSTA, 2009, p. 434-435).

<sup>249</sup> Entre os séculos XIX e XX diversos Estados europeus, de tradição romano-germânica, publicam seus códigos e suas constituições escritas, num movimento que ficou conhecido como codificações. As bases para este fenômeno teriam sido lançadas pela Escola do Direito Natural, com a exaltação da razão e a busca por regras de justiça universais e imutáveis (Cf. DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014). Com efeito, “Em determinados países as codificações surgiram com o patrocínio do Despotismo Esclarecido, ao passo que noutros foram uma consequência da difusão das ideias da Revolução Francesa, no quadro das quais o princípio da divisão de poderes tinha enorme relevo. Este postulado conduzia a que todo o direito se apresentasse como uma exclusiva criação do poder legislativo” (COSTA, 2009, p. 463).

<sup>250</sup> VILLEY, 2007.

que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas”.<sup>251</sup> No Brasil, é esta a espécie de direitos fundamentais que compõe os catálogos das Constituições de 1824 e 1891, consoante mencionado no primeiro capítulo deste trabalho.

A titularidade dos direitos de primeira geração pertence aos indivíduos, em oposição ao Estado, protegendo as liberdades do primeiro e refletindo desconfiança em relação ao exercício do poder, pelo segundo.<sup>252</sup> Esta desconfiança coaduna com o momento histórico inicial de positivação dos direitos de liberdade. Isto porque o Estado liberal se colocava como oposição ao absolutismo, buscando evitar os excessos, abusos e arbitrariedades do poder. Assim, são direitos que traduzem a tentativa de impor limites à atuação estatal, que passaria a ser pautada pela legalidade e pelo respeito aos direitos individuais.<sup>253</sup> No fluxo da história, os direitos de primeira geração – compreendendo os direitos políticos – são paulatinamente estendidos, chegando ao sufrágio universal, ao passo que também emergem os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>254</sup>

O surgimento dos direitos de segunda geração ocorre no contexto das Revoluções Russa (1917) e Mexicana (1917),<sup>255</sup> bem como do fim da Primeira Guerra Mundial (1918). É proclamada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), na então República Soviética Russa, contendo o discurso social da cidadania, que vinha ganhando força no período, sob influência das ideias de Karl Marx e Lenin.<sup>256</sup> De um ponto de vista histórico mais amplo, destacam-se as reivindicações dos movimentos de operários, que já havia alçado o direito ao trabalho como direito fundamental nos países em que ocorria a Primeira Revolução Industrial (meados do século XVIII).<sup>257</sup>

Análogos aos direitos de primeira geração, os direitos sociais surgem inicialmente como objeto de formulações filosóficas e políticas, sendo posteriormente introduzidos nas constituições dos Estados Sociais do início do século XX, com realce para a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919.<sup>258</sup> Já no Brasil, a chegada dos direitos sociais à ordem constitucional foi marcada pela Constituição de 1934, consoante mencionado

<sup>251</sup> BONAVIDES, 2004, p. 563.

<sup>252</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>253</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>254</sup> MIRANDA, 2010, p. 25.

<sup>255</sup> MBAYA, 1997.

<sup>256</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>257</sup> BOBBIO, 2004, p. 37.

<sup>258</sup> Cf. CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

no primeiro capítulo. No fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos sociais já teriam dominado as constituições ocidentais,<sup>259</sup> como será tratado mais adiante.

Enquanto nos direitos de primeira dimensão há a primazia do valor da liberdade, nos direitos de segunda dimensão haverá o primado do valor da igualdade. A abstenção do Estado, em prol da liberdade individual, converte-se na sua atuação. O Estado passa a ser visto como agente de transformação social.<sup>260</sup> Ao passo que os direitos de índole liberal poderiam se resumir na liberdade, os direitos sociais convergiriam no direito geral de igualdade, condensado na igualdade material. Nessa mudança de perspectiva, o papel da Constituição deixa de ser a mera confirmação e respeito à liberdade abstrata e inata ao sujeito. O objetivo passa a ser tornar a liberdade igual para todos, a ser construída pela correção das desigualdades. O conteúdo do direito à igualdade consistiria, portanto, num comportamento positivo, num *facere* ou *dare*, mediante prestações.<sup>261</sup> Nesse sentido, Faria expressa que “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.<sup>262</sup>

Assim, estaria demarcada uma diferença entre as direitos de primeira e segunda geração: os primeiros corresponderiam a um não agir do Estado, os segundos reclamariam uma ação positiva.<sup>263</sup> Na síntese de Holmes e Sunstein: “Se os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado”.<sup>264</sup> Isto porque, ao impor uma limitação à atuação estatal, contra arbitrariedades do poder público, os direitos de primeira geração foram identificados com as noções de abstenção, não atuação ou não intervenção estatal à esfera de liberdade do indivíduo.<sup>265</sup>

Seriam “direitos de defesa [...] por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal”.<sup>266</sup> Consoante assinalado por Bonavides, são direitos de resistência ou de

---

<sup>259</sup> BONAVIDES, 2004.

<sup>260</sup> Cf. PIOVESAN, 2013.

<sup>261</sup> MIRANDA, 2010, p. 26.

<sup>262</sup> FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 105.

<sup>263</sup> Bobbio entende, nesse sentido, que “Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (BOBBIO, 2004, p. 9).

<sup>264</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 27.

<sup>265</sup> Cf. PIOVESAN, 2013.

<sup>266</sup> SARLET, 2012, p. 283.

oposição do indivíduo perante o Estado, que entram “na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade”.<sup>267</sup>

Na obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de 1892, Jellinek propõe uma contribuição à literatura do direito constitucional, partindo de uma discussão voltada aos direitos subjetivos públicos do indivíduo.<sup>268</sup> Considera o autor que, diante da liberdade natural, o Estado poderia agir de modo a reconhecer essa liberdade, limitá-la ou acrescentar algo a ela (que o indivíduo não possuía naturalmente). Essas possibilidades representam posições do indivíduo em relação ao Estado, tendo o autor alemão demarcado quatro *status*: *passive Status (status subjectionis)*, *negative Status (status libertatis)*, *positive Status (status civitatis)* e *aktive Status (Status der aktiven Civität)*. A formulação de Jellinek, que consubstancia a Teoria dos *Status*, forneceria um grande fundamento de classificação dos direitos fundamentais,<sup>269</sup> incluindo a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos, em que os primeiros se identificariam com a abstenção estatal e, os segundos, com a atuação estatal.<sup>270</sup>

Em breve síntese, pode-se dizer que Jellinek<sup>271</sup> divide as ações humanas em juridicamente relevantes (*rechtlich-relevante*) e juridicamente indiferentes (*rechtlich-indifferente*). É no âmbito das ações juridicamente relevantes que o Estado impõe limitações ou concede acréscimos à liberdade natural. O *status* passivo estaria representado pela posição de sujeição do indivíduo em relação ao Estado, nas circunstâncias em que a ordem legal toma determinadas ações humanas como obrigatórias ou proibidas. O *status* ativo decorre da concessão estatal de capacidade de agir ao indivíduo, para além daquilo que a natureza lhe atribui. Já as ações juridicamente indiferentes corresponderiam ao *status* negativo, tratando das condutas estritamente individuais, sem interferência na liberdade alheia, cabendo ao Estado reconhecer e proteger a liberdade individual, incluindo a abstenção de criar embaraços ao seu exercício.

O *status* positivo ocorreria sempre que o indivíduo reivindicasse uma conduta estatal, implicando num *dare, facere, prestare*. A possibilidade de o indivíduo realizar estas reivindicações decorreria do reconhecimento estatal da liberdade individual, bem como da

<sup>267</sup> BONAVIDES, 2004, p. 564.

<sup>268</sup> Na expressão do texto original: “subjektiven öffentlichen Rechtes”, que intitula a obra (Cf. JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg im Breisgau: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1892. Disponível em: <https://tinyurl.com/Jellinek1892>. Acesso em: 19 jun. 2023).

<sup>269</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254.

<sup>270</sup> Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo / Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>271</sup> JELLINEK, 1892.

concessão de competências para agir. Com efeito, o *status* positivo se relaciona com situações que envolvem os demais *status*, incluindo o *status* negativo. Nesse último caso, o indivíduo poderia exigir o reconhecimento e a proteção da sua liberdade individual contra coerções ilegais. E, quando isso ocorre, a ação humana, antes considerada juridicamente indiferente, atinge a relevância jurídica.

Alexy critica a teoria de Jellinek nesse ponto, considerando problemática a inclusão do direito ao não embaraço no *status* positivo, posto que isso tornaria equivocado o tratamento dos direitos de defesa no sistema proposto pelo seu compatriota. Além disso, a referida inclusão faria com que “a distinção entre direitos e ações estatais negativas e positivas, tão importante para a dogmática dos direitos fundamentais”<sup>272</sup> deixasse de ter expressão na Teoria dos *Status*, vertendo-a contraditória com a terminologia difundida pela dogmática. É nesse aspecto que a teoria multicitada parece não corresponder com precisão à dicotomia estabelecida entre direitos que suscitariam a abstenção do Estado e aqueles que reclamariam a sua atuação, especialmente quando essa dicotomia sugere, como consequência, a ideia de inexigibilidade dos direitos sociais.<sup>273</sup>

Isto porque, em decorrência do entendimento de que os direitos sociais exigiriam prestações materiais do Estado, tais direitos nem sempre foram considerados “resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.<sup>274</sup> Desta forma, num primeiro momento eles teriam sido reputados como direitos de baixa normatividade, eficácia duvidosa, juridicidade questionável e, afinal, remetidos à esfera programática.<sup>275</sup> Sarlet aponta que é em função do objeto precípua dos direitos fundamentais sociais, bem assim em razão da forma pela “qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do

---

<sup>272</sup> ALEXY, 2008, p. 266.

<sup>273</sup> Apesar do presente trabalho focar na dicotomia entre direitos negativos e positivos enquanto justificativa à inexigibilidade dos direitos sociais, Amaral destaca que a distinção levou a outras conclusões: “Dentro dessa dicotomia, formam-se, grosso modo, três correntes: a dos que nega eficácia aos direitos sociais, já que a carga positiva depende de mediação do legislador a de meios materiais, a dos que vêem os direitos sociais com o mesmo nível que os direitos individuais, muitas vezes decorrendo uns dos outros e uma terceira, que vê os direitos sociais vigendo sob a *reserva do possível*, eis que a realização demanda emprego de meios financeiros” (AMARAL, 2001, p. 61).

<sup>274</sup> BONAVIDES, 2004, p. 564.

<sup>275</sup> Ao tratar do problema da aplicação dos direitos do homem, Bobbio demarca a ideia de uma defasagem, que colocar-se-ia de forma mais contundente em relação aos direitos sociais: “O campo dos direitos do homem [...] aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de programáticas” (BOBBIO, 2004, p. 37).

Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude),<sup>276</sup> que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade”.<sup>277</sup>

Estas controvérsias, por sua vez, encontrariam no âmbito da saúde a maior gama de produção doutrinária e jurisprudencial, com questionamentos acerca da possibilidade do reconhecimento de direitos subjetivos, como a assistência médica e hospitalar, diretamente embasados no texto constitucional. Os debates na área da saúde pública teriam se tornado mais intensos nos últimos anos, em decorrência de “uma verdadeira explosão de demandas judiciais nesta área”,<sup>278</sup> inclusive implicando em que parte significativa dos orçamentos públicos de saúde dos entes federados passasse a ser destinada ao cumprimento de decisões judiciais.

Destaque-se que a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, que desagua nos problemas de justiciabilidade dos direitos fundamentais, ora tratados, referem-se às dimensões defensivas e prestacionais destes direitos. Embora seja comum que os direitos de primeira geração sejam reputados como direitos defensivos (ou negativos) e, os direitos de segunda geração, como direitos prestacionais (ou positivos), a rigor a questão é tangenciada por um predomínio das dimensões defensiva e prestacional. Destarte, direitos sociais prestacionais apresentariam uma dimensão negativa, da mesma forma que os direitos de defesa poderiam reclamar uma conduta positiva do Estado.<sup>279</sup> A saúde, enquanto direito social, figura um exemplo da intersecção entre estas dimensões, por comportar ambas: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.<sup>280</sup>

Lins<sup>281</sup> sintetiza, naquilo que chama de tripé denegatório, os três obstáculos que teriam sido opostos pela doutrina à justiciabilidade<sup>282</sup> dos direitos sociais, os quais consistiriam

<sup>276</sup> O autor assinala a baixa densidade normativa como traço característico comum das normas constitucionais de cunho programático, exatamente em razão destas normas estabelecerem tarefas ao administrador ou imposições dirigidas ao legislador (SARLET, 2012, p. 292).

<sup>277</sup> SARLET, 2012, p. 281.

<sup>278</sup> SARMENTO, 2010, p. 181-182.

<sup>279</sup> Cf. SARLET, 2012, p. 283.

<sup>280</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 342.

<sup>281</sup> LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/lins2009>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 54.

<sup>282</sup> A autora pontua que “A despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que *justiciabilidade* seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade *em juízo*. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade

prioritariamente: na baixa densidade normativa; nas reservas do legislador e do administrador (separação dos poderes) e nas reservas do financeiramente possível (reserva do possível). São obstáculos que se entrelaçam dentro de uma linha de objeções ao reconhecimento da eficácia plena dos direitos sociais, sendo o fundamento determinante a natureza prestacional do seu objeto.<sup>283</sup>

Assim, a forma pela qual os direitos sociais seriam positivados destacaria sua baixa normatividade, o que tornaria necessária uma atuação infraconstitucional para esclarecer o conteúdo destes direitos e, somente assim, viabilizar a sua plena eficácia. Isto porque o caráter vago e aberto das normas que consagram direitos sociais não definiria aquilo que o cidadão poderia, a partir delas, exigir em juízo,<sup>284</sup> sendo imprescindível a mediação legiferante. Outrossim, por serem normas direcionadas à consecução de políticas públicas, estariam reservadas à discricionariedade do Poder Público e, conseqüentemente, a apreciação jurisdicional restaria limitada. Nestes termos, fora sustentado pela doutrina dominante<sup>285</sup> que somente os direitos de liberdade poderiam ser reconhecidos como direitos subjetivos, por decorrência direta da norma constitucional; os direitos sociais, por seu turno, dependeriam da interposição legislativa para gerar qualquer exigibilidade ou justiciabilidade. Dependeriam, por outro lado, da formulação de políticas públicas, subordinadas ao âmbito do poder discricionário do Poder Público e, assim, fora do escopo de legítima atuação do Poder Judicial.

o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.<sup>286</sup>

No caso específico do direito à saúde, sem deixar de reconhecer o caráter programático das normas constitucionais que lhe asseguram,<sup>287</sup> Sarlet pontua que tal direito possui uma

---

de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade” (LINS, 2009, p. 52-53).

<sup>283</sup> Cf. SARLET, 2012, p. 308.

<sup>284</sup> Cf. SARMENTO, 2010, p. 190-191.

<sup>285</sup> Conforme designação de Miranda (MIRANDA, 2010).

<sup>286</sup> SARMENTO, 2010, p. 179.

<sup>287</sup> O autor considera os artigos 6º e 196 a 200 como normas programáticas, afirmando que “a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um direito objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático” (SARLET, 2012, p. 295).

significativa concretização normativa a nível constitucional (nomeadamente nos artigos 196 e seguintes), bem como no plano infraconstitucional, “com destaque para as leis que dispõe sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos”.<sup>288</sup> Em sentido próximo, com base no artigo 64º, da Constituição portuguesa de 1976, Miranda defende que o direito de proteção à saúde faria parte dos direitos sociais determináveis, “em que, através de incumbências do Estado destinadas à sua efetivação, se capta, com relativa nitidez, o conteúdo que a Constituição lhes pretende assinalar”.<sup>289</sup>

O obstáculo atinente às limitações financeiras é aquele de maior interesse para o presente trabalho, por suscitar reflexões acerca dos custos dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à saúde. Ao abordar o referido obstáculo, Lins afirma que parte significativa da doutrina defendeu o condicionamento da eficácia dos direitos sociais à “disponibilidade financeira do Estado para arcar com os custos da realização desses direitos”.<sup>290</sup> Nessa linha, Amaral explica que, dentro de uma argumentação tradicional, fora defendido que apenas a concretização dos direitos sociais representaria custos orçamentários para o Estado, restando, por isso, comprometida a eficácia jurídica destes direitos.

Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria constituição, não do trabalho do legislador inferior. Os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos.<sup>291</sup>

Destarte, fora considerada correta a ideia de que o custo à implementação dos direitos sociais destacaria uma especial relevância econômica destes direitos. Aos direitos de defesa, de modo contrário, fora atribuída a insígnia de neutralidade econômico-financeira.

Nessa senda, foram suscitados questionamentos a respeito da possibilidade dos órgãos jurisdicionais imporem ao Estado decisões que implicam na alocação de recursos públicos.<sup>292</sup> Krell defende que esse gama de questionamentos incorrem numa adaptação da jurisprudência constitucional alemã da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), a qual “entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está

---

<sup>288</sup> SARLET, 2012, p. 327.

<sup>289</sup> MIRANDA, 2010, p. 27.

<sup>290</sup> LINS, 2009, p. 60.

<sup>291</sup> AMARAL, 2001, p. 57.

<sup>292</sup> SARLET, 2012.

sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”,<sup>293</sup> ao passo que a composição do orçamento público estaria no campo das decisões discricionárias do Governo e do Parlamento – fugindo, com efeito, ao escopo jurisdicional. O autor alemão critica a forma como a referida jurisprudência estrangeira fora transportada para o Brasil, advertindo a necessidade de serem consideradas as diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas dos dois países, em especial em razão de se tratar, de um lado, de um país desenvolvido e central e, de outro, de um país periférico.

A despeito da teoria jurídica estrangeira ser considerada inapta às terras brasileiras, Bahia problematiza, questionando se “as lições econômicas sobre a escassez acaso são privilégio de países desenvolvidos”.<sup>294</sup> Em sentido próximo, Carneiro Neto<sup>295</sup> explica que a criação da reserva do possível se deu por influência do princípio da escassez, oriundo da ciência econômica. Assim, o autor aponta que “o princípio da *reserva do possível* está para o Direito assim como o *princípio da escassez* está para a Economia”.<sup>296</sup>

Na seara da saúde, conforme Kilner<sup>297</sup> demarca, calcar-se-ia apenas um mito conceber que, mesmo em países tidos como economicamente prósperos, haveria isenção dos problemas da escassez de recursos para suprir todas as necessidades de atendimento dos seus cidadãos. Consoante será delimitado no terceiro capítulo deste trabalho, a escassez se coloca de maneira especialmente contundente no âmbito da saúde.

Posteriormente, a dicotomia estabelecida entre os direitos prestacionais e defensivos, com fulcro nos custos, teria se demonstrado insuficiente ao tratamento da concretização dos direitos fundamentais.<sup>298</sup> Destarte, Holmes e Sunstein<sup>299</sup> defendem que todos os direitos dependem do dispêndio de recursos financeiros, sejam eles os direitos sociais ou as liberdades individuais. À vista disso, e em oposição à dicotomia tradicional, Lins apresenta alguns exemplos, tomando

<sup>293</sup> KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/krell1999>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 246.

<sup>294</sup> BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região**, Brasília, v. 31, n. 1, p. 146-153, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/33>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 147.

<sup>295</sup> CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. 392 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

<sup>296</sup> CARNEIRO NETO, 2017, p. 183.

<sup>297</sup> KILNER, Jonh. F. **Who Lives? Who Dies?** Ethical Criteria in Patient Selection. New Haven: Yale University Press, 1990. p. 3.

<sup>298</sup> Cf. AMARAL, 2001.

<sup>299</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

por base a Constituição brasileira, de direitos tidos como negativos que geram o dispêndio de recursos financeiros.

imaginem-se os enormes custos requeridos para implementação do sistema eleitoral que assegura o direito ao voto ou mesmo o conteúdo econômico envolvido no asseguramento do direito à prestação (positiva) jurisdicional que viabiliza o direito (negativo) a que ninguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ou melhor, imaginemos tão-somente os custos decorrentes do princípio do duplo grau de jurisdição. O mesmo se dá em relação à garantia (negativa) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e a manutenção (extremamente custosa) das esferas legislativas federal, estadual e municipal que tornam possível o princípio da legalidade. Ou nos custos de registro dos direitos autorais e da propriedade intelectual. Os exemplos são inacabáveis. Basta ler o rol de direitos assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal e imaginar quantos deles subsistiriam sem custos diretos e indiretos relativos à sua observação pelo Estado.<sup>300</sup>

No contexto atual, verifica-se uma forte tendência, à nível doutrinário e jurisprudencial, ao reconhecimento de posições subjetivas decorrentes do direito à saúde, que assinalam a sua condição de direito prestacional com eficácia plena.<sup>301</sup> Com efeito, consoante já mencionado, nos últimos anos ocorreu um crescimento de demandas judiciais na área da saúde, de modo que a discussão teórica a respeito das possibilidades ou não de exigibilidade deste direito cedeu lugar às reflexões sobre a própria judicialização da saúde, enquanto fenômeno posto no plano da realidade brasileira, e os problemas que dela decorrem.

### 3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Ao passo que os séculos XVII a XIX foram marcados pela origem e a ampliação dos direitos fundamentais, o século XX fora marcado pela internacionalização e universalização dos direitos humanos. A elaboração da Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH) assinalou a compreensão da complementariedade e interdependência entre direitos de liberdade e direitos sociais, mitigando as distinções a respeito da exigibilidade destes direitos, comentadas anteriormente. Nesse contexto, ascenderam ideias relativas ao reconhecimento da normatividade jurídica das normas constitucionais, incluindo aquelas de conteúdo principiológico. Estes movimentos despontaram na expansão da atuação dos órgãos jurisdicionais em diversos países, culminando no fenômeno da judicialização da política, no qual se insere a judicialização das políticas públicas de saúde.

<sup>300</sup> LINS, 2009, p. 61.

<sup>301</sup> Cf. SARLET, 2013.

Os processos de internacionalização e universalização dos direitos humanos tiveram como precedentes históricos o Direito Humanitário (ou Direito Internacional da Guerra), a Organização Internacional do Trabalho e a Liga das Nações Unidas. Cada um, ao seu modo, projetara o tema dos direitos humanos na ordem internacional, contribuindo para que o Direito Internacional deixasse de estar restrito à regulação das relações entre os Estados, passando a lidar com interesses transcendentais à soberania estatal, voltados à salvaguarda dos direitos do ser humano. A consolidação desses processos ocorrera em meados do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial.<sup>302</sup> Após as atrocidades e a barbárie do conflito armado, bem como do totalitarismo vivenciado em diversos países, viria a necessidade do reconhecimento da condição de sujeitos de direitos garantidos internacionalmente dos seres humanos, enquanto indivíduos, e não somente enquanto nacionais de um determinado Estado.<sup>303</sup>

O primeiro anúncio desses direitos, reconhecidos ao cidadão do mundo,<sup>304</sup> viria com a DUDH, aprovada em 10 de dezembro 1948, por 48 países. Bobbio assinala esta Declaração como “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”<sup>305</sup> concernentes à conduta humana, cuja aceitação fora expressa pela maioria dos homens da Terra, representados por seus respectivos governantes, conferindo um efetivo caráter universal à Declaração.<sup>306</sup>

A Declaração Universal correspondera a uma interpretação autorizada dos artigos 1 e 55 da Carta das Nações Unidas,<sup>307</sup> nomeadamente das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais. As duas categorias de direitos do homem, quais sejam: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, foram combinados no catálogo de 1948. Com isso, a Declaração representou a quebra da dicotomia entre as duas gerações de direitos,

<sup>302</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>303</sup> BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David; VAZQUEZ, Carlos. **International Human Rights in a Nutshell**. 4<sup>th</sup> edition. Toronto: Thomson Reuters, 2009. p. 25

<sup>304</sup> Bobbio explica que “todos os homens da Terra, tornando-se idealmente sujeitos do direito internacional, adquiriram uma nova cidadania, a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado. Naquele luminoso opúsculo que é A paz perpétua, Kant traça as linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito pública externo, chamando-o de “direito cosmopolita”. É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquele entre os Estados particulares, mas o direito entre os cidadãos dos diversos Estados entre si” (BOBBIO, 2004, p. 55).

<sup>305</sup> BOBBIO, 2004, p. 18.

<sup>306</sup> Villas-Boas recorda que, em que pese a universalidade assinalar a abrangência dos direitos humanos a todos os seres humanos, independente de nacionalidade e cultura, os catálogos de direitos humanos receberam críticas, no sentido de representarem um etnocentrismo e imperialismo cultural. A fim de evitar tais acusações, nas últimas décadas a documentação internacional sobre os direitos humanos viria enfatizando o respeito à pluralidade cultural. A título de exemplo, a autora menciona a Declaração de Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992 (VILLAS-BÓAS, 2009, p. 37).

<sup>307</sup> ONU. Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, EUA. 1945. Disponível em: <https://tinyurl.com/cartaunidas>. Acesso em: 27 jun. 2023.

introduzindo a concepção contemporânea de indivisibilidade, interrelação, interdependência e complementariedade entre os direitos humanos.<sup>308</sup> A partir do reconhecimento dessas características,<sup>309</sup> restara sublinhado que uns direitos dependem da efetivação dos outros,<sup>310</sup> mitigando a ideia de que os direitos sociais têm a sua exigibilidade prejudicada em relação às liberdades individuais.

Nesse sentido, Villas-Bôas elucida que os significados da interdependência e da complementariedade dos direitos fundamentais se encontram, de modo que sinalizam, por um lado, que apesar de cada direito fundamental ser autônomo, existem interseções entre eles; e, por outro, que os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, “visando à finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte, de sorte que a interpretação de um não represente empecilho, mas, pelo contrário, favoreça uma compreensão mais efetivadora dos demais”.<sup>311</sup> Portanto, não mais persistiria a contradição entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, mas sua complementariedade e integração. O exercício dos primeiros figuraria condição ao exercício dos segundos, tendo em vista que “Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna”.<sup>312</sup>

Esta interdependência entre os direitos fundamentais é ressaltada pelo direito à saúde, em razão das diversas interconexões deste direito com a proteção de outros bens fundamentais, tais como a vida, a integridade física e psíquica, a moradia, o trabalho, a privacidade, o meio ambiente saudável, a educação, a alimentação, bem como a proteção do consumidor, da família, das crianças, dos adolescentes e dos idosos.<sup>313</sup> Seria, contudo, em relação à vida e à dignidade da pessoa humana que a vinculação com o direito à saúde se manifestaria de forma mais contundente. Sem embargos dos efeitos que a dignidade humana alcança mesmo após à morte dos indivíduos, Sarlet destaca “que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da

<sup>308</sup> Estas características encontrariam respaldo, inclusive, na Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas e no quinto item da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993 (PIOVESAN, 2013).

<sup>309</sup> Além dessas, “dentre as características atribuídas aos direitos humanos (e reproduzidas nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade), apontam-se: a *universalidade*, a *indisponibilidade* (*abrangendo a irrenunciabilidade*, a *intransmissibilidade* ou *inalienabilidade* e a *impenhorabilidade*), a *extrapatrimonialidade*, a *imprescritibilidade* ou *vitaliciedade*, a *inerência*, a *generalidade*, o *caráter absoluto* (substituído pela *limitabilidade*), a *inviolabilidade*, a *efetividade*, a *concorrência*, a *complementariedade*, a *interdependência*, a *historicidade*, a *não taxatividade*, *vedação ao retrocesso*, entre outras” (VILLAS-BÔAS, 2009, p. 34-35).

<sup>310</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>311</sup> VILLAS-BÔAS, 2009, p. 45.

<sup>312</sup> BOBBIO, 2004, p. 94.

<sup>313</sup> Cf. SARLET, 2013, p. 1931.

pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos”.<sup>314</sup>

Piovesan<sup>315</sup> assinala que, nessa conjuntura, a perspectiva internacional dos direitos humanos se ergue para resguardar o valor da dignidade humana, enquanto o próprio fundamento desses direitos. Acrescenta a autora que, em paralelo ao processo de internacionalização dos direitos humanos, o Direito Constitucional ocidental ganha uma nova feição. Com efeito, os textos constitucionais, europeus e latino-americanos, incorporam princípios jurídicos, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988 marca a redemocratização e a institucionalização dos direitos humanos no país, que são apresentados em um rol inédito em abrangência e pormenorização. Embora outras constituições brasileiras já tivessem elencado direitos fundamentais anteriormente, consoante assinalado no primeiro capítulo deste trabalho, “é somente com a Carta Política de 1988 que a dignidade da pessoa humana é erigida a condição máxima a ser protegida dentro do Estado Democrático de Direito, exigindo, para tanto, condições mínimas a sua existência”.<sup>316</sup>

Soares aponta que a Constituição de 1988 situou a dignidade da pessoa humana como seu princípio basilar, lhe conferindo a qualidade de norma embaixadora do sistema constitucional e, assim, orientação para a compreensão do catálogo de direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde. Além disso, o jurista baiano acentua que “a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, afastando-se a concepção anacrônica da sua inexigibilidade”.<sup>317</sup> Em sentido próximo, Cunha Júnior entende a dignidade humana como critério unificador (embora não absoluto, nem exclusivo) de todos os direitos fundamentais, bem como o seu núcleo essencial, razão pela qual os direitos fundamentais consistiriam em “princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana”.<sup>318</sup> Em contraponto à perspectiva da dignidade humana como um princípio, Bahia defende que, em verdade, se trata de um postulado racional, tendo em vista que ela “não admite sopesamento com outros princípios”.<sup>319</sup>

---

<sup>314</sup> SARLET, 2012, p. 367.

<sup>315</sup> PIOVESAN, 2013.

<sup>316</sup> RÉGO, Tâmara Luz Miranda. **Medidas alternativas e desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia**. 2017. 149 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 35.

<sup>317</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 134.

<sup>318</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 555.

<sup>319</sup> BAHIA, 2019, p. 147.

É neste contexto, de consolidação da internacionalização dos direitos humanos e de proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que emerge o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos.<sup>320</sup> A Constituição de 1988 estabelece, no artigo 5º, parágrafo 1º, que os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, sem apontar qualquer distinção relativa à classificação ou gerações dos direitos.<sup>321</sup> Assim, a formulação do preceito da aplicabilidade imediata parecia anunciar o fim da crise de observância e execução que os direitos sociais haviam atravessado, apontando para a tendência de que eles se tornassem tão justiciáveis quanto os direitos de primeira geração. Bonavides considera que, no mínimo, os direitos sociais já não teriam “sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”.<sup>322</sup>

Canotilho<sup>323</sup> esclarece que a ideia da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais pe oriunda do artigo 1º, item 3, da Constituição alemã de 1949,<sup>324</sup> sendo posteriormente adotada pelos textos constitucionais de Portugal, da Espanha e do Brasil. O constitucionalista português destaca enquanto axiomas da aplicabilidade direta: a superação da doutrina *réglementation des libertés*, enquanto legitimadora das omissões inconstitucionais e veículo de erosão da força normativa constitucional; a ideia de que a Constituição possui a validade e a eficácia típicas de qualquer outra norma jurídica e, por fim, a vinculação de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos à norma constitucional, em razão da sua força normativa. O mesmo autor adverte, contudo, que a aplicabilidade direta não deve implicar num alargamento insustentável da força normativa direta das disposições constitucionais, de modo a abarcar normas que careçam de *interpositivo legislativa*.

Ainda no contexto de fim da Segunda Guerra Mundial, despontara o fenômeno da judicialização da política que, no Brasil, encontrou na promulgação da Constituição de 1988

<sup>320</sup> Cf. PIOVESAN, 2013.

<sup>321</sup> Neste contexto, a obra de José Afonso da Silva teria sido pioneira. Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o autor já defendia que todas as normas constitucionais seriam dotadas de eficácia jurídica e aplicação imediata, em razão de serem normas jurídicas. “Contudo, o livro ficou esgotado por toda a década de 70, teve pequena reedição em 1982 e era uma raridade mesmo em bibliotecas e sebos. Foi obra de grande importância, mas cujos efeitos sobre a formação de uma ‘cultura constitucional’ deu-se mais por via reflexa, pela influência no trabalho de outros juristas” (AMARAL, 2001, p. 15).

<sup>322</sup> BONAVIDES, 2004, p. 565.

<sup>323</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>324</sup> Canotilho, no texto original, refere-se, expressamente, à Constituição de Bona, reportando-se à cidade alemã Bonn, onde a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha teve sua aprovação confirmada pelo Conselho Parlamentar, no ano de 1949. No dispositivo constitucional mencionado consta que: “Os direitos fundamentais [...] constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativos, executivo e judiciário” (LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Deutscher Bundestag**, 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023).

uma de suas “condições facilitadoras”.<sup>325</sup> Inobstante a diversidade de conceitos que podem ser encontrados na doutrina, em linhas gerais a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas viria correspondendo aos “termos judicialização da política, politização do judiciário, ou, ainda, ativismo judicial, denominações atribuídas a este fenômeno”.<sup>326</sup> Rios afirma que a expressão judicialização de políticas possui diversos usos e conotações, tendo adquirido uma certa polissemia “orbitária de sentidos normativos (aumento quantitativo no ingresso de demandas em juízo) a sentidos sociais e políticos (expansão do campo qualitativo da atuação judicial) – dimensão procedimental e substantiva, respectivamente, da atuação jurisdicional”.<sup>327</sup>

Para Vallinder,<sup>328</sup> a expansão global do poder judiciário representa a infusão da tomada de decisão judicial e de procedimentos judiciais em arenas políticas, nas quais o Poder Judiciário, antes, não residia. No âmbito da estrutura política brasileira, a judicialização significaria “que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”,<sup>329</sup> envolvendo este fenômeno uma transferência de poder para juízes e tribunais, além de significativas alterações na linguagem, argumentação e modo de participação social.

Conforme mencionado, a judicialização da política, mais das vezes, é relacionada ao ativismo judicial, ao passo que alguns autores buscam diferenciar os fenômenos.<sup>330</sup> A este respeito, Fogaça destaca que “não há consenso na doutrina nacional acerca do conceito do que se designa ativismo judicial, tampouco há concordância acerca do caráter positivo ou negativo de tal fenômeno”.<sup>331</sup> Não sendo a intenção do presente trabalho debruçar-se sobre o tema, em linhas gerais a judicialização se distinguiria do ativismo na medida em que a primeira decorreria

<sup>325</sup> VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>. Acesso em: 20 jul. 2023. p. 389.

<sup>326</sup> BAHIA, 2019, p. 145.

<sup>327</sup> RIOS, Sadraque Oliveira. **Judicialização do direito à saúde pública no Município de Salvador - BA:** principais aspectos neoinstitucionais que interferiram nas decisões liminares proferidas na justiça estadual entre 2014 e 2016. 2018. 543 f. Tese (Doutorado em Administração) – Núcleo de Pós-Graduação em Administração da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. p. 184.

<sup>328</sup> VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13.

<sup>329</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/Barroso2012>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 24.

<sup>330</sup> Cf. BAHIA, 2019, p. 146.

<sup>331</sup> FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Judicialização da Saúde:** novas respostas para velhos problemas. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, Curitiba, 2020. p. 33.

do modelo constitucional adotado em um país, enquanto o segundo corresponderia a uma forma específica, proativa, de conduzir a interpretação das normas constitucionais.

A idéia do *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista de manifesta por diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>332</sup>

Longe de se tratar de um fenômeno específico do Brasil, a judicialização emergiu em diversos países, constituindo uma das mais significativas tendências entre o final do século XX e o início do século XXI.<sup>333</sup> Contudo, a expansão do Poder Judiciário não ocorreu de forma igualitária em cada país, sendo balizada pelas diversas tradições constitucionais e situações políticas.<sup>334</sup> Destarte, considerando que cada país possui suas peculiaridades, nenhum deles seria “capaz de seguir linear, simultânea e sincronicamente o modelo de judicialização seguido por outros países de tradições espaço-temporal distintas”.<sup>335</sup>

Assim, o processo de judicialização teria se desenvolvido em três ondas: a primeira, nos Estados Unidos, com a confirmação da doutrina *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison*, em 1803; a segunda, no fim da Segunda Guerra (1945), com a redemocratização de países europeus, que haviam passado por regimes fascistas, e com a independência de países do continente africano e a Índia, antes colonizados; e, por fim, a terceira, nas duas últimas décadas do século XX, com a redemocratização de países da América Latina e países do leste europeu.<sup>336</sup>

Verbicaro<sup>337</sup> elenca aquelas que considera como as condições propiciadoras e/ou facilitadoras da judicialização da política<sup>338</sup> no Brasil: a promulgação da Constituição de 1988;

<sup>332</sup> BARROSO, 2012, p. 25-26.

<sup>333</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 5.

<sup>334</sup> VALLINDER, 1995, p. 24.

<sup>335</sup> VERBICARO, 2008, p. 392.

<sup>336</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 176-177.

<sup>337</sup> VERBICARO, 2008.

<sup>338</sup> A autora se inspira em uma análise proposta por C. Neal Tate, das “Conditions Facilitating the Expansion of Judicial Power” (TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995).

a ampliação do acesso à justiça; a separação dos poderes; a presença de um texto constitucional de textura aberta, com normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do modelo positivista como paradigma da interpretação jurídica; a ampliação das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal; a previsão constitucional das medidas provisórias a serem editadas pelo Poder Executivo; a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; mudanças e crises de cunho econômico e social, que teriam se agravado nas últimas décadas do século XX; a hipertrofia legislativa e a crise de legitimidade das instituições democráticas.

Barroso, por sua vez, em uma proposta mais sucinta, aponta três causas para a judicialização brasileira. A primeira seria a redemocratização do país, tendo como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nesse âmbito, o ambiente democrático teria propiciado o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário, bem como a maior demanda da sociedade pela intervenção jurisdicional. A segunda causa seria a constitucionalização abrangente, traduzida no caráter analítico e ambicioso do texto constitucional de 1988. Nesse ponto, o autor destaca que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão [...] é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”.<sup>339</sup> A terceira e última causa seria o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988, ao contemplar as vias concentrada e difusa, bem como um vasto rol de legitimados ativos.

Para Carvalho,<sup>340</sup> as explicações sobre a expansão da judicialização da política poderiam ser agrupadas em duas perspectivas: uma normativa e outra analítica. O tema perpassaria, assim, por uma dicotomia entre teorias conceitualistas e funcionalistas. Numa abordagem normativa ou conceitualista, estaria em causa a supremacia das normas constitucionais, a positivação de direitos fundamentais e o surgimento de uma cultura de direitos. Já numa perspectiva analítica ou funcionalista, o foco estaria no ambiente institucional e na estrutura do sistema jurídico e político. Brandão, por sua vez, destaca, como uma terceira vertente, a dos modelos econômico-institucionais, nos quais a constitucionalização e a judicialização são vistas “como instrumentos de proteção da propriedade privada, da estabilidade das relações jurídicas e da obrigatoriedade

---

<sup>339</sup> BARROSO, 2012, p. 24.

<sup>340</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 116.

dos contratos, fornecendo a segurança necessária para serem estimulados os investimentos financeiros no respectivo país”.<sup>341</sup>

Tais abordagens, atinentes às causas da judicialização da política, possuem aderência ao tratamento da judicialização no campo do direito à saúde. Conforme já assinalado, a promulgação da Constituição de 1988 consiste no ponto culminante do processo de redemocratização do país e, alinhado às tendências internacionais, trouxe diversos dispositivos que se verteram em causas da judicialização da política. Em termos gerais, essa constituição ampliou o acesso à justiça, possibilitando um certo protagonismo do Poder Judiciário, em especial no âmbito de sua atuação enquanto guardião dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde.<sup>342</sup>

Nesse sentido, numa abordagem normativa, a presença de normas de cunho programático na Constituição de 1988 teria levado ao Poder Judiciário a tarefa de valoração autônoma das normas constitucionais de caráter principiológico, diminuindo a utilização rigorosa e estrita da subsunção da norma abstrata ao caso concreto, enquanto método de interpretação jurídico. Com efeito, os juízes passariam a atuar com maior liberdade na concretização de direitos fundamentais, incluindo o controle judicial de políticas públicas, mediante a mobilização de outras técnicas hermenêuticas, consideradas mais adequadas.<sup>343</sup> Consoante assinalado alhures, o direito à saúde é considerado um direito social e uma norma constitucional de cunho principiológico, que dependeria da instituição de políticas públicas, nomeadamente no âmbito do sistema público de saúde, para alcançar a sua densificação e aplicabilidade imediata. No entanto, consoante ressaltado anteriormente, após a Segunda Guerra Mundial outras discussões foram levantadas na seara constitucionalista, com impactos nas reflexões acerca da exigibilidade e justiciabilidade dos direitos sociais.

No âmbito das causas comumente apontadas como abordagens de natureza analítica, considera-se que a descentralização, o federalismo, a separação de poderes e o presidencialismo fomentariam a expansão da judicialização, porquanto o Poder Judiciário teria “que agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais ‘Poderes’ ou entre os Estados-membros e a União”.<sup>344</sup> No caso da judicialização da saúde pública, este ponto seria realçado pela estrutura descentralizada do Sistema Único de Saúde e, assim, das próprias políticas sanitárias brasileiras. Com o federalismo sanitário, diversos atos normativos seriam produzidos,

---

<sup>341</sup> BRANDÃO, 2013, p. 182.

<sup>342</sup> Cf. BARROSO, 2012.

<sup>343</sup> Cf. VERBICARO, 2008.

<sup>344</sup> BRANDÃO, 2013, p. 183.

como decretos, portarias e resoluções, que dificultariam a compreensão do órgão jurisdicional das incumbências destinadas a cada ente público, bem como a identificação da norma a incidir no caso *sub judice*.<sup>345</sup>

Jorge menciona que as políticas sanitárias são exteriorizadas através de uma diversidade de atos normativos, não existindo um padrão a ser apreendido pelo sistema jurídico. O autor afirma que a incerteza e o desconhecimento das normas propiciam uma pluralidade de interpretações e fomentam a judicialização. As decisões, por sua vez, tenderiam a acolher a pretensão individual dos autores das demandas, desconsiderando o aparato normativo, sendo geralmente “alicerçadas apenas nas disposições constitucionais”.<sup>346</sup> Por outro lado, não seria raro que os princípios da universalidade e da integralidade do SUS fossem utilizados pelas instâncias jurisdicionais como fundamento de um direito a tudo, em detrimento dos aspectos técnicos destes conceitos. Assim, a Lei n. 12.401/2011,<sup>347</sup> que altera a Lei n. 8.080/1990, teria sido editada com o escopo de conferir maior regulamentação ao princípio da integralidade da assistência à saúde, acrescentando dispositivos à lei orgânica com parâmetros à compreensão da assistência terapêutica integral aos usuários do sistema.<sup>348</sup>

No Brasil, o fenômeno da judicialização da política se instala a partir da década de 1990. Até os anos de 1980, prevalecera uma postura conservadora dos tribunais quanto à aplicação dos dispositivos constitucionais. O controle judicial das omissões do Poder Público era abordado pela doutrina brasileira enquanto um problema da seara da responsabilidade civil do Estado. A mudança de perspectiva teria sido iniciada no âmbito dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, com entendimentos voltados à concretização dos direitos fundamentais entabulados na Constituição de 1988. Neste contexto, o Supremo Tribunal teria tardado a adotar a mesma postura e “Após assistir ao aumento das condenações judiciais do Estado por omissão no dever de prestar medicamentos, duplicar estradas (e diminuir acidentes, protegendo a vida), construir escolas e creches etc., o Supremo Tribunal Federal retomou o tratamento da questão em outras bases”.<sup>349</sup> O judiciário brasileiro, então, passaria a adotar uma postura mais

<sup>345</sup> RIOS, 2018, p. 189.

<sup>346</sup> JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da política de assistência farmacêutica: Os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 496.

<sup>347</sup> “Essa lei é [...] o marco legal da incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS, na medida em que previu quais os critérios e prazos para que seja feita essa incorporação. Então, criou-se a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS, que deverá assessorar o Ministério da Saúde nesse processo de incorporação, exclusão ou inclusão de novos procedimentos e medicamentos” (FERREIRA, 2020, p. 78).

<sup>348</sup> BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde - Evolução rumo à racionalidade. **R. Dir. Sanit.**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>. Acesso em: 01 mar. 2022.

<sup>349</sup> BAHIA, 2019, p. 145.

concretista<sup>350</sup> em relação aos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, tornando-se “frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados”.<sup>351</sup>

Balestra Neto situa o desenvolvimento da judicialização da saúde no cenário brasileiro em três fases. Na primeira, o entendimento majoritário nos tribunais teria sido no sentido de que o Poder Judiciário não poderia interferir nas políticas públicas de saúde, sendo destacada a natureza programática do direito constitucional à saúde, bem como a reserva do possível. O autor afirma que o “primeiro precedente do STJ que analisou diretamente um pleito de fornecimento de medicamento pelo SUS foi o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, apreciado em 1996 pela corte”.<sup>352</sup> A impetrante, portadora de síndrome da hipoventilação alveolar central, pleiteava o custeio da importação de um marca-passo pelo ente estatal, sendo a segurança indeferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro Relator entendeu que não havia direito líquido e certo fundado nos dispositivos constitucionais apontados pela impetrante, os quais consubstanciaram normas programáticas e, assim, dependentes de legislação complementar. Além disso, fora pontuada a ausência de previsão na lei orçamentária para a imposição daquele dispêndio financeiro ao ente público.

*In casu*, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante invoca, em favor de sua pretensão, regras constitucionais (arts. 6º, 195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente” – ou não dispõem de eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior – ou de legislação complementar. [...] A dotação consignada no orçamento, para o fim da efetivação da despesa seja de qual natureza for, obriga aos órgãos da Administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas. A realização da despesa está adstrita às regras de previsão da lei orçamentária (e Lei de Diretrizes Orçamentárias). [...] A satisfação do direito pleiteado, inclusive com base em preceito da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) demandaria previsão expressa de dotações orçamentárias – e com fim específico – ao menos, como acentuou a autoridade coatora, “ao nível dos programas aprovados e desenvolvidos pelos serviços de saúde pública, os quais, por seu turno, em sua execução, sujeitam-se ao rigoroso sistema de controle orçamentário”.<sup>353</sup>

<sup>350</sup> Cf. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>351</sup> SARMENTO, 2010, p. 180.

<sup>352</sup> BALESTRA NETO, 2015, p. 95.

<sup>353</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23/05/1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/rms6564rs>. Acesso em: 05 ago. 2023. p. 3-7.

Ainda na década de 1990, tem início a judicialização na área da saúde, a partir das demandas ajuizadas por portadores do vírus HIV/AIDS, em busca da tutela jurisdicional para o tratamento da doença. Nascimento explica que a existência da enfermidade *Acquired Immunodeficiency Syndrome* se tornou pública no início da década de 1980, destacando-se nessa doença as características de transmissibilidade e incurabilidade. No ano de 1996 “se passou a conhecer e administrar um tipo de tratamento – o chamado coquetel –, que permitiu que se cunhasse a expressão/percepção, ‘viver com Aids’”.<sup>354</sup> As demandas judiciais, individuais e coletivas, que objetivavam o tratamento da AIDS inundariam o Poder Judiciário, forçando novas reflexões sobre a exigibilidade e a extensão do direito à saúde, que culminaram numa mudança interpretativa nos tribunais.<sup>355</sup>

Embora não faltassem endemias e epidemias anteriores no Brasil, os pedidos judiciais para tratamento de doenças só veio à baila através das demandas dos portadores de AIDS. Isso poderia ser atribuído ao fato de a doença ter vitimado pessoas com projeção artística, gerando comoção e movimentos de pressão, não apenas para a prevenção da doença (pelos métodos de mitigação da transmissibilidade), mas para assegurar a sobrevida digna aos enfermos.

Nesses casos, os magistrados viam-se na difícil situação de serem confrontados com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevida não de ‘alguém’, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro de pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante uma vida humana determinada [...]. O surgimento de liminares aqui ou ali empolgou os interessados, sejam doentes, sejam grupos de apoio, a ajuizar pleitos, que paulatinamente foram sendo deferidos e, no esteio, portadores de outras moléstias foram sendo atendidos. Evidentemente é bastante difícil para qualquer pessoa dizer não em um caso sabendo que disso pode resultar a perda de uma vida.<sup>356</sup>

Até o ano de 1988, a maior parte das demandas judiciais na saúde se restringiram aos pleitos por medicamentos para AIDS e, após 1999, teria ocorrido uma diversificação dos pedidos, abrangendo o tratamento para outras doenças.<sup>357</sup> Nessa segunda fase da judicialização, iniciada em 2000, o posicionamento dos tribunais se volta à fundamentabilidade material do

<sup>354</sup> NASCIMENTO, Dilene Raimundo do. **As pestes do Século XX: tuberculose e Aids no Brasil, uma história comparada**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2005. p. 12.

<sup>355</sup> DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. 2016. 124 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016. p. 51.

<sup>356</sup> AMARAL, 2001, p. 24-25.

<sup>357</sup> FIGUEIREDO, Iara Veloso Oliveira; COSTA, Nilson do Rosário. O direito à saúde no Brasil: entre a judicialização e a desjudicialização. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 11, n. 4, p. 142-165, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v11i4.785>. Acesso em: 05 ago. 2023. p. 149.

direito à saúde.<sup>358</sup> As decisões, que reconheciam a possibilidade de o cidadão exigir prestações positivas ao Estado, não se fundavam apenas no direito constitucional à saúde, “mas, sobretudo, no direito à vida (vida com sentido, ou seja, com dignidade) e à integridade física e moral da pessoa enferma”.<sup>359</sup> Nesta conjuntura, passou a ser comum o acolhimento indiscriminado dos pleitos por tratamentos de saúde, que teriam começado a crescer de forma exponencial<sup>360</sup> e descontrolada. Figueiredo e Costa consideram que o problema teria se agravado pela ausência de conhecimento em saúde por parte dos magistrados, que concediam “liminares para a realização de praticamente todo procedimento e medicamento requerido na esfera do sistema de saúde”.<sup>361</sup>

Balestra Neto destaca, neste âmbito, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS como um dos mais importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal, seja por ter servido, reiteradamente, de fundamento para outras decisões judiciais; seja em razão do tratamento dado ao direito à saúde na decisão e da preocupação em tratá-lo como uma prerrogativa indisponível. O autor considera que, no julgamento, “o STF abraçou, mesmo sem menção expressa, a ideia de que o direito à saúde configura parcela do mínimo existencial e que, por esta razão, deve ser obrigatoriamente concretizado pelo poder público. Comportamento contrário seria tido como ‘intolerável omissão’”.<sup>362</sup>

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O **caráter programático** da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode converter-se** em promessa constitucional inconseqüente, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>363</sup>

Na origem, a demanda versava sobre o fornecimento de medicamento para paciente portador de HIV/AIDS. Na época, já havia sido instituída no Brasil a política de acesso

<sup>358</sup> BALESTRA NETO, 2015, p. 97.

<sup>359</sup> DANIELLI, 2016, p. 52.

<sup>360</sup> Cf. BALESTRA NETO, 2015, p. 97.

<sup>361</sup> FIGUEIREDO; COSTA, 2022, p. 4.

<sup>362</sup> BALESTRA NETO, 2015, p. 101-102.

<sup>363</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/re2712868>. Acesso em: 05 ago. 2023. p. 1-2.

universal ao tratamento antirretroviral para a doença.<sup>364</sup> Danielli<sup>365</sup> menciona que o medicamento pleiteado naquele caso concreto já fazia parte de uma política sanitária e, assim, seria indiscutível a existência do direito subjetivo. No entanto, a decisão da Corte Constitucional teria passado a ser utilizada como parâmetro para a solução dos mais diversos casos, inclusive aqueles nos quais a pretensão autoral não era contemplada em políticas públicas.

Noutro giro, os tribunais também deixariam de observar as políticas públicas existentes, sobretudo quando considerado que a prestação da saúde seria imprescindível à salvaguarda da vida e da saúde, privilegiando o interesse individual do demandante em prejuízo do interesse coletivo. Com efeito, as decisões passariam a reconhecer “direitos inexistentes com base numa aplicação direta da Carta Magna, na contramão, portanto, da política pública criada para atender a saúde nesta seara, fragilizando o sistema como um todo”.<sup>366</sup>

Não raro as decisões inseridas na segunda fase recairiam no menosprezo da escassez dos recursos públicos, sugerindo “erroneamente a colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias, burocráticas, obviamente de somenos importância quando sopesadas com o direito à vida ou à dignidade do doente”.<sup>367</sup> Tratar-se-ia de fuga e negação ao problema da escassez dos recursos orçamentários públicos, ao qual os autos isolados de cada demanda parecem não alertar.<sup>368</sup> Schulze e Gebran Neto apontam que, na judicialização da saúde brasileira, geralmente a questão da limitação financeira é esquecida e desconsiderada, sendo o debate encerrado nos postulados da teoria dos direitos fundamentais. Os autores brasileiros denotam que figura totalmente incorreta a análise do tema sob a égide da existência de um conflito de interesses entre “de um lado o direito à vida e à saúde e, de outro, o suposto interesse financeiro do Estado”,<sup>369</sup> bem como a invocação isolada da dignidade da pessoa humana como resolução de todos os casos sobre a saúde.

A terceira e última etapa da judicialização da saúde teria iniciado em meados da década de 2000, quando a jurisprudência brasileira indicaria a superação da postura de concessão

---

<sup>364</sup> Galvão explica que “No Brasil, a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996 – de autoria do Senador José Sarney e assinada pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso – tornou obrigatória a distribuição de medicamentos anti-HIV pelo sistema público de saúde” (GALVÃO, Jane. A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito? *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, b. 18, n. 1, p. 213-219, jan./fer. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2002000100022>. Acesso em: 05 ago. 2023. p. 214).

<sup>365</sup> DANIELLI, 2016.

<sup>366</sup> FOGAÇA, 2020, p. 41.

<sup>367</sup> DANIELLI, 2016, p. 56.

<sup>368</sup> Cf. AMARAL, 2001.

<sup>369</sup> SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 36.

indiscriminada dos pleitos. Isto porque a análise judicial teria passado a considerar o aparato técnico e normativo das políticas públicas previamente delineadas para o funcionamento do SUS. A partir da sua constante interpelação com demandas de saúde, os tribunais superiores teriam começado a se deparar com casos cada vez mais complexos, que reclamavam o estudo de aspectos técnicos das ciências médicas, bem como das normas editadas no âmbito da gestão do SUS. Assim, a discussão teria deixado de circundar somente a eficácia das normas constitucionais, para incluir debates sobre a eficiência dos tratamentos médicos e o funcionamento do sistema público de saúde.<sup>370</sup>

O próprio Poder Judiciário passa a reconhecer a necessidade de fixação de parâmetros mais claro para dirimir as demandas judiciais na área da saúde. Ferreira aponta que, a partir do ano de 2009, ocorrem três eventos importantes na seara da judicialização do direito à saúde, quais sejam: a Audiência Pública n. 04 de 2009, a Recomendação n. 31/2010 e a Resolução n. 107/2010, as últimas provenientes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tais eventos teriam como finalidade principal “orientar os magistrados e operadores do direito para que pudessem encontrar soluções plausíveis para as demandas judiciais, que tratassem do direito à saúde”.<sup>371</sup>

Vasconcelos<sup>372</sup> destaca que, em 2009, calcava-se percepção relativamente consolidada no meio acadêmico e na comunidade jurídica que a judicialização da saúde gerava problemas, decorrentes do alto volume de ações judiciais na área, crescentes a cada ano, que tinham como desfecho decisões desfavoráveis ao ente público, em todas as instâncias. Nesse cenário, alguns críticos teriam chegado a apontar o Supremo Tribunal Federal como o possível agente, simultâneo, de causa e solução do problema. Então, o presidente do Supremo Tribunal Federal, à época o Ministro Gilmar Mendes, convocou a Audiência Pública n. 04, realizada entre os meses de abril e maio de 2009, com o objetivo de:

ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Unico de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às prestações de saúde, tais como: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não

<sup>370</sup> BALESTRA NETO, 2015, p. 104.

<sup>371</sup> FERREIRA, 2020, p. 69.

<sup>372</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.461>. Acesso em: 01 mar. 2022.

aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamentos não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.<sup>373</sup>

A Audiência Pública de 2009 teria levado, “finalmente, à estipulação de parâmetros bem mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde”,<sup>374</sup> os quais, mais tarde, foram sintetizados na ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. A discussão daqueles autos versava sobre a possibilidade de condenação do ente estatal ao custeio do fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a responsabilidade solidária entre os entes federativos e sobre a eficácia científica do tratamento vindicado. A conclusão do julgado, expostas pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, consubstanciaram os parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário na apreciação de questões de saúde pública, conduzindo o magistrado à seguinte análise:

a) caso exista política pública e a Administração não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem o direito subjetivo de obtê-la; b) caso inexistir política pública que contemple prestação material é preciso identificar o motivo da falta de fornecimento, que pode decorrer de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la e da vedação legal expressa à sua dispensação, sendo vedado à Administração Pública o fornecimento de prestação material sem registro na ANVISA; e c) análise da motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.<sup>375</sup>

Além do julgamento retromencionado, a Audiência Pública n. 04 de 2009 também resultou na edição da Resolução n. 107/2010 e da Recomendação n. 31/2010, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Com a Resolução n. 107, fora instituído um Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. As atribuições do Fórum são elencadas no segundo artigo da Resolução, perfazendo, assim, o monitoramento das ações judiciais de saúde (medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares); monitoramento das ações judiciais relativas ao SUS; a proposição de medidas para otimização da organização e estruturação das unidades judiciárias especializadas; a proposição de medidas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à

<sup>373</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Despacho de convocação de Audiência Pública**, de 05 de março de 2009, Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: <https://tinyurl.com/despacho-ap04>. Acesso em: 05 ago. 2023. p. 1-2.

<sup>374</sup> BALESTRA NETO, 2015, p. 102.

<sup>375</sup> RÉGO, 2017, p. 58.

definição de estratégias referentes ao direito sanitário, sem prejuízo de outras medidas consideradas pertinentes, pelo Fórum, para o cumprimento do seu objetivo.<sup>376</sup>

Já com a Recomendação n. 31, foram traçadas diretrizes aos tribunais, magistrados e demais operadores do direito, visando a maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Ferreira as sintetiza:

1. Que os Tribunais orientem seus magistrados a instruir as ações judiciais, tanto quanto possível, com relatórios médicos, descrição detalhada da doença, dos medicamentos e dos tratamentos adequados, posologia etc. 2. Que evitem fornecer medicamentos não autorizados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei. 3. Que ouçam os gestores, sempre que possível, antes de apreciar e/ou conceder as medidas de urgência. 4. Que verifiquem se os requerentes fazem parte dos programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes laboratórios devem assumir a continuidade do tratamento. 5. Que determinem, no momento da concessão da medida abrangida por política pública já existente, a inscrição do requerente nos respectivos programas.<sup>377</sup>

A Recomendação n. 31/2010 orientou, ainda, que todos os tribunais brasileiros instituíssem, por convênios, um apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar na formação do juízo quanto às questões de saúde.<sup>378</sup> Posteriormente, o CNJ editou a Resolução n. 238/2016, tornando obrigatória a criação dos Núcleos de Apoio ao Poder Judiciário. Com efeito, o NATJUS propiciaria às decisões judiciais no âmbito da saúde critérios técnicos e evidências científicas para seu embasamento, se afastando de uma visão estritamente jurídica.<sup>379;380</sup>

Embora a Audiência Pública de 2009 tenha inaugurado uma fase de discussões mais objetivas e participativas sobre a judicialização da saúde no país, ainda existiria uma resistência, por parte alguns julgadores, em considerar os parâmetros e diretrizes entabulados.<sup>381</sup> Consoante delineado, estes parâmetros e diretrizes poderiam conduzir para uma atuação jurisdicional mais

<sup>376</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 107**, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://tinyurl.com/cnj1072010>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>377</sup> FERREIRA, 2020, p. 76.

<sup>378</sup> SCHULZE; GEBRAN NETO, 2019.

<sup>379</sup> GONÇALVES, Jonas Rodrigo; NÓBREGA, Renata Coelho da. Judicialização da saúde e a atuação do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS. **Revista do Curso de Direito Centro Universitário Brazcubas**, Mogi das Cruzes, v. 4, n. 1, p. 77-93, jun. 2020.

<sup>380</sup> “O NAT-JUS, composto preferencialmente por uma equipe multidisciplinar em saúde, tem a atribuição exclusiva de prestar informações técnico-especializada em Saúde Baseada em Evidências aos magistrados. O objetivo é subsidiá-los na tomada de decisões que envolvam a pertinência técnica, clínica e contratual ou de política pública, conforme o caso, de medicamentos, produtos, insumos terapêuticos, procedimentos cirúrgicos e não cirúrgicos, exames diagnósticos, internações ou afins, relativos ao setor público (SUS) ou à saúde suplementar (seguros ou planos de saúde)” (RÊGO, 2017, p. 107).

<sup>381</sup> Cf. RÊGO, 2017.

atenta aos preceitos normativos relativos às políticas públicas do SUS, à comprovação da necessidade e à eficácia científica do tratamento vindicado, dentre outros. Poderiam contribuir, assim, para que a análise judicial dos casos concretos se dirigisse a algo além da fundamentabilidade do direito à saúde e sua relação intrínseca com o direito à vida e à dignidade humana.

Um exemplo dessa resistência seria o próprio Supremo Tribunal Federal. Embora o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE faça parte da sua jurisprudência, em diversas ocasiões a Corte teria concluído pela concessão de medicamentos não contemplados pelas listas do SUS, sob a justificativa de que, em que pese a relevância dos protocolos clínicos, a ausência de previsão de um medicamento não constituiria um obstáculo ao deferimento da tutela de saúde. Outrossim, também prevaleceria o entendimento de que a Administração Pública teria a obrigação de prestar o tratamento requerido, ainda que não previsto em política pública. Neste caso, há decisões<sup>382</sup> no sentido de que a obrigação poderá ser obstada pela comprovação de grave desequilíbrio financeiro a ser gerado pela condenação, sob pena de não ser evidenciada eventual alegação de risco de lesão à ordem pública.<sup>383</sup>

A Audiência Pública de 2009, bem como os parâmetros e diretrizes formulados em seguida, também não tiveram um efeito de contenção do ajuizamento de demandas, tampouco de redução das condenações aos entes públicos. Ao contrário, consoante será tratado no tópico a seguir, a judicialização da saúde tem crescido ano após ano, ao passo que também tem aumentado a parcela do orçamento público afetado pelas respectivas condenações dos entes estatais.

### 3.3 IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA

Consoante explanado anteriormente, o debate a respeito da exigibilidade ou justiciabilidade do direito à saúde circundou reflexões teóricas, no âmbito do direito constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, envolvendo a classificação destes direitos em gerações, bem como distinções de exigibilidade baseadas em supostas situações de intervenção e não intervenção estatal.

Essa perspectiva, que perpassa tanto a doutrina quanto a atividade jurisdicional brasileiras, contudo, se mostrou insuficiente, nomeadamente por não contemplar a

---

<sup>382</sup> A Suspensão de Tutela Antecipada n. 818/DF e a Suspensão de Segurança n. 4972/SP, ambas de 2016.

<sup>383</sup> FERREIRA, 2020.

complexidade dos problemas relacionados à judicialização do direito fundamental à saúde. Um desses problemas, conforme será tratado no último capítulo deste trabalho, consiste precisamente na existência de custos na efetivação dos direitos fundamentais, bem como da correlata escassez dos recursos públicos, cuja desconsideração acaba por provocar uma dissociação entre o mundo dos autos e a realidade concreta.

Neste tópico, apresenta-se uma abordagem empírica do problema da judicialização da saúde no cenário brasileiro – com foco no Estado da Bahia – a fim de aproximar o debate jurídico sobre a efetividade do direito fundamental à saúde da realidade concreta. Com efeito, a primeira parte desta seção trata da metodologia adotada na pesquisa, bem como a descrição sobre os procedimentos de coleta dos dados. Em seguida, é apresentada a análise dos dados coletados.

### 3.3.1 Metodologia

Desde os primeiros levantamentos para a revisão da literatura no âmbito da presente pesquisa, fora possível identificar através de fontes diversas (como notícias, artigos científicos e trabalhos acadêmicos) a perspectiva de que a judicialização da saúde pública estaria crescendo a cada ano,<sup>384</sup> impactando no orçamento público destinado às políticas públicas na área.<sup>385,386</sup> Com efeito, dentre as abordagens possíveis sobre o tema da judicialização da saúde, encontram-se aquelas que se alinham às questões atinentes aos custos e aos impactos do cumprimento das decisões judiciais ao orçamento público da saúde. A pesquisa proposta tem essa perspectiva, visando oferecer alguma contribuição para a comunidade acadêmica e jurídica sobre a mensuração desses custos.

Assim, este trabalho visou levantar e analisar dados acerca da judicialização da saúde, a fim de verificar a hipótese inicial suscitada pela revisão de literatura: de que a judicialização da saúde vem crescendo, gerando impactos no orçamento estatal destinado à execução de políticas públicas de saúde. A partir de uma abordagem alinhada aos métodos de pesquisa quantitativos

---

<sup>384</sup> De acordo com Vasconcelos, o entendimento a respeito do crescimento anual das demandas judiciais de saúde seria um consenso na comunidade jurídica e acadêmica desde o ano de 2009 (VASCONCELOS, 2020).

<sup>385</sup> Cf. ANDRADE, Paula. Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização. **Conselho Nacional da Justiça**, Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/noticiacnj2017>. Acesso em: 13 out. 2023.

<sup>386</sup> Dados apresentados no Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde de 2014 do Tribunal de Contas da União teriam indicado “uma constante tendência de crescimento do número de ações judiciais e do volume de recursos despendidos com o cumprimento das respectivas decisões” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1787**, de 16 de agosto de 2017, Ministro Bruno Dantas. Disponível em: <https://tinyurl.com/acordao1787>. Acesso em: 16 out. 2023. p. 3).

e qualitativos, a pesquisa apresentada buscou refletir a judicialização da saúde sob o viés do consequentialismo jurídico, tema a ser desenvolvido no último capítulo do trabalho.

Ao tratar das técnicas de pesquisa, Creswell<sup>387</sup> aponta que cada proposta deve considerar as alegações de conhecimento, as estratégias de investigação e os métodos a serem adotados. Dentro desta perspectiva, a presente proposta se alinha a uma abordagem pragmática, com o uso de estratégias de investigação mistas, a partir de métodos de levantamento e de análise de dados. Como o autor esclarece, inobstante a existência de várias formas de pragmatismo, nessa escola de pensamento “as alegações de conhecimento surgem a partir de ações, de situações e de consequências”.<sup>388</sup> A fim de concentrar a atenção no entendimento do problema em pesquisa, no pragmatismo são reunidas suposições quantitativas e qualitativas, bem como métodos, técnicas e procedimentos diversos, em busca daqueles que melhor se ajustem aos objetivos da investigação. No pragmatismo é considerado que a pesquisa sempre ocorre num dado contexto social, histórico e político, de modo que os métodos mistos propiciam uma lente de reflexão da justiça social e dos objetivos políticos.

Nesse sentido, o pragmatismo se alinha aos objetivos científicos comumente presentes em pesquisas no âmbito da Análise Econômica do Direito (AED). Conforme demarcado por Conti,<sup>389</sup> os estudos empíricos têm crescido na AED, permitindo aos pesquisadores dessa área entendimentos sobre os efeitos de intervenções, ações e mudanças feitas ou a serem realizadas numa sociedade. Para o autor, o arcabouço teórico e metodológico da AED estaria bem posicionado para responder às demandas da administração pública atinentes à maior transparência e ao acompanhamento de resultados decorrentes de reformas jurídicas.

A presente pesquisa, além de estar inserida no campo da AED, visa precisamente discutir o problema da judicialização da saúde sob a perspectiva consequentialista das decisões judiciais. Isto porque, conforme será tratado no último capítulo, diante de um contexto de escassez de recursos, as determinações judiciais dirigidas aos entes públicos para a efetivação de direitos fundamentais operam como escolhas alocativas, das quais advêm consequências para a sociedade. A coleta e a análise de dados realizada, por sua vez, não buscaram apenas a descrição do fenômeno estudado, mas reflexões mais amplas sobre o problema de pesquisa, que partem desse alinhamento das abordagens quantitativa e qualitativa nesta etapa empírica da investigação.

---

<sup>387</sup> CRESWELL, Jonh W. **Projeto de Pesquisa**. Métodos qualitativo, quantitativo e misto. Tradução de Luciana de Oliveira Rocha. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2007.

<sup>388</sup> CRESWELL, 2007, p. 29.

<sup>389</sup> CONTI, Thomas Victor. Métodos Empíricos em Análise Econômica do Direito. In: YEUNG, Luciana L. (Org.). **Análise Econômica do Direito**: Temas Contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.

Cunha afirma que, no âmbito de uma pesquisa qualitativa, a análise e a interpretação dos dados pode ocorrer de forma concomitante à fase de coleta dos próprios dados, sendo a finalidade da etapa de análise “estabelecer uma compreensão dos dados coletados, confirmar ou não os pressupostos da pesquisa e/ou responder às questões formuladas, e ampliar o conhecimento sobre o assunto pesquisado, articulando-o ao contexto cultural da qual faz parte”,<sup>390</sup> sendo estas três finalidades complementares em pesquisas sociais.

O recorte temático, espacial e temporal da pesquisa foram, respectivamente: a judicialização da saúde contra o ente público estadual, o estado da Bahia e o período de 2018 a 2022. O recorte temático se justifica pelo próprio objetivo geral de pesquisa do trabalho proposto – a análise dos impactos das decisões judiciais, no âmbito da judicialização do direito à saúde, ao orçamento público de saúde do Estado da Bahia – alinhado ao problema de pesquisa, o qual indaga, em síntese, sobre a possibilidade de contribuição da Análise Econômica do Direito à atividade jurídico-decisória, em atenção às possibilidades fáticas e jurídicas da concretização do direito à saúde.

O recorte espacial guarda relação com o local no qual a pesquisa fora desenvolvida, isto é, no âmbito do curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Já o recorte temporal é explicado pela busca por não limitar o escopo da investigação aos eventuais impactos da pandemia da doença Covid-19, que foi classificada pela Organização Mundial da Saúde em fevereiro de 2020.<sup>391</sup> Por isso, foram inseridos dois anos antes e após o ano de 2020, para possibilitar uma perspectiva mais ampla e atual do tema.

Em atenção aos recortes propostos, e a fim de resguardar a validade e confiabilidade das informações a serem tratadas, inicialmente intentou-se a utilização de dados a serem disponibilizados pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB), através do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS). Os dados buscados se referiam à quantidade de demandas, objetos demandados e despesas do ente estatal com a judicialização da saúde, inicialmente restringidas ao ano de 2019. Esses dados, até o momento de finalização desta pesquisa, não estavam disponíveis para consulta pública, inexistindo uma plataforma de buscas ou similares.

Com efeito, se fez necessária a solicitação direta ao NAJS dessas informações. Inobstante as solicitações formais, contatos e conversas, não houve êxito na obtenção dos dados para os

---

<sup>390</sup> GOMES, Romeu. A análise de dados em pesquisa qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa Social**. Teoria, Método e Criatividade. 21ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 69.

<sup>391</sup> OMS classifica coronavírus como pandemia. **Gov.br**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/oms-classifica-coronavirus-como-pandemia>. Acesso em: 08 out. 2023.

fins desta pesquisa. Os dados que poderiam ser oferecidos pelo Núcleo correspondiam a gráficos e tabelas pré-elaborados pela unidade para outras finalidades, em formato de apresentação estilo *power point*, sem maiores esclarecimentos sobre a metodologia aplicada para a coleta e a análise dos dados pela unidade. De acordo com informações prestadas em conversa com uma funcionária que havia sido designada para auxiliar nesta pesquisa, essas apresentações seriam utilizadas de forma interna pela unidade e para exposições perante a Procuradoria Geral do Estado. Também fora informado que só seria possível fornecer dados “mais concretos” a partir do mês de junho de 2020. Posteriormente, também fora sugerida a utilização das informações contidas em trabalhos publicados pela funcionária Poliana Brito Barbosa. Embora todas essas informações pudessem ter alguma utilidade, não atendiam às necessidades da pesquisa ora proposta, razão pela qual fora necessário buscar outras fontes.

A fase de coleta de dados, portanto, fora atravessada por algumas dificuldades de acesso às informações, que acabaram moldando as possibilidades da própria pesquisa. Essas dificuldades se estenderam às limitações encontradas nos sistemas de informação do Conselho Nacional de Justiça e do Portal Transparência do Estado da Bahia, que foram utilizadas como fontes principais para a coleta dos dados.

Os dados coletados podem ser divididos em dois grupos. O primeiro grupo diz respeito aos dados relativos às demandas judiciais da saúde, que constituem as informações sobre a quantidade de novas ações ajuizadas e seus assuntos, de acordo com as possibilidades de busca permitidas pelos painéis do Conselho Nacional de Justiça. O segundo grupo, por sua vez, cuida dos dados relativos ao orçamento público para a saúde do Estado da Bahia, assim como as despesas atinentes ao cumprimento de decisões judiciais a partir desse orçamento, tendo sido utilizado como fonte o Portal Transparência do Estado da Bahia (Prestação de Contas e Portal Dados Abertos).

No que concerne ao primeiro grupo, portanto, foram utilizadas as informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os dados foram coletados mais precisamente através do Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde<sup>392</sup> e do painel Justiça em Números Digital.<sup>393</sup>

---

<sup>392</sup> ESTATÍSTICAS processuais de direito à saúde. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 09 out. 2023.

<sup>393</sup> JUSTIÇA em números 2009 a 2019. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opencv.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neo-dimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opencv.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neo-dimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 09 out. 2023.

No ano de 2022, o CNJ lançou o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, com informações reunidas da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud), apresentando dados sobre movimentações processuais e quantidade de processos relativos à saúde pública e suplementar.<sup>394</sup> Esse painel, contudo, só ofereceu informações a partir do ano de 2020. Tendo em vista que a pesquisa compreendia, também, os anos de 2018 e 2019, fora necessário complementar as informações. Para tanto, fora utilizado o Painel Justiça em Números Digital, que se trata de um painel antigo do Justiça em Números e apresenta informações dos anos de 2014 a 2019. Embora o painel antigo não tenha foco específico nas demandas de saúde, a aba “Demandas por classe e assunto” permitiu a extração de informações sobre a quantidade de novos processos na área da saúde pública distribuídas no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos anos de 2018 e 2019.

Para isso, foram selecionados os filtros: justiça: “estadual”; tribunal: “TJBA”; ano: “2018” e, em seguida, “2019”. No quadro “Assunto – Novos Casos” foram selecionados os filtros: “direito administrativo e outras matérias de direito público”, “serviços” e “saúde”. O painel apresenta a quantidade total de novos casos na seara da saúde e, também, discrimina os objetos demandados, tais como: “fornecimento de medicamentos”, “tratamento médico-hospitalar” etc. Tendo em vista a competência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, infere-se que os dados da quantidade de demandas se referem às ações ajuizadas contra o Estado da Bahia e/ou os municípios baianos, não tendo sido possível isolar as ações contra, apenas, o Estado baiano – aspecto observado também no painel mais recente.

Para os anos seguintes, de 2020 a 2022, consoante já mencionado, fora utilizado o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde. Para fins de comparação com os dados dos anos de 2018 e 2019, as ferramentas de busca foram ajustadas para extrair dados similares aos coletados no painel antigo. Na aba “Assuntos”, foram utilizados os seguintes filtros: justiça: “Estadual”; ano: “2020”, seguido dos anos “2021” e “2022”; grupo de assuntos: “PÃºblica” (pública); sigla tribunal: “TJBA”, mantendo-se os demais campos de filtragem em branco. Com isso, foi possível estabelecer alguns comparativos com os anos anteriores.

No que tange à esta coleta de dados, a maior diferença verificada entre os painéis do CNJ se referiu ao detalhamento dos assuntos dos novos casos, que não segue o mesmo padrão nos dois painéis. Assim, para os anos de 2018 e 2019 as novas demandas judiciais tiveram como assunto: “Controle Social e Conselho de Saúde”; “Doação e transplante de órgãos, tecidos e

---

<sup>394</sup> CAMIMURA, Lenir. Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/>. Acesso em: 09 out. 2023.

partes do corpo humano”; “Financiamento do SUS”; “Fornecimento de medicamentos”; “Hospitais e outras unidades de saúde”; “Saúde mental”; “Terceirização do SUS”; “Tratamento médico-hospitalar”; “Tratamento médico-hospitalar e/ou Fornecimento de medicamentos” e “Vigilância sanitária e epidemiológica”.

Já nos anos de 2020 a 2022, o painel apresentou como assuntos das novas demandas: “Cadeira de rodas/cadeira de banho/cama hospitalar”; “Cirurgia”; “Consulta”; “Controle Social e Conselhos de Saúde”; “Convênio médico com o SUS”; “Doação e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano”; “Eletiva”; “Financiamento do SUS”; “Fornecimento de insumos”; “Fornecimento de medicamentos”; “Hospitais e outras unidades de saúde”; “Internação/Transferência hospitalar”; “Leito de enfermagem/leito oncológico”; “Não padronizado”; “Oncológico”; “Padronizado”; “Pública”; “Ressarcimento SUS”; “Saúde”; “Saúde mental”; “Terceirização do SUS”; “Tratamento médico-hospitalar”; “Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamento”; “Unidade de terapia intensiva (UTI)/Unidade de cuidados intensivos (UCI)”; “Urgência” e “Vigilância Sanitária e epidemiológica”. Apenas no caso do ano de 2021, também constou o assunto “Reajuste da tabela do SUS”.<sup>395</sup>

Observou-se que todos os assuntos que constavam para os anos de 2018 e 2019 se repetiram nos anos seguintes (2020 a 2022), nos quais apareciam novos tipos de assuntos. Assim, foram identificados dez assuntos em comum para os cinco anos pesquisados. Além disso, foi verificado que, nos anos de 2018 e 2019, havia uma diferença entre o total de novas ações ajuizadas, apontada pelo painel, e a soma de todas as quantidades discriminadas por assunto. Essa diferença foi tratada como “Não especificado” durante o tratamento dos dados. Já nos anos de 2020 a 2022, não foi identificada a ocorrência de novos casos sem especificação de assunto.

As nomenclaturas atribuídas aos assuntos sugerem intersecções entre eles, nomeadamente no caso de “Tratamento médico-hospitalar” e “Fornecimento de medicamento”, sendo que também havia um terceiro assunto designado “Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamento”. Além disso, outras nomenclaturas evidenciam a existência de assuntos genéricos, como “Saúde”, “Pública” e “Urgência”.

---

<sup>395</sup> No painel mais novo, os assuntos “Controle Social e Conselho de Saúde”, “Financiamento do SUS” e “Fornecimento de medicamentos” se repetem duas vezes com códigos diferentes (12518 e 11855; 11852 e 12513; 12484 e 11884). Para a construção das tabelas apresentadas neste trabalho as quantidades foram unidas para facilitar a análise.

Para fins de comparação dos dados da judicialização da saúde no Estado da Bahia com o cenário nacional, também foram coletados os dados dos novos casos em todo o país, nos dois painéis, filtrando os resultados para a justiça estadual e para a justiça federal, bem como as ações ajuizadas perante a justiça federal baiana nos anos de 2020 a 2022.

Os dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça permitiram a elaboração dos Gráficos 1 a 5, bem como da Tabela 1.

Para o segundo grupo de dados, foi utilizado como fonte o Portal Transparência da Bahia,<sup>396</sup> sendo as informações extraídas das Demonstrações Contábeis Consolidadas<sup>397</sup> e do Portal Dados Abertos Bahia.<sup>398</sup> Para a coleta e a análise desse segundo grupo houve o auxílio do contador Geraldo Vianna Machado, cujo currículo conta com Especialização em Auditoria Pública pela Universidade do Estado da Bahia (2002) e décadas de experiência na contabilidade pública.

As Demonstrações Contábeis Consolidadas são documentos anuais elaborados pela Superintendência de Administração Financeira da Secretaria da Fazenda, em cumprimento ao “dever constitucional de dar transparência às suas ações e gestão financeira à sociedade baiana”,<sup>399</sup> seguindo as Leis Federais n. 4.320/1964 e n. 101/2000, bem como as Resoluções do Conselho Federal de Contabilidade. São documentos dedicados a apresentar informações acerca da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Estado da Bahia, de cada exercício financeiro.

A partir das Demonstrações Contábeis Consolidadas foram extraídos os valores anuais relativos ao orçamento da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, de acordo com o Anexo 11 da Lei n. 4.320 de 1964.<sup>400</sup> O referido anexo trata do comparativo entre despesa autorizada e despesa realizada, que são apresentados em forma de tabela no documento utilizado como fonte. Para a pesquisa ora apresentada, foram extraídos os valores constantes no campo destinado à despesa corrente total autorizada. Esses valores lastrearam a elaboração dos Gráficos 6 e 7.

Já no Portal Dados Abertos Bahia foram buscadas as informações sobre os gastos da Secretaria de Saúde do Estado com o cumprimento de decisões judiciais. Foram localizadas as

<sup>396</sup> PORTAL Transparência Bahia. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.transparencia.ba.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2023.

<sup>397</sup> BALANÇO Geral do Estado. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/financas-publicas/balanco-geral-do-estado/>. Acesso em: 10 out. 2023.

<sup>398</sup> PORTAL Dados Abertos Bahia. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://dados.ba.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2023.

<sup>399</sup> BAHIA. Governo do Estado. **Demonstrações Contábeis Consolidadas do Estado** – Exercício 2022. Salvador: Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 2023. p. 7.

<sup>400</sup> BRASIL. **Lei n. 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <https://tinyurl.com/lei4320>. Acesso em: 12 out. 2023.

planilhas com os dados referentes aos pagamentos cadastrados no Sistema Integrado de Planejamento, Contabilidade e Finanças do Estado da Bahia (FIPLAN). Nessas tabelas (uma para cada ano), foram isolados os pagamentos realizados pela Secretaria da Saúde que tinham como elemento despesa as sentenças judiciais. Para isso, foram utilizados os seguintes filtros: Órgão: “Secretaria da Saúde”, Elemento de Despesa: “Sentenças Judiciais”, mantendo-se os demais campos sem alterações.

Considerando os cinco anos investigados, a coluna referente à “Subfunção” apresentou resultados diferentes para cada ano. Para 2018 e 2019, somente “Assistência Hospitalar e Ambulatorial” e “Suporte Profilático e Terapêutico”. Nos anos de 2020 e 2021, constaram as subfunções: “Assistência Hospitalar e Ambulatorial”, “Suporte Profilático e Terapêutico”, “Administração Geral” e “Assistência ao Portador de Deficiência”. Por fim, no ano de 2022 as subfunções foram: “Assistência Hospitalar e Ambulatorial”, “Suporte Profilático e Terapêutico”, “Outros Encargos Especiais” e “Vigilância Epidemiológica”. Os dados coletados no Portal Dados Abertos Bahia embasaram a confecção dos Gráficos 7 a 8.

Embora a pesquisa tenha sido finalizada em outubro de 2023, fora observado que os dados dos pagamentos da Secretaria de Saúde relativos às decisões judiciais no ano de 2022 não estavam completos. Isso foi verificado através da coluna com a “Data do Pagamento”, apresentada na tabela dos dados primários, haja vista que os registros lançados se referiam apenas aos meses de janeiro a maio de 2022. Apesar da ausência de dados completos disponíveis para consulta, preferiu-se manter o ano de 2022 na análise, a fim de atender ao recorte temporal proposto.

Como mencionado anteriormente, a coleta e análise dos dados relativos a todo o segundo grupo contou com o auxílio de um profissional da área contábil. Esse auxílio visou sanar dificuldades relativas à busca e à compreensão das informações, que seguem parâmetros próprios da contabilidade pública. Ainda assim, outras dificuldades foram enfrentadas, sobretudo no que tange à coleta no Portal Dados Abertos. Isso ocorreu precipuamente em função da quantidade de informações a serem analisadas e a forma como elas estão organizadas no material disponível para consulta, afetando as possibilidades de filtragem. Sem dúvidas, essas questões se refletiram em limitações ao próprio estudo.

Uma dessas limitações se refere à ausência de padronização no lançamento dos pagamentos relativos às demandas judiciais, em especial na coluna “Histórico” das planilhas consultadas. Na contabilidade, o histórico se refere à descrição do lançamento contábil, que deve permitir identificar o destino de cada um dos registros. Nos dados analisados, entretanto,

em razão desta falta de padrão, não se tornou possível uma fácil identificação dos objetos das demandas, que permitiriam outras abordagens neste trabalho.

Nesse sentido, ainda considerando o campo dedicado ao histórico, algumas vezes foram encontrados textos curtos com algum detalhamento, como o nome do paciente, a identificação do medicamento ou do tipo de tratamento, além do número do processo judicial e/ou do processo no Sistema Eletrônico de Informações. A título de exemplo, se transcreve o histórico a seguir, extraído de um dos registros no ano de 2022: “DEPÓSITO JUDICIAL ESTADUAL, Paciente [...], Medicamento ROSUVASTATINA CALCICA 5 MG COMPRIMIDO, PROCESSO [...]”.<sup>401</sup> Noutras vezes, apareceu somente o número do processo judicial e/ou o número do processo interno no Sistema Eletrônico de Informações (SEI).

No caso da pesquisa apresentada, a quantidade de informações a serem tratadas tornou inviável que fosse consultado cada um dos processos judiciais para extrair, com maior precisão e detalhamento, informações a respeito, por exemplo, do órgão jurisdicional, o objeto demandado, se o medicamento ou o tratamento são previstos ou não como políticas públicas. Foi considerado, ainda, que parte dos processos provavelmente seriam protegidos por segredo de justiça,<sup>402</sup> o que prejudicaria o detalhamento das informações. Foram essas limitações que justificaram a utilização, para o fim de análise dos objetos demandados, apenas das “subfunções” apresentadas nas planilhas consultadas.

Numa etapa final da pesquisa, após ser identificado que o medicamento de maior custo para o Estado da Bahia era a proteína C – como será delineado a seguir – fora possível observar que a utilização do elemento de despesa “Sentenças Judiciais” não ofereceu um retrato preciso dos valores gastos com a judicialização. Somente fora possível observar essa distorção em razão de peculiaridades do fornecimento desse medicamento na Bahia: é um fármaco utilizado para tratamento de uma doença rara, que teve sua prestação determinada através de decisão judicial a apenas um indivíduo baiano. Portanto, essas peculiaridades foram o que permitiram identificar que os pagamentos para a aquisição da proteína C haviam sido lançadas nas planilhas com elementos de despesa diversos – embora fosse fruto da judicialização da saúde.

Para mitigar as dificuldades para obtenção de dados mais precisos, especialmente sobre os valores gastos com a judicialização pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, foram

---

<sup>401</sup> PORTAL Dados Abertos Bahia. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://dados.ba.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2023.

<sup>402</sup> Nas hipóteses do artigo 189 do Código de Processo Civil (BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://tinyurl.com/cpc-2015>. Acesso em: 12 out. 2023).

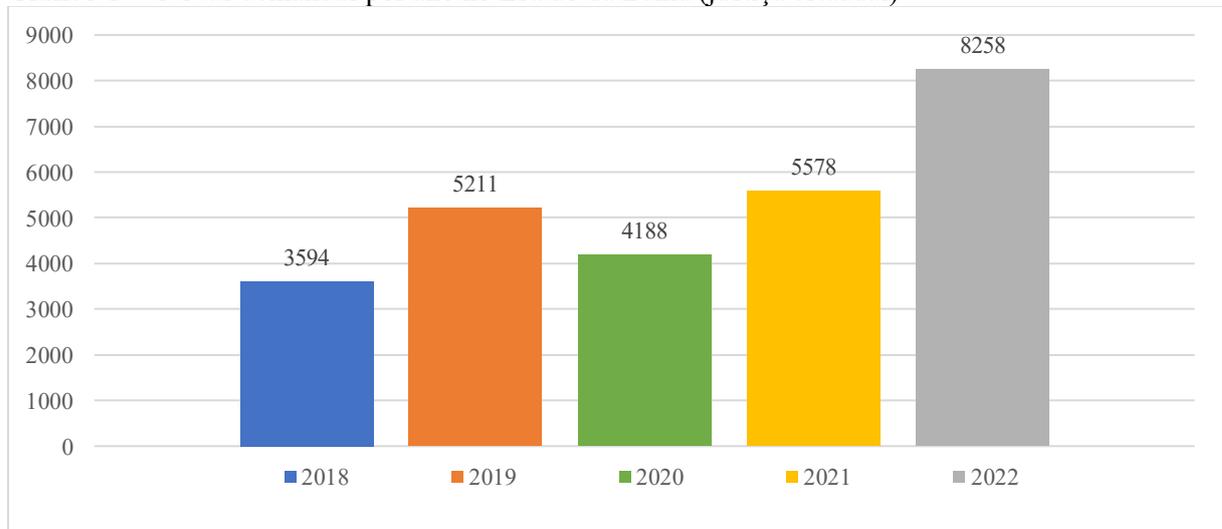
utilizadas informações de outras fontes, a fim de aproximar a análise de um retrato mais alinhado à realidade investigada.

### 3.3.2 Exposição e análise dos dados coletados

O primeiro caso de judicialização da saúde no Estado da Bahia teria sido no ano de 2002. A partir daí, um crescimento considerável das demandas judiciais teria ocorrido entre os anos de 2006 e 2007, com registro de 34 e 112 novas ações, respectivamente. Essas informações constam no trabalho de Araújo, pesquisadora que afirma que “Muitas demandas eram para o atendimento oncológico de pacientes que haviam iniciado seu tratamento em clínicas privadas”.<sup>403</sup>

No levantamento realizado nesta pesquisa, verifica-se que as novas ações alcançam números mais expressivos no período estudado, com uma progressão anual que acompanha o cenário nacional. O Gráfico 1 apresenta a quantidade de novas ações de saúde ajuizadas perante a justiça estadual baiana (Tribunal de Justiça do Estado da Bahia) no período de 2018 a 2022.

Gráfico 1 – Novas demandas por ano no Estado da Bahia (justiça estadual)



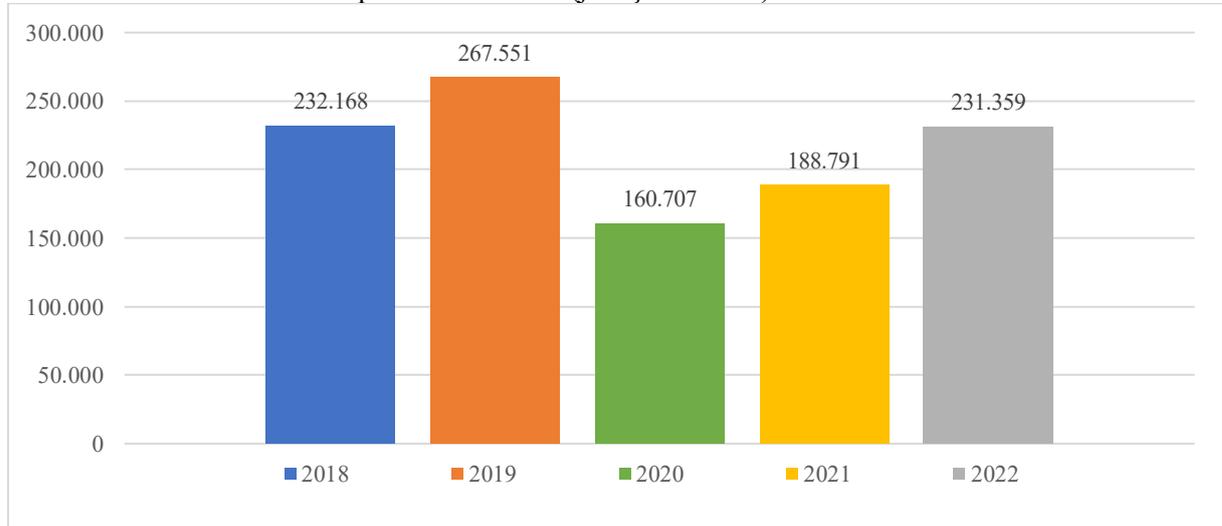
Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

Para fins de comparação, foram coletados dados do mesmo período referentes à justiça estadual dos Estados brasileiros (incluindo a Bahia). No Gráfico 2 pode ser verificado que a progressão anual de novos casos na justiça estadual baiana acompanhou o cenário nacional, no

<sup>403</sup> ARAÚJO, Mônica Cristina Moraes e Souza. **Uma análise da judicialização da saúde na aquisição e na distribuição de medicamentos e insumos no Brasil pelo Ministério da Saúde no período de 2010 a 2014**. 2016. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública na Saúde) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 12.

sentido de aumento em todos os anos, exceto no ano de 2020, que os dados apontam para uma queda no número de novas ações.

Gráfico 2 – Novas demandas por ano no Brasil (justiça estadual)



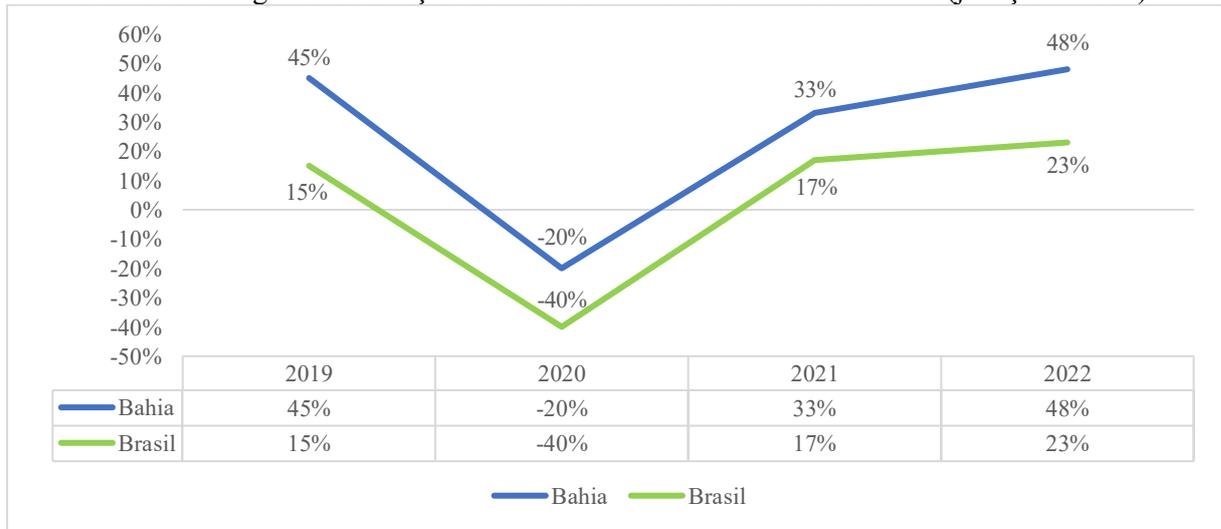
Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

A queda no número de casos, verificada em 2020, coincide com o ano da classificação da pandemia de Covid-19 pela OMS, bem como do reconhecimento do estado de calamidade pública no Brasil.<sup>404</sup> Com efeito, nesse período foram implementadas medidas de distanciamento social, a fim de evitar o contágio da doença, o que levou a suspensão da atividade do Poder Judiciário e das instituições auxiliares à justiça (Ministério Público, Defensorias Públicas etc.). Esses fatores podem justificar o decréscimo no número de novas ações no período.

Quando consideradas as porcentagens de aumento no número de novas ações, a conclusão é de que a judicialização da saúde na Bahia cresceu de forma mais acelerada, em relação ao quadro no Brasil. O Gráfico 3 apresenta a evolução percentual no número de novas ações a cada ano, comparado ao ano anterior.

<sup>404</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6**, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/dlg6-2020.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm). Acesso em: 25 out. 2023.

Gráfico 3 – Porcentagens de evolução de novas demandas no Brasil e na Bahia (justiça estadual)



Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

O Gráfico 3 demonstra, assim, que o desenho formado pelas linhas, que representam a oscilação entre o aumento e a diminuição da porcentagem de novas ações judiciais ao longo dos anos, se apresenta de forma similar nos panoramas da Bahia e do Brasil. No entanto, numa análise mais detalhada das informações, verifica-se que as porcentagens da Bahia apontam para aumentos maiores e para uma diminuição menor (em 2020) do que as porcentagens nacionais para o mesmo período.

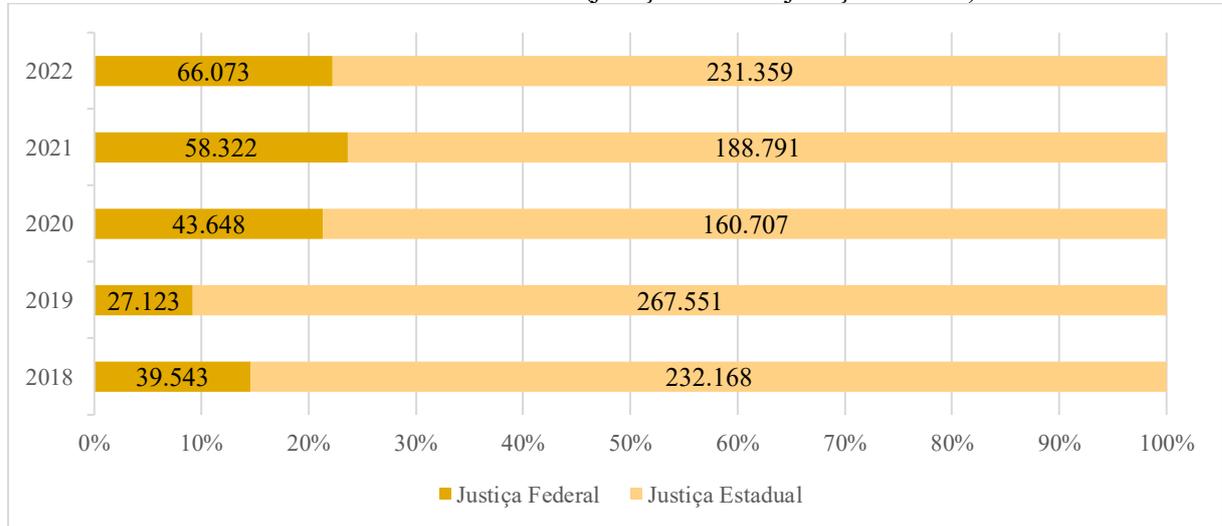
De acordo com dados apresentados pelo Tribunal de Contas da União (TCU),<sup>405</sup> a maior concentração de processos relativos à judicialização da saúde pública seria no âmbito da justiça estadual. O levantamento do TCU teria considerado o período de 2013 e 2014 e os tribunais estaduais de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, Paraná, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Distrito Federal e Territórios e Amapá, bem como os tribunais federais das cinco regiões, que abrangem todo o território nacional. As novas ações judiciais nos tribunais estaduais teriam alcançado a quantidade de 136.108, enquanto as cinco regiões da justiça federal somaram 18.356 novas ações no mesmo período, correspondendo a apenas 12% do total apurado.

Nos cinco anos investigados nesta pesquisa, as cinco regiões da justiça federal alcançaram quantidades menores de novas demandas judicializadas na área da saúde pública, comparado à justiça estadual brasileira. Nos anos de 2018 e 2019, respectivamente, os percentuais foram de 14% e 9% dos totais de novas ações de saúde no país. Há um aumento dessa porcentagem nos

<sup>405</sup> BRASIL, 2017.

três anos seguintes, de modo que a justiça federal abarcou 21%, 23% e 22% das novas demandas judiciais na área, como mostra o Gráfico 4.

Gráfico 4 – Novas demandas de saúde no Brasil (justiça federal e justiça estadual)



Fonte: Elaborada pela Autora (2023).

Isso significa que a concentração das demandas judiciais na seara da saúde pública tem se mantido na justiça estadual. As informações disponibilizadas no Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde do CNJ apontam para porcentagens ainda menores quando considerado somente a Bahia. As novas ações ajuizadas perante a justiça federal baiana corresponderam a 8%, 7% e 7% do total de novas ações dos anos de 2020, 2021 e 2022, respectivamente. Esses dados sugerem que a maior parte das ações de saúde contra o Estado da Bahia seja proveniente da justiça estadual. A competência da justiça federal, mais restrita que a estadual, também pode ser considerada como justificativa para isso.

Os dados acima coadunam com informações presentes em material disponibilizado pelo Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS). De acordo com esse material, no ano de 2021, a maioria das demandas judiciais contra o Estado da Bahia teria se originado na justiça estadual. Os percentuais seriam de 86% das demandas oriundas da justiça estadual e 14% da justiça federal.<sup>406</sup> No material consta, ainda, que o Estado da Bahia teria sido demandado de forma isolada na maior parte dos casos, situação que abarcaria 55% das ações. Na segunda posição estaria o Estado da Bahia em litisconsórcio passivo com municípios (33%),

<sup>406</sup> O material aponta que esses dados consideram os objetos: Fórmula Alimentar Especial; Indenizatória; Medicamento; Políticas Públicas; Procedimentos/Consultas/Exames e Regulação.

seguido do litisconsórcio passivo com a União (8%) e, após, o litisconsórcio entre os três entes (6%).<sup>407</sup>

Além das quantidades de novas ações ajuizadas no âmbito da saúde pública, os dados coletados nos painéis do Conselho Nacional de Justiça identificam os assuntos dessas ações. O predomínio dos ajuizamentos perante a justiça estadual, mencionada anteriormente, bem como a ausência de filtros que permitissem identificar as ações nas quais o Estado da Bahia figurava no polo passivo, orientou para que a coleta de dados sobre os assuntos das novas demandas focasse na justiça estadual baiana.

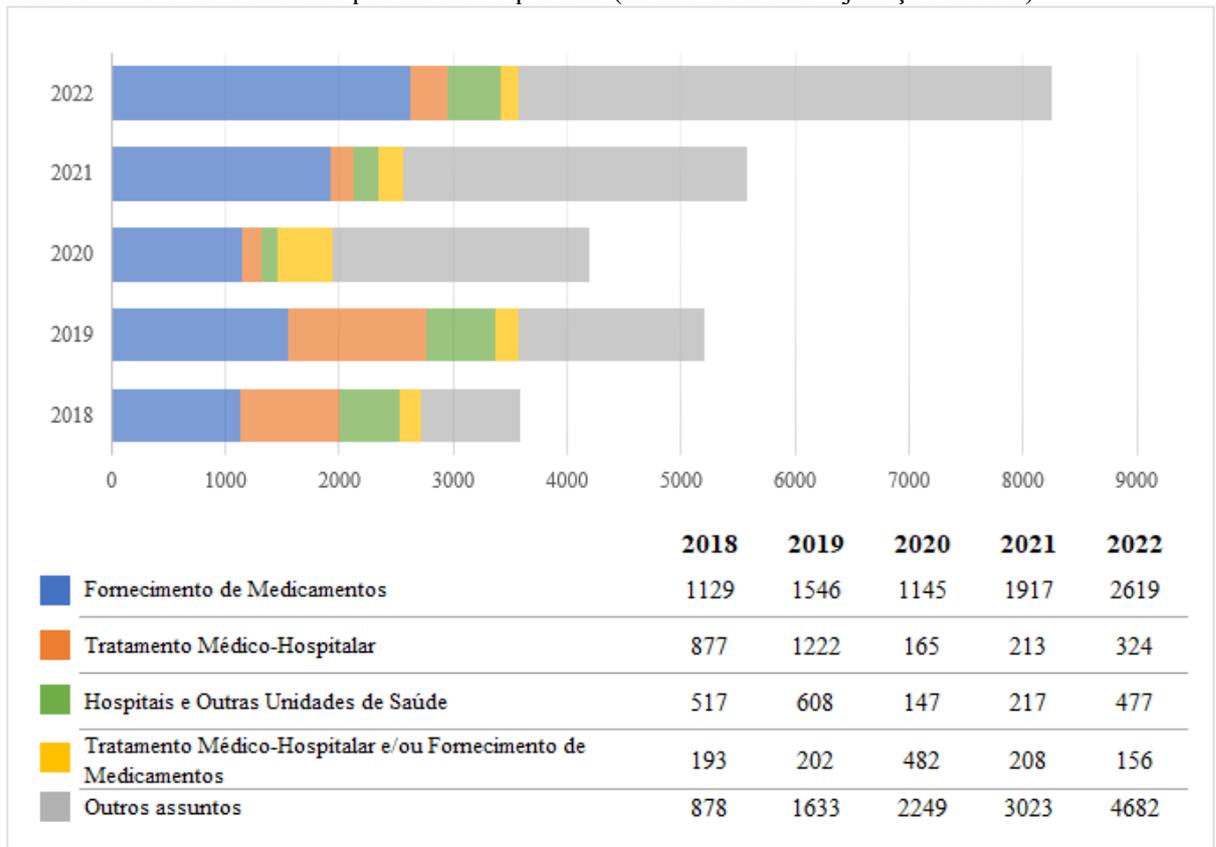
Como mencionado na sessão de metodologia, o painel Justiça em Números Digital apresentou dez assuntos para os anos de 2018 e de 2019, enquanto no Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, com dados dos anos de 2020 e 2022, foram obtidos 31 assuntos. Para fins de comparação entre os cinco anos estudados, foram isolados os dez assuntos comuns aos dois painéis. Foi possível verificar, pelos dados do Gráfico 5, que a inclusão de novos assuntos, a partir de 2020, provocou a reorganização dos registros. Assim, “Tratamento médico-hospitalar”, que apresentou a soma de 2.099 novos casos, de 2018 a 2019, somou apenas 702 novos casos, nos três seguintes. O Gráfico 5 apresenta a distribuição dos novos casos nos cinco assuntos com maiores registros no período estudado, considerando a justiça estadual baiana.<sup>408</sup>

---

<sup>407</sup> Não foram identificados os números totais de casos considerados para as porcentagens mencionadas, tampouco se foram contabilizadas as novas ações ajuizadas ou as ações recebidas para cumprimento pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB).

<sup>408</sup> Para a elaboração do Gráfico 5, foram excluídos os assuntos cuja quantidade de casos novos registrados era menor a 100 em pelo menos um dos anos estudados. Em seguida, os assuntos inicialmente excluídos foram agrupados em “Outros assuntos”, incluindo os assuntos não especificados dos anos de 2018 e 2019.

Gráfico 5 – Novas demandas por assunto e por ano (Estado da Bahia – justiça estadual)



Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

A Tabela 1 apresenta os outros assuntos, cuja soma das novas demandas, nos cinco anos, excedeu a 100 registros.

Tabela 1 – Outros assuntos das novas demandas (justiça estadual baiana)

Assunto	2018	2019	2020	2021	2022
Oncológico	-	-	905	1154	1860
Internação/Transferência Hospitalar	-	-	307	485	605
Saúde	-	-	217	238	442
Controle Social e Conselhos de Saúde	47	74	112	190	268
Cirurgia	-	-	154	193	302
Urgência	-	-	137	153	306
Consulta	-	-	131	150	294
Financiamento do SUS	83	185	24	30	30
Não padronizado	-	-	47	81	197
Saúde Mental	68	55	29	59	56
Fornecimento de insumos	-	-	93	76	77
Eletiva	-	-	43	75	88
Convênio Médico com o SUS	-	-	26	72	90

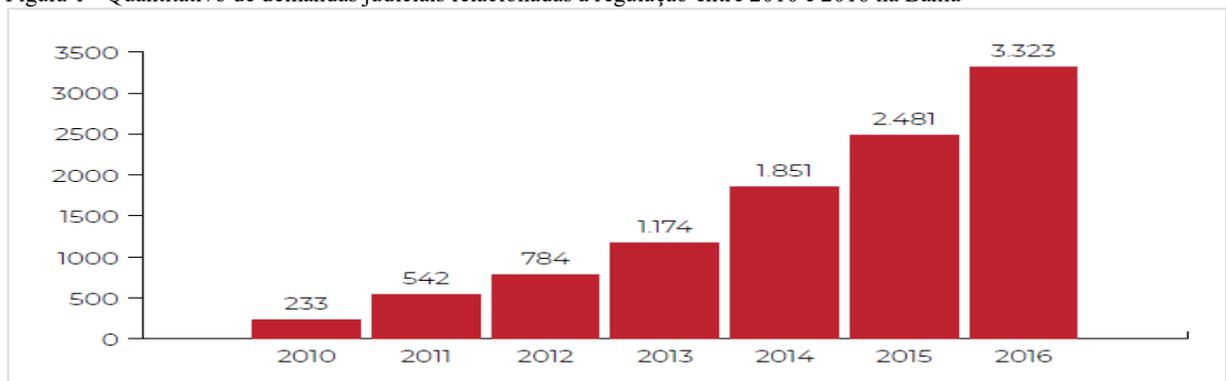
Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

Os dados apresentados no Gráfico 5 e na Tabela 1 mostram que o assunto “Fornecimento de medicamentos” alcançou os maiores registros de novas ações entre 2018 e 2022. Em todos

esses anos, considerados isoladamente ou em conjunto, o assunto relacionado aos medicamentos apareceu como o de maior número de novas ações. Isso sugere uma mudança em relação ao período de 2010 a 2016, no qual a maioria das demandas judiciais propostas face ao Estado da Bahia teria sido no âmbito da regulação (sistema responsável pela gestão de vagas hospitalares e outras necessidades de pacientes dentro do SUS).<sup>409</sup>

Nesse sentido, Rêgo afirma que as demandas judiciais relacionadas à regulação seriam responsáveis pela maior parte das ações propostas contra o Estado da Bahia naquele período.<sup>410</sup> A autora se baseia em dados publicados por Barbosa,<sup>411</sup> que afirma que a regulação e o fornecimento de medicamentos seriam responsáveis pelo maior gasto gerado pela judicialização ao Estado da Bahia entre os anos de 2010 e 2016. A Figura 1 reproduz gráfico que apresenta as quantidades de demandas judiciais relacionadas à regulação no período mencionado.

Figura 1 - Quantitativo de demandas judiciais relacionadas à regulação entre 2010 e 2016 na Bahia



Fonte: Barbosa (2017).<sup>412</sup>

Entre 2018 e 2022, como apresentado no Gráfico 5, as maiores quantidades de novos processos se referiram ao assunto “Fornecimento de medicamentos”. Embora não haja o assunto regulação nas opções de filtragem oferecidas pelos painéis do CNJ, e não se saiba se os casos apresentados na Figura 1 se referem às novas ações ajuizadas naqueles anos,<sup>413</sup> as informações apontam para uma alteração do quadro.

<sup>409</sup> SISTEMA de regulação. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/sistemaregulacao>. Acesso em: 17 out. 2023.

<sup>410</sup> Cf. RÊGO, 2017, p. 100.

<sup>411</sup> BARBOSA, Poliana Brito. Direito à saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no Estado da Bahia entre 2010-2016. In: **VII Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário - CIADS**, 7, 2017, São Paulo. Anais [...]. São Paulo, CEPEDISA, 2018. Disponível em: [https://rediberoamericanadisa.com/?media\\_dl=3053](https://rediberoamericanadisa.com/?media_dl=3053). Acesso em: 20 set. 2023. p. 346.

<sup>412</sup> BARBOSA, 2017, p. 346.

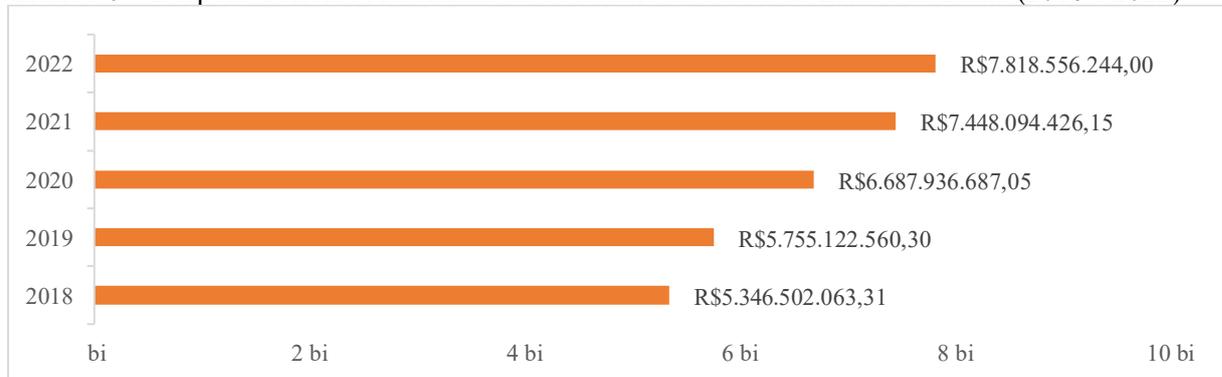
<sup>413</sup> Acredita-se que o parâmetro utilizado na pesquisa tenha sido de novos casos recebidos para cumprimento pelo Estado da Bahia, e não de novos casos ajuizados.

Em uma palestra realizada em novembro de 2019, o então Secretário de Saúde do Estado da Bahia, Fábio Vilas-Boas, afirmou que a Bahia havia reduzido em 75% o número de pedidos judiciais concernentes à regulação (até setembro de 2019, teriam ocorrido apenas 220 casos). Na ocasião, o Secretário justificou que a queda das ações judiciais de regulação teria ocorrido em razão dos investimentos estatais na construção de hospitais, abertura de leitos e com informatização. Por outro lado, a atuação da Câmara de Conciliação de Saúde (CCS)<sup>414</sup> estaria ajudando a evitar que demandas de saúde fossem judicializadas, através de soluções administrativas.<sup>415</sup>

Passando à análise dos dados do segundo grupo, isto é, aqueles relativos aos impactos orçamentários da judicialização da saúde, inicialmente foram coletadas informações a respeito do orçamento público destinado à saúde no Estado da Bahia. Conforme já tratado na sessão de metodologia, esses dados são provenientes das Demonstrações Contábeis Consolidadas, divulgadas pelo referido ente estatal, em atenção ao dever constitucional de dar transparência à população a respeito da utilização dos recursos públicos.

O Gráfico 6 apresenta os totais das Despesas Correntes Autorizadas (de acordo com o anexo 11 da Lei n. 4.320/1964), nos anos de 2018 a 2022, relativas à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

Gráfico 6 – Despesa Corrente Autorizada da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (2018 a 2022)



Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

A execução orçamentária da Secretaria da Saúde engloba o Fundo Estadual de Saúde (FESBA) e a Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia (HEMOBA), com despesas

<sup>414</sup> “A Câmara de Conciliação da Saúde (CCS) foi criada pelo Comitê Executivo Estadual de Saúde, em razão da Resolução 107, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Convênio de Cooperação Técnica nº 01/2015 [...]. Inaugurada em outubro de 2016, a CCS propõe a desjudicialização da saúde a partir de medidas preventivas extrajudiciais que podem ser utilizadas pelos interessados e pelos participantes envolvidos como uma ferramenta alternativa a garantir a efetivação do direito à saúde e ao mesmo tempo reduzir os impactos negativos causados à execução das políticas públicas de saúde no Estado da Bahia” (RÊGO, 2017, p. 108).

<sup>415</sup> SECRETÁRIO apresenta dados de redução de judicialização da saúde durante congresso. **Governo do Estado da Bahia**, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/noticiagovba>. Acesso em: 17 out. 2023.

com pessoal (recursos humanos), encargos sociais, investimentos e inversões financeiras. O FESBA se destaca em relação ao HEMOBA, com representatividade global de mais de 98%, em todos os anos estudados. Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a transferência de recursos federais para os estados e municípios desempenha papel relevante no financiamento do SUS. Essas transferências ocorrem no âmbito do Fundo Estadual da Saúde, no caso do Estado da Bahia, com recebimento de recursos federais e repasses para os municípios baianos

Nos cinco anos estudados, a “Saúde” se posicionou entre as quatro funções com maior orçamento dentro do quadro geral de despesas do Estado da Bahia, dividindo o pódio apenas com as funções “Encargos Pessoais”, “Previdência Social” e “Educação”.<sup>416</sup> O orçamento da saúde, portanto, movimenta valores elevados, ao passo que também é responsável pelo pagamento de uma ampla gama de ações e serviços de saúde, em cumprimento à legislação constitucional e infraconstitucional, também tratadas no primeiro capítulo deste trabalho.

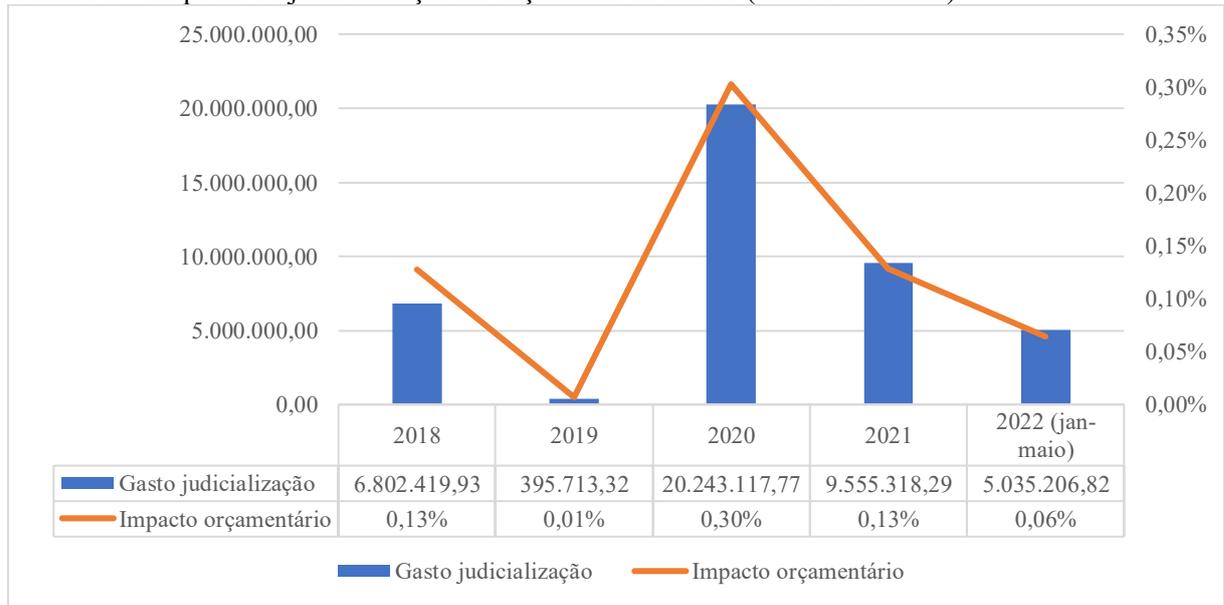
O interesse precípua na busca pelos totais da despesa do Estado da Bahia com a saúde pública se calçou em estabelecer um comparativo com os valores gastos com o cumprimento de decisões judiciais e, com efeito, mensurar o impacto orçamentário da judicialização da saúde no Estado da Bahia.

Como esclarecido na sessão de metodologia, os dados sobre os gastos com a judicialização da saúde no Estado da Bahia foram extraídos de planilhas localizadas no Portal Dados Abertos Bahia. O procedimento de coleta, em suma, visou isolar os pagamentos realizados pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia com sentenças judiciais enquanto elemento de despesa. Os valores obtidos foram somados, formando o “Gasto judicialização”, apresentado no Gráfico 7. Em seguida, foram calculadas as porcentagens que esse gasto representava à execução orçamentária total de cada ano (consoante valores apresentados anteriormente, no Gráfico 6). Essas porcentagens formaram o “impacto orçamentário” apresentado no gráfico a seguir. O Gráfico 7 apresenta o impacto dos gastos da judicialização da saúde no orçamento público da saúde.

---

<sup>416</sup> De acordo com dados consultados no Painel de Despesas do Portal Transparência (PAINEL de despesas. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.transparencia.ba.gov.br/Despesa/Painel>. Acesso em: 17 out. 2023).

Gráfico 7 – Impacto da judicialização no orçamento da Saúde (Estado da Bahia)

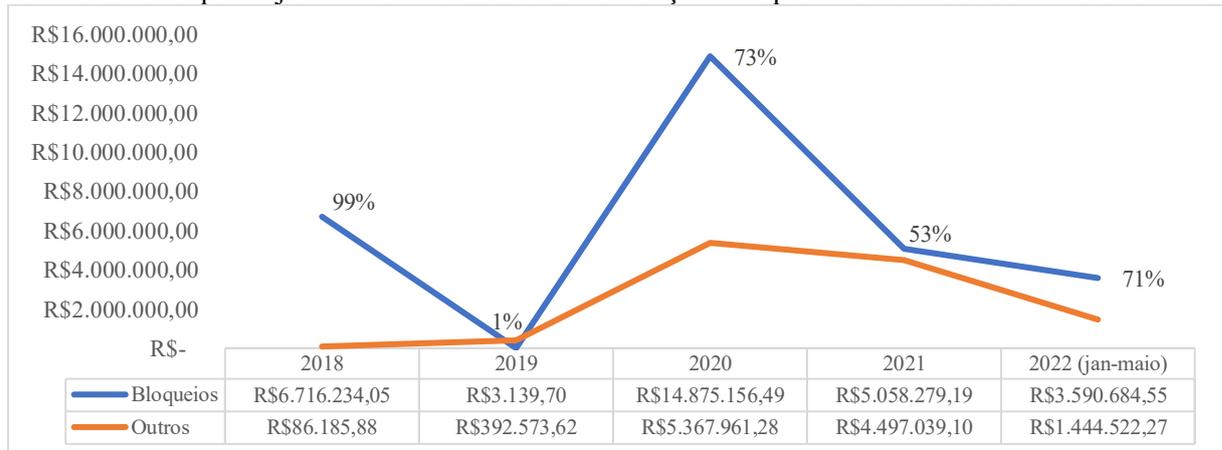


Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

Como mencionado na sessão de metodologia, os dados coletados acerca do gasto com a judicialização, no que concerne ao ano de 2022, correspondem somente aos meses de janeiro a maio daquele ano. Os dados coletados mostram que a média mensal de gasto com a judicialização da saúde foi de aproximadamente um milhão de reais no ano de 2022. Isso sugere que o gasto com a judicialização no ano de 2022 tenha ultrapassado o do ano anterior, já que, em apenas cinco meses, o montante já alcançava mais da metade do quanto apurado ao longo dos dozes meses do ano de 2021.

O Gráfico 7 aponta, ainda, uma drástica queda dos pagamentos relativos à judicialização da saúde no ano 2019, que é seguido do maior pico de gastos do período (ocorrido no ano de 2020). Em análise aos históricos dos lançamentos da planilha consultada, foi verificado que a maioria dos pagamentos se refere a bloqueios judiciais. A soma dos lançamentos que indicam a ocorrência dos bloqueios totalizou o montante de R\$30.243.493,98 – nos cinco anos investigados – que representa 72% dos gastos com judicialização em todo o período. O Gráfico 8 apresenta as somas dos pagamentos relativos aos bloqueios judiciais em cada ano.

Gráfico 8 – Bloqueios judiciais entre 2018 e 2022 no orçamento público da Saúde do Estado da Bahia



Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

De acordo com os dados do Gráfico 8, apenas o ano de 2019 registrou menos pagamentos relativos a bloqueios judiciais, no período analisado. Isso indica que a queda de gastos com a judicialização no ano de 2019 tenha relação com a diminuição de pagamentos relativos aos bloqueios judiciais. Isso não significa, contudo, que menos bloqueios ocorreram ou foram determinados pelo judiciário no ano de 2019, consoante se esclarece a seguir.

Os históricos das planilhas de pagamento do ano de 2020 indicaram quantias destinadas à regularização de bloqueios judiciais de períodos anteriores, nomeadamente de 2017 a 2020. Esses históricos mencionavam, ainda, a “OT 055”, sigla para Orientação Técnica n. 055, que regulamenta os processos de regularização de bloqueios judiciais.<sup>417</sup>

A partir do Gráfico 8 pode ser observado, ainda, que os gastos com a judicialização da saúde na Bahia, no período estudado, alcançaram quantias elevadas. Apesar disso, o impacto orçamentário aparentemente seria pequeno, em razão de não representar sequer um por cento ao ano sobre a execução orçamentária da Secretaria da Saúde. Contudo, para uma interpretação mais adequada desses dados, é necessário considerar, por um lado, os valores nominais envolvidos no cálculo e, por outro lado, as particularidades que constituem o pano de fundo dos montantes.

Conforme já mencionado, a “Saúde” se posicionou entre os quatro maiores orçamentos do Estado da Bahia, nos cinco anos estudados. Como abordado no primeiro capítulo deste trabalho, o financiamento da saúde pública brasileira obedece a percentuais mínimos de recursos a serem aplicados em ações e serviços de saúde para a coletividade, através do Sistema Único de Saúde (artigo 198 da Constituição Federal). Esses recursos mínimos geram, para o

<sup>417</sup> BAHIA. Secretaria da Fazenda. **Orientação Técnica n. 055/2016**. Regularização dos processos de bloqueio judicial. Disponível em: [https://portal.sefaz.ba.gov.br/administracao/pdf\\_saf/OT\\_55.pdf](https://portal.sefaz.ba.gov.br/administracao/pdf_saf/OT_55.pdf). Acesso em: 30 out. 2023.

Estado, o dever de realizar a aplicação de recursos vinculados, consoante elucida as Demonstrações de Contábeis Consolidadas do Estado da Bahia.

Os recursos vinculados à Saúde destinam-se à execução de programas de trabalho relacionados com a saúde individual e coletiva e são desenvolvidos e coordenados pela Secretaria de Saúde do Estado. A apuração dos valores de aplicação obrigatória aplicados em ações e serviços públicos de saúde é tratada no art. 198 da Constituição Federal e no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Para os Estados, a base de cálculo para apuração dos limites legais mínimos de aplicação em saúde é o total de receita de impostos de natureza estadual, somada às receitas transferidas da União (FPE, IPI-EXP, Lei Kandir), mais o Imposto de Renda Retido na Fonte, e Outras Receitas Correntes tais como Receita da Dívida Ativa Tributária de impostos, Multa, Juros de Mora e Correção Monetária. Deste total, subtraem-se as Transferências Constitucionais e Legais aos Municípios.<sup>418</sup>

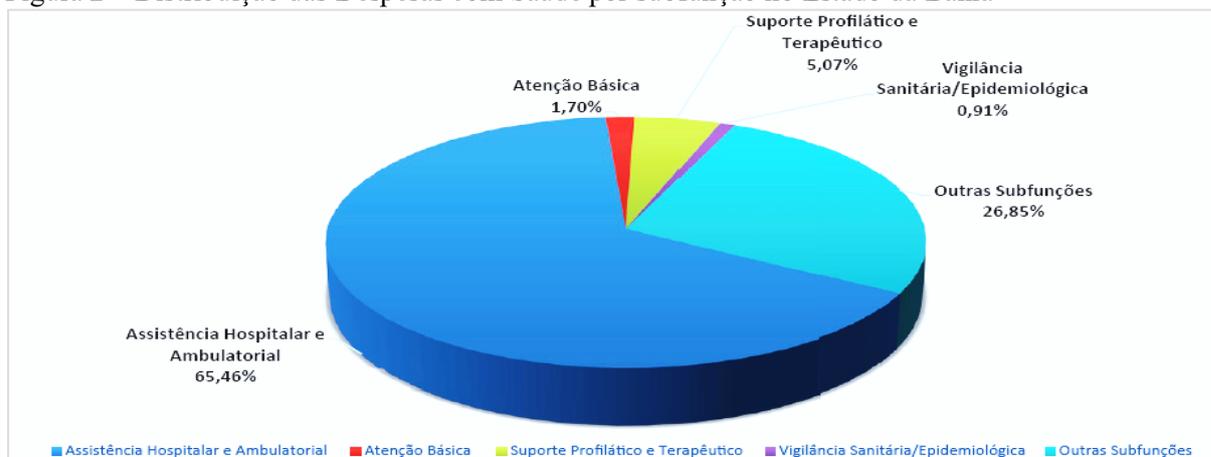
Trata-se, portanto, de um orçamento robusto, que tem seus recursos distribuídos em diversas áreas para o atendimento das necessidades de saúde da população, como a assistência farmacêutica, a assistência hospitalar e ambulatorial, a atenção básica, a vigilância sanitária, a vigilância epidemiológica, dentre outras. Há de considerar, nesse sentido, que a população baiana figura como a maior da região Nordeste e a quarta maior do país, contando com 14.136.417 habitantes a serem atendidos pelo orçamento público destinado à saúde.<sup>419</sup> A Figura 2 ilustra a diversidade de ações e serviços de saúde abarcados pelo orçamento público de saúde na Bahia, através de reprodução de gráfico com a distribuição das despesas por subfunção para fins de cumprimento dos limites constitucionais.

---

<sup>418</sup> BAHIA. Governo do Estado. **Demonstrações Contábeis Consolidadas do Estado** – Exercício 2022. Salvador: Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 2023. p. 172.

<sup>419</sup> BAHIA mantém a maior população do Nordeste e quarta do Brasil. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/bahiapopulus>. Acesso em: 19 out. 2023.

Figura 2 – Distribuição das Despesas com Saúde por subfunção no Estado da Bahia



Fonte: BAHIA (2022).<sup>420</sup>

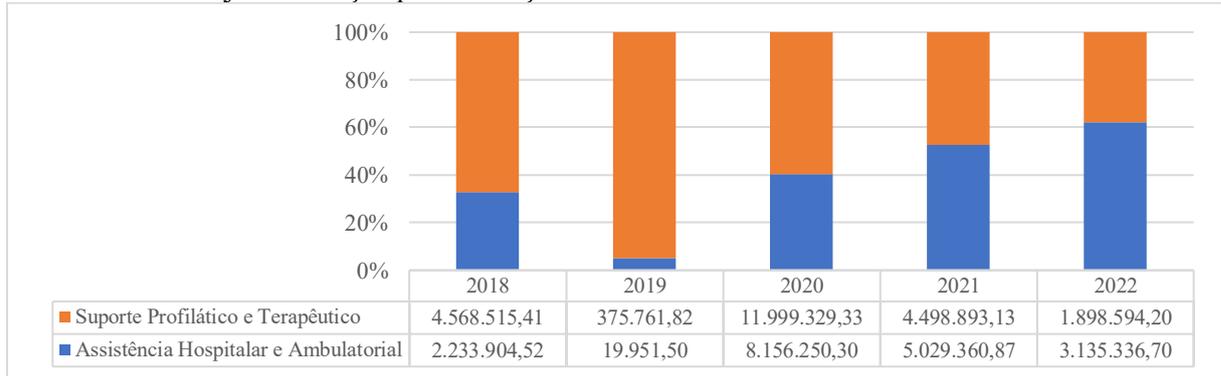
Os gastos com a judicialização da saúde, por sua vez, não constituem uma subfunção com recursos públicos previstos para cada ano. Ao contrário, os dados do Gráfico 7 indicam que a evolução de gastos com as decisões judiciais não apresenta uma tendência clara de crescimento ou diminuição, prejudicando a previsibilidade da utilização dos recursos pela gestão pública. Além disso, os gastos com a judicialização da saúde, em regra, beneficiam a um número reduzido de pessoas, considerando o universo da população baiana. Isto porque, conforme já fora apresentado em diversas pesquisas, as ações concernentes à judicialização da saúde seriam “predominantemente individuais, não resultando em benefícios coletivos”.<sup>421</sup>

As planilhas localizadas no Portal Dados Abertos permitiram, ainda, a filtragem dos pagamentos por subfunções. Conforme esclarecido na sessão dedicada à metodologia, todos os cinco anos apresentaram registros nas subfunções “Assistência Hospitalar e Ambulatorial” e “Suporte Profilático e Terapêutico”. Essas duas subfunções representaram, juntas, a 99,8% da soma dos pagamentos no período analisado. O Gráfico 9 apresenta a distribuição dos gastos com a judicialização da saúde por ano e por subfunção, considerando as duas subfunções com maiores registros.

<sup>420</sup> BAHIA. Governo do Estado. **Demonstrações Contábeis Consolidadas do Estado** – Exercício 2022. Salvador: Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 2023. p. 228.

<sup>421</sup> FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado; QUELUZ, Dagmar de Paula. A judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. *Interface*, Botucatu, v. 24, 2020, p. 1-17. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/Interface.190345>. Acesso em: 20 out. 2023. p. 13.

Gráfico 9 – Gasto judicialização por subfunção entre 2018 a 2022 no Estado da Bahia

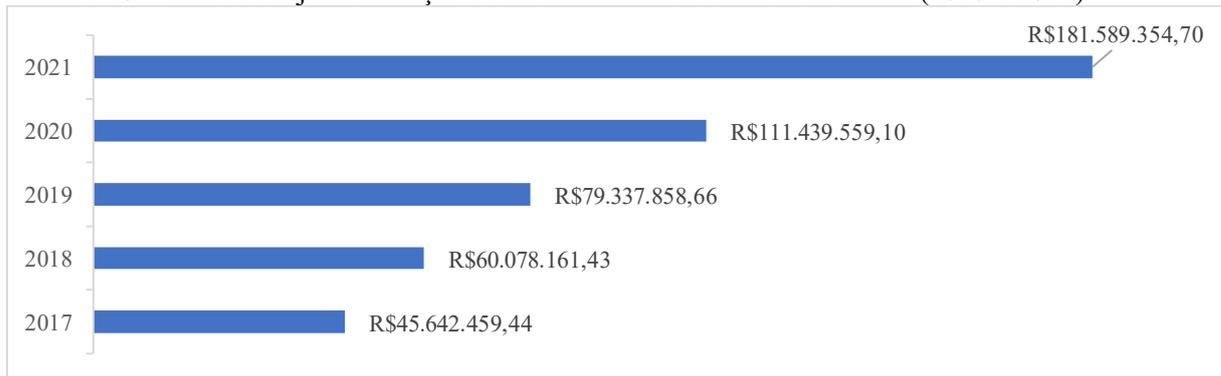


Fonte: Elaborado pela Autora (2023).

Os gastos da Secretaria de Saúde com a judicialização se concentraram, portanto, na subfunção “Suporte Profilático e Terapêutico”, ao longo de todo o período estudado. Em análise conjunta com os dados relativos às demandas judiciais do mesmo período, pode ser afirmado que os medicamentos se destacaram como o objeto mais demandado nas ações judiciais no campo da saúde, ao passo que também geram os maiores custos com a judicialização da saúde para o Estado da Bahia.

Os dados referentes aos gastos com a judicialização coletados nesta pesquisa destoam das informações constantes no material enviado pelo NAJS, mencionado anteriormente. O material do Núcleo aponta que o custo com a judicialização de medicamentos seria em montantes mais elevados. O Gráfico 10 apresenta os gastos com a judicialização de medicamentos no período de 2017 a 2021, de acordo com as informações disponibilizadas pelo NAJS.

Gráfico 10 – Custo com judicialização de medicamentos no Estado da Bahia (2017 a 2021)



Fonte: Elaborado pela Autora a partir das informações fornecidas pelo NAJS (2023).

Essas informações teriam sido extraídas do Sistema de Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica (SIGAF). A discrepância das informações, assim, pode ser explicada em razão das fontes serem diversas, com diferenças, também, de parâmetros aplicados para a coleta dos dados. O material disponibilizado pelo NAJS afirma, ainda, que mais de 80% dos medicamentos demandados judicialmente do Estado da Bahia estariam sob a competência de

fornecimento do Ministério da Saúde. A Tabela 2, elaborada com informações extraídas do material, apresenta os medicamentos demandados com maiores custos para o Estado da Bahia, considerando os montantes do período de 2017 a 2021.

Tabela 2 – Medicamentos com maiores custos para o Estado da Bahia (2017 a 2021)

Medicamento	Custo
PROTEÍNA C 500 UI (CEPROTIN)	37.350.826,34
ECULIZUMABE 100MG/ML	25.239.724,71
BRENTUXIMABE, VEDOTINA 50 MG	22.567.419,73
NUSINERSENA 2,4MG/ML	19.272.303,97
RANIBIZUMABE 10 MG/ML	17.776.582,48
IBRUTINIBE 140 MG	13.669.534,80
MIGLUSTATE 100 MG	12.251.671,20
RIOCIGUATE 2,5 MG	11.550.173,80
GALSULFASE 1MG/ML	10.585.933,76
NINTEDANIB 150 MG	8.912.410,80

Fonte: Elaborado pela Autora a partir das informações fornecidas pelo NAJS (2023).

A Tabela 2 mostra que o maior dispêndio de recursos estatais com medicamentos judicializados, entre 2017 e 2021, foi com o fornecimento de PROTEÍNA C 500 UI / CEPROTIN. A proteína C é uma glicoproteína anticoagulante sintetizada no fígado humano, pertencendo ao grupo dos hemoderivados. Esse grupo, por seu turno, é constituído pelos medicamentos provenientes do plasma humano. Sendo assim, a obtenção da proteína C para fins medicinais perpassa por um processo tecnológico de fracionamento e purificação, dependendo, ainda, de doadores.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), estes medicamentos são constituídos por proteínas plasmáticas de interesse terapêutico que não se podem sintetizar por métodos convencionais, pelo que são obtidos de plasmas de dadores humanos saudáveis, através de um processo tecnológico adequado de fracionamento e purificação. Os medicamentos derivados do plasma incluem a albumina humana, as proteínas de coagulação, as proteínas anticoagulação e as imunoglobulinas específicas e poli-específicas.<sup>422</sup>

No corpo humano, a proteína C teria o efeito de tornar mais lenta a produção de trombina, prevenindo problemas trombóticos. A produção anormal da trombina em pacientes seria fruto de uma anomalia genética, mais frequente na forma heterozigótica, que atinge entre 0,1% e

<sup>422</sup> CRUZ, Mafalda Alexandra Feliz da. **Importância terapêutica dos hemocomponentes e hemoderivados**. 2021. 70 f. Monografia (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) – Faculdade de Farmácia da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. p. 33-34.

0,5% da população, com a mesma probabilidade entre homens e mulheres.<sup>423</sup> Essa baixa porcentagem sugere, por si só, que poucos habitantes baianos seriam beneficiados por aquele dispêndio de 37 milhões de reais. No caso da Bahia, no entanto, acredita-se que esse valor atenda a apenas um indivíduo.

Em diálogo com o Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde, para obtenção de dados, como mencionado anteriormente, já havia sido comentado o caso do filho de um estilista baiano, que fazia uso contínuo de um medicamento de alto custo e, sozinho, liderava como o maior dispêndio da Bahia com a judicialização. O caso foi noticiado no ano de 2016: “menino de sete anos que tem deficiência de proteína C foi internado [...] após medicamento importado que utiliza contra a rara doença hematológica, que custa R\$ 600 mil por mês e é fornecido pela Secretaria de Saúde da Bahia (Sesab) por ordem judicial, se esgotar”.<sup>424</sup>

A doença se chama *Purpura Fulminans*<sup>425</sup> e a criança baiana seria a única com a doença no Brasil, de acordo com informações do ano de 2015.<sup>426</sup> Há notícias de que mais uma criança, nascida em 2020, recebeu o diagnóstico da enfermidade no estado de Minas Gerais, também buscando o fornecimento da proteína C pela via jurisdicional.<sup>427</sup> O pai do menino baiano teria ingressado com uma ação judicial para obtenção do medicamento no ano de 2012, através da Defensoria Pública da União, tendo a justiça federal determinado que a União e o Estado da Bahia fornecessem o medicamento e mantivessem um estoque do remédio, que não teria autorização da Anvisa para comercialização no país.<sup>428</sup>

Essas informações ensejaram a busca por pagamentos, constantes na planilha obtida no Portal Dados Abertos Bahia, especificamente para obtenção da proteína C. A partir da busca pelos termos “prote?na c” ou “ceprotin” foram identificados lançamentos que não estavam registrados com o elemento de despesa “Sentenças Judiciais”, mas com: “Material, Bem ou Serviço para Distribuição Gratuita” e “Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Jurídica”. A partir

<sup>423</sup> FRAGATA, Catarina Gonçalves. **Plasma humano**: componentes e derivados (conservação e utilização terapêutica em ambiente hospitalar). 2014. 110 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) – Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, Almada, 2014.

<sup>424</sup> GAROTO com doença rara é internado por falta de remédio de R\$ 600 mil. **G1**, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/noticiaG12016>. Acesso em: 30 out. 2023.

<sup>425</sup> “é uma doença trombótica de rápida progressão, com infarto hemorrágico da pele e coagulação intravascular disseminada” (MARTINS, Julia Izadora da Silva; BERTOGLIO, Isabela Maria; GUERRA, Amanda Carolina Damasceno Zanuto; MAIOLI, Mariana Espiga; DELFINO, Vinicius Daher Alvares. Renal histological findings in a patient with acute renal injury associated with purpura fulminans: a case report. **Braz. J. Nephrol.**, v. 41, n. 2, p. 296-299, fev. 2019. p. 296).

<sup>426</sup> BAHIA. Ministério Público do Estado da Bahia. **Boletim informativo**: n. 03/2015. Salvador: CESAU, 2015. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/boletim/16973>. Acesso em 30 out. 2023.

<sup>427</sup> ARAÚJO, Alex; SALACHENSKI, Mikaela. Justiça determina que governo de MG pague a bebê com doença rara medicamento de R\$ 200 mil. **G1**, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/noticiaG12020>. Acesso em: 30 out. 2023.

<sup>428</sup> BAHIA, 2015.

do isolamento desses pagamentos, foram obtidos dados que se aproximaram das informações da Tabela 2. Assim, entre janeiro de 2018 e maio de 2022, foram gastos R\$37.035.197,74 especificamente com a proteína C.

As informações da planilha permitem concluir que o medicamento tem sido adquirido pelo Estado da Bahia por dispensa de licitação, nos termos do art. 59 da Lei Estadual n. 9.433/2005. Além disso, que constam pagamentos relativos à taxa de câmbio,<sup>429</sup> que totalizam o valor de R\$385.134,26 no período estudado. O medicamento é importado do Canadá, não sendo produzido no Brasil.<sup>430</sup>

Os dados coletados e analisados nesta pesquisa permitiram concluir que as demandas de saúde no estado de Bahia têm crescido, embora o número de novas ações tenha sofrido uma queda apenas no ano de 2020, a qual coincide com o período pandêmico. O crescimento do número de ações no estado baiano tem sido mais acelerado do que no cenário nacional, tendo em vista que apresenta percentuais maiores de aumento de casos. A maior parte de condenações ao Estado da Bahia, por sua vez, advém da justiça estadual baiana. Outrossim, também foi identificado que os medicamentos se destacam como o objeto mais demandado judicialmente e a subfunção com o maior dispêndio financeiro para o Estado da Bahia. O quadro investigado aponta, assim, que a judicialização da saúde apresenta impactos orçamentários consideráveis para o Estado da Bahia.

---

<sup>429</sup> Informação obtida através do campo “Histórico” da planilha.

<sup>430</sup> GAROTO com doença rara é internado por falta de remédio de R\$ 600 mil. **G1**, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/noticiaG12016>. Acesso em: 30 out. 2023.

## 4 ESCASSEZ DE RECURSOS NA SAÚDE PÚBLICA E ATIVIDADE JURÍDICO-DECISÓRIA

As informações apuradas no capítulo anterior apontam que a efetivação do direito fundamental à saúde, pela via jurisdicional, provoca um impacto no orçamento público da Saúde do Estado da Bahia. Ao passo que esse orçamento é previsto para o atendimento da saúde da coletividade, as decisões judiciais beneficiam um número limitado de pessoas, sendo comum que cada provimento jurisdicional se converta no proveito de apenas um indivíduo.

O posicionamento dos tribunais brasileiros, no entanto, tende à desconsideração dos custos dos direitos fundamentais, sendo a motivação dos julgados afincada na norma constitucional – mormente o artigo 196 da CRFB/1988, que assegura a saúde como um direito de todos e dever do Estado –, mantendo-se o escopo da atividade jurisdicional limitada às considerações teóricas acerca dos direitos fundamentais, distanciando-se da realidade concreta.

Neste último capítulo, são apresentadas concepções atinentes à Análise Econômica do Direito (AED), precipuamente a respeito da efetividade dos direitos fundamentais, que perpassam pela consideração dos custos dos direitos, a incidência da escassez sobre os direitos, a colisão entre direitos ocasionada pela concorrência por recursos limitados, a necessidade de realização de escolhas alocativas, bem como os custos de oportunidade ocasionados por cada escolha.

Sugere-se que a perspectiva consequencialista oferecida pela AED pode contribuir para uma atividade jurídico-decisória mais adequada no campo da judicialização do direito fundamental à saúde.

### 4.1 O CUSTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Nesta primeira sessão do último capítulo, são apresentadas leituras sobre como a doutrina e a jurisprudência brasileira têm se comportado em relação à efetivação dos direitos fundamentais, nomeadamente no que concerne ao não enfrentamento das questões concernentes aos custos à efetividade desses direitos – em especial o direito à saúde. Esse posicionamento, por sua vez, se revela prejudicial, tendo em vista que o custo dos direitos e a escassez que afeta a sua concretização consubstanciam uma realidade inexorável.

Não raro, as decisões judiciais que versam sobre a tutela da saúde reconhecem a existência de um direito subjetivo a diversos tratamentos médicos, sob a justificativa da eficácia das disposições constitucionais. Essa postura denota um afastamento das questões orçamentárias e

transmite a noção de que o direito constitucional à saúde seria absoluto e incontestável. Com efeito, as decisões judiciais de saúde tenderiam à microjustiça, ou seja, à justiça do caso concreto. Amaral explica que “Não se trata, por óbvio, de uma deficiência dos julgados, mas de uma característica das decisões judiciais. O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas”.<sup>431</sup> A microjustiça é exemplificada pelo autor através de duas situações hipotéticas: um pedido judicial para obtenção de um medicamento de cinco mil reais; e, outro, para um tratamento no exterior, de cento e setenta mil reais. Em ambos os casos, a escassez dos recursos públicos não seria vista pelo julgador, primordialmente por esse considerar o custo isolado do caso *sub judice*.

Essa perspectiva pode auxiliar na interpretação dos dados coletados nesta pesquisa. Ao passo que cada lançamento de pagamento realizado pela Secretaria de Saúde para o cumprimento de decisões judiciais, à primeira vista, possa parecer pequeno; suas somas revelaram aportes vultuosos, de milhões de reais gastos a cada ano. Como mencionado anteriormente, embora os percentuais – dos gastos com as decisões judiciais em relação ao total do orçamento da saúde – sugiram um impacto diminuto, a reflexão deve considerar: de um lado, a destinação legal do orçamento público ao atendimento da população e, por outro, que os valores capturados pela judicialização – em grande parte através de bloqueios judiciais – atendem, em regra, a interesses individuais.

A fim de situar a obra *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein,<sup>432</sup> como um momento de amadurecimento na teoria dos direitos fundamentais, Galdino apresenta os modelos teóricos do pensamento sobre os direitos no Brasil,<sup>433</sup> que permitiriam “condensar em cinco momentos diversos a evolução das concepções acerca dos direitos tendo em vista a aludida tipologia positivo/negativo”.<sup>434</sup> Os cinco modelos teóricos apontados são: da indiferença, do reconhecimento, da utopia, da verificação da limitação dos recursos e dos custos dos direitos. Assim, na última fase de evolução demarcada pelo autor, estaria a superação da tipologia tradicional dos direitos fundamentais como direitos positivos e negativos.

---

<sup>431</sup> AMARAL, 2001, p. 38.

<sup>432</sup> Publicada originalmente em 1999.

<sup>433</sup> Galdino explica que seu estudo tem por base a produção dos autores brasileiros, nas últimas décadas do século XX e primeiros anos do século XXI (um período de aproximadamente quarenta anos), com o objetivo de inventariar algumas das teorias mais influentes para, assim, destacar as tendências e ideias dominantes. O autor assevera que não se trata de fases estanques, sendo, antes, fruto de um esforço de identificação de tendências marcadas por sinais de predominância, e não de exclusividade (GALDINO, 2005, p. 180).

<sup>434</sup> GALDINO, 2005, p. 180.

O primeiro momento, do modelo teórico da indiferença, reflete a orientação individualista que marcou o surgimento histórico dos direitos humanos no século XVIII. Conforme tratado no segundo capítulo deste trabalho, os primeiros direitos fundamentais reconhecidos foram aqueles relativos às liberdades do indivíduo face ao Estado. Enquanto direitos inerentes à natureza do homem, caberia ao Estado tão somente declará-los e, após, adotar uma postura de abstenção. A produção teórica desse momento teria origem na literatura europeia, de viés jusnaturalista, sendo repudiada a intervenção estatal no domínio privado. Com isso, o modelo da indiferença desconsideraria os custos dos direitos, simplesmente por ignorar a existência de direitos positivos, bem como a necessidade de prestações estatais para sua efetivação.<sup>435</sup>

No segundo modelo teórico, há a emergência dos direitos sociais e, com eles, o reconhecimento de que algumas situações jurídicas demandariam prestações por parte do Estado. Nesse momento inicial, de inclusão desses novos direitos nos textos constitucionais, ainda não estaria colocado o problema da efetividade ou da força normativa dessas normas.<sup>436</sup> Esse período está inserido naquela perspectiva – mencionada no segundo capítulo deste trabalho – que considera que a necessidade das implementações positivas pelo Estado tornaria os direitos de segunda geração desprovidos de exigibilidade. No discurso jurisprudencial brasileiro, este modelo teórico pode ser associado ao posicionamento predominante nos tribunais entre o fim da década de 1990 e o ano de 2000, ou seja, a primeira etapa da judicialização da saúde no país.<sup>437</sup>

No terceiro momento, a distinção entre os direitos sociais e as liberdades individuais passaria a ser reputada como meramente ideológica. Galdino<sup>438</sup> explica que a escolha pelo termo utopia tem relação com a crença na ausência de limites às prestações estatais, difundida implicitamente nos textos jurídicos inseridos neste modelo. Os custos financeiros seriam vistos como externalidades à seara jurídica, de modo que o reconhecimento de direitos subjetivos precederia qualquer análise relacionada às reais possibilidades de sua concretização. O período é marcado por uma “*ingenuidade positivista*”,<sup>439</sup> no sentido de que se acredita que a mera

---

<sup>435</sup> Galdino aponta que “a produção acadêmica nacional de que se trata neste estudo não alcança este momento histórico, ingressando no debate quando este modelo já se encontrava praticamente superado [...]. Apenas para ilustrar a anotação, as referências do clássico RUI BARBOSA expressam vigorosamente a idéia de que a existência de uma prestação pública não só questiona, mas efetivamente afasta qualquer possibilidade de caracterização de uma situação como direito individual” (GALDINO, 2005, p. 182-183).

<sup>436</sup> Galdino defende que “este é o momento ou modelo dogmático em que se remarca conceitualmente a essencial diferença entre os direitos fundamentais, classificando-se-lhes a partir da distinção entre positivos ou negativo” (GALDINO, 2005, p. 185-186).

<sup>437</sup> Cf. BALESTRA NETO, 2015.

<sup>438</sup> GALDINO, 2005.

<sup>439</sup> AMARAL, 2001, p. 211.

positivação bastaria à justiciabilidade do direito.<sup>440</sup> No quadro da evolução da judicialização da saúde no Brasil, esse modelo encontra eco na segunda fase,<sup>441</sup> na qual as decisões judiciais negam o caráter meramente pragmático do direito à saúde e fundam o deferimento das demandas no texto constitucional, cujas disposições não poderiam se converter em uma promessa inconsequente.<sup>442</sup>

No quarto modelo, há a verificação da limitação dos recursos, com uma retomada do interesse na dicotomia entre direitos positivos e negativos, como justificativa à diferenciação quanto à eficácia jurídica das duas espécies de direitos. Desta vez, essa distinção não mais imporia a noção de inexigibilidade dos direitos sociais, mas, antes, ressaltaria a ideia de que a concretização desses direitos estaria sujeita à reserva do possível. Galdino<sup>443</sup> adverte que, apesar das limitações materiais serem consideradas, não está em causa propriamente o reconhecimento dos custos e da escassez que atingiriam, em verdade, todos os direitos fundamentais, não somente os de segunda geração. Assim, as limitações materiais ainda estavam postas como externalidades ao campo jurídico, reduzindo as potencialidades que uma correta compreensão dos custos proporcionaria ao pensamento jurídico.

Ainda no âmbito do quarto modelo teórico, alguns autores teriam sustentado, a partir da dignidade da pessoa humana, que determinados direitos fundamentais impunham prestações positivas essenciais e indispensáveis e, por isso, tais prestações integrariam condições mínimas da existência humana digna. Dentro dessa perspectiva, o reconhecimento do mínimo existencial não afasta completamente a reserva do possível, mas salienta que tais prestações mínimas deveriam receber um tratamento preferencial.<sup>444</sup> Como mencionado no início do segundo capítulo, as prestações de saúde integrariam esse mínimo existencial, ao lado de outros direitos sociais previstos na Constituição de 1988.<sup>445</sup> Com efeito, os custos dos direitos seriam ainda mais desprezados no bojo do discurso relativo ao mínimo existencial.

No modelo teórico dos custos dos direitos, Galdino<sup>446</sup> se reporta às contribuições dos professores norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, com a teoria dos custos dos direitos, que demarcaria a superação das concepções tradicionais, a partir do reconhecimento

---

<sup>440</sup> BAHIA, 2019, p. 151.

<sup>441</sup> Cf. BALESTRA NETO, 2015.

<sup>442</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS**, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/re2712868>.

Acesso em: 05 ago. 2023.

<sup>443</sup> GALDINO, 2005.

<sup>444</sup> GALDINO, 2005.

<sup>445</sup> Cf. SARLET, 2012.

<sup>446</sup> GALDINO, 2005.

de que todos os direitos são positivos, haja vista dependerem da atuação estatal e, mais que isso, da implementação de recursos, conforme será tratado mais adiante.

A dificuldade em lidar com os custos dos direitos não são peculiaridades próprias ou exclusivas do Brasil. Tendo por base a realidade norte americana, Holmes e Sunstein<sup>447</sup> consideram que a questão dos custos figura um tabu cultural, refletido numa resistência ao cálculo dos custos necessários para a garantia dos direitos do cidadão, ainda que tais custos sejam inevitáveis. Essa resistência seria alimentada, por um lado, pela falsa premissa de que os direitos mais básicos poderiam ser usufruídos sem custo algum e, por outro, pela ideia equivocada de equivalência entre a consideração dos custos dos direitos e eventuais discussões sobre quanto os direitos valeriam.

Pode-se dizer que essa resistência se coloca de forma ainda mais profunda quando direcionada ao direito à saúde. Nesse sentido, Aaron e Schwartz<sup>448</sup> destacam que diante de situações nas quais a saúde e a vida estejam em causa qualquer referência a custos soa repugnante ou imoral. Assim, se já não seria aprazível questionar quanto vale um direito genericamente considerado, parece ainda pior qualquer menção à quanto valha a saúde ou a vida de um ser humano, distanciando o debate sobre os custos e a escassez na área.

Especificamente no campo jurídico, a sensibilidade dos profissionais do Direito se coloca como um obstáculo à consideração dos custos, tanto do ponto de vista dos juízes quanto dos advogados. Destarte, seria inconveniente para os juízes admitirem que não estão isolados das pressões políticas, que a atuação jurisdicional passa pela conveniência e não somente pelos puros ditames da razão, bem como que as decisões judiciais interferem em matéria fiscal.<sup>449</sup> A relação entre a efetivação dos direitos e a política também se encontra na base do desconforto dos advogados com o reconhecimento dos custos de direitos, especialmente aqueles ligados às liberdades civis. Uma das razões para isso é atribuída à distorção que esse reconhecimento apresenta em relação à tradicional ideia de hostilidade entre o Estado moderno e aos direitos liberais clássicos.

De maneira geral, o custo da proteção aos direitos destrói uma poderosa ilusão acerca da relação entre o direito (no sentido de sistema jurídico) e a política. Se os direitos dependem, na prática, das alíquotas tributárias, acaso o próprio Estado de direito não depende das vicissitudes das escolhas públicas? E acaso não seria aviltante postular que os direitos – que, afinal de contas, protegem a

---

<sup>447</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>448</sup> AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription**: rationing hospital care. Washington: The Brookings Institution, 1984.

<sup>449</sup> “O fato de os direitos serem financiados pelos esforços extrativos dos outros poderes não se encaixa bem na bela autoimagem do Judiciário” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 18).

dignidade humana – são concedidas pelo poder público (mesmo que esse poder envolva uma prestação de contas de natureza democrática)? Será que os juizes, na qualidade de guardiões de valores que não têm preço, não deveriam estar muito acima das soluções meio-termo daqueles que cotidianamente exercem e buscam o poder?<sup>450</sup>

Consoante tratado anteriormente, o surgimento dos direitos fundamentais remonta ao século XVII, a partir de formulações filosóficas que fundamentariam, posteriormente, o reconhecimento jurídico das chamadas liberdades individuais. Esses direitos, que foram cunhados como direitos de primeira geração e direitos negativos, demandariam do Estado tão somente uma abstenção ou uma não intervenção. Com isso, as liberdades individuais demarcaram uma postura de desconfiança do indivíduo em relação ao exercício do poder pelo Estado. A independência e o afastamento desses direitos em relação ao Estado fariam deles direitos não custosos, justificando a distinção entre esses e os direitos de segunda geração, com implicações sobre a possibilidade ou não de exigibilidade.

Amaral<sup>451</sup> considera que a insuficiência da dicotomia (direitos negativos e positivos) já havia sido apontada por juristas brasileiros, em especial no que tange à consideração sobre a artificialidade da distinção entre os direitos de primeira e segunda geração. Nesse sentido, Paulo Bonavides teria problematizado o uso do vocábulo gerações (entendendo o termo dimensões como mais adequado). Clèmerson Merlin Clève, por sua vez, teria elucidado sobre a existência de direitos negativos com dimensões positivas, e direitos positivos com dimensões negativas. Entretanto, a crítica mais contundente estaria na obra de Holmes e Sunstein, a qual tornaria “tarefa inglória qualquer tentativa séria de defender a dicotomia”.<sup>452</sup>

Em sentido próximo, Galdino<sup>453</sup> explica que é possível identificar autores que, antes da publicação de *The cost of rights*, trataram sobre o caráter positivo das liberdades individuais, ditos negativos. O próprio Cass Sunstein, anteriormente, publicou trabalhos sobre o tema, levantando críticas à Suprema Corte estadunidense por fundar decisões na dicotomia tradicional. Além disso, em *Tragic Choices*, de 1978, Guido Calabresi e Philip Bobbitt já teriam demonstrado que a escassez de recursos públicos impede a realização de todos os objetivos sociais, impondo o sacrifício de outros objetivos também importantes. No entanto, a importância da obra de Holmes e Sunstein estaria em pôr sob os holofotes a positividade dos direitos, tornando-a tema central da discussão que propõem.

---

<sup>450</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 18.

<sup>451</sup> AMARAL, 2001.

<sup>452</sup> AMARAL, 2001, p. 71.

<sup>453</sup> GALDINO, 2005.

A consideração de que todos os direitos têm custos significa uma ruptura com a lógica de abstenção *versus* prestação estatal, impondo outras reflexões sobre a relação do Estado com a garantia dos direitos, incluindo os direitos liberais clássicos. Um dos pontos fulcrais da obra de Holmes e Sunstein<sup>454</sup> está precisamente em evidenciar que todos os direitos têm custos, pois todos os direitos dependem essencialmente da atuação estatal.<sup>455</sup> Os autores afirmam como uma verdade óbvia que os direitos dependem do Estado e, conseqüentemente, custam dinheiro, pois precisam ser protegidos e financiados pelo ente público. Não caberia ao governo tão somente eliminar obstáculos ou não criar impedimentos ao exercício dos direitos, mas, antes, criar instituições que promovam o exercício do direito pelo indivíduo.

Nessa senda, não existiriam direitos gratuitos e direitos caros, eis que todos os direitos teriam custos e exigiriam uma estrutura estatal para, pelo menos, proteger os direitos de possíveis violações. Essa perspectiva permitiria concluir, como anota Carbonell,<sup>456</sup> que não existem elementos suficientes para estabelecer uma divisão clara e substancial entre as categorias de direitos civis e direitos sociais, conferindo mais força à tese de indivisibilidade e interdependência entre os direitos.

O custo dos direitos é entendido por Holmes e Sunstein,<sup>457</sup> basicamente, como o custo orçamentário,<sup>458</sup> que abarca os custos com estrutura estatal para que os direitos possam ser exigíveis em juízo e, além disso, os custos necessários para que tais direitos possam ser exercidos ou tenham utilidade na vida cotidiana. Na medida em que vão exemplificando os dispêndios estatais para a efetividade dos direitos, os autores reforçam a tese de que todos os direitos são, em verdade, positivos.

No que tange aos custos relacionados aos remédios jurídicos para proteção dos direitos, é reforçada a crítica à dicotomia tradicional e à ideia de que uma postura meramente abstencionista seria suficiente para a efetividade dos direitos. Isso porque todos os direitos seriam, no mínimo, oponíveis judicialmente e, por isso, dependeriam de uma estrutura para a atuação jurisdicional, que custa dinheiro. A obra sobre a teoria dos custos afirma que “Não há direito algum que se resuma ao direito de ser deixado em paz pelos agentes públicos; todos os

---

<sup>454</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 41.

<sup>455</sup> Amaral denota que, com isso, “o livro refuta os que propagam uma filosofia libertária de um Estado mínimo, como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein” (AMARAL, 2001, p. 76).

<sup>456</sup> CARBONELL, 2009.

<sup>457</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>458</sup> Além dos custos orçamentários, os autores pontuam a existência de custos sociais, considerados não monetários: “Os danos infligidos a indivíduos particulares por pessoas suspeitas de cometer um crime e libertas sob fiança, por exemplo, podem ser contabilizados sob os custos sociais de um sistema que se esforça para proteger os direitos dos acusados” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 10-11).

direitos implicam uma pretensão a uma resposta afirmativa por parte do Estado”.<sup>459</sup> O cidadão que detém um direito seria sempre, potencialmente, o autor de uma demanda judicial, ao passo que nenhum sistema jurisdicional seria capaz de operar num vácuo orçamentário. Assim, é enfatizado que a estrutura judiciária integra o poder público, bem como que os juízes são funcionários públicos que recebem salários pagos pelo governo.

Além dos órgãos jurisdicionais, outros órgãos estatais atuam diretamente para a promoção dos direitos.<sup>460</sup> No caso do Brasil, podem ser citados o Ministério Público, as Defensorias Públicas, a Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), os Conselhos Tutelares e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Por outro lado, os direitos também dependeriam de uma ampla estrutura estatal que estabeleça os direitos, através da legislação; defina seu conteúdo, tanto pela atividade legiferante quanto pela atuação interpretativa jurisdicional; bem como imponha compensações ou penalidades nas situações de violação pelo ente público ou por terceiros (como ocorrem nas searas cível e criminal).

Na teoria dos custos, os custos passariam a integrar o próprio conceito de direito, sendo indispensáveis à sua caracterização.<sup>461</sup> Assim, Holmes e Sunstein<sup>462</sup> consideram que um indivíduo somente seria titular de um direito – em sentido jurídico, e não apenas moral – se tal direito for passível de imposição jurídica, se puder ser garantido coercitivamente. Em sentido próximo, Reale demarca a coação como uma diferença básica entre o direito e a moral: “*a Moral é incoercível, e o Direito é coercível*”.<sup>463</sup> O jurista brasileiro explica, ainda, que a coação pode ser definida como a compatibilidade entre o direito e a força; ao passo que, para alguns autores, a força seria imanente ao mundo jurídico e inseparável dele.

No que toca às condições para o exercício dos direitos no cotidiano da sociedade, Holmes e Sunstein<sup>464</sup> destacam que diversos órgãos e funcionários públicos concorrem para a proteção dos direitos. Nesse sentido, podem ser mencionadas os policiamentos, a atuação dos cartórios, limpeza pública, energia elétrica, saneamento básico, vigilância sanitária, bem como todos os serviços públicos. O Estado arca, inclusive, com órgãos de fiscalização com a finalidade precípua de evitar e coibir violações aos direitos dos cidadãos pelo próprio Estado.

<sup>459</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 30-31.

<sup>460</sup> Cf. HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>461</sup> Galdino explica que “Os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo (*right*), no sentido de fazer nele incluir a perspectiva dos custos [...]. Talvez pudéssemos nós chamá-lo de ‘conceito pragmático de direito subjetivo’” (GALDINO, 2005, p. 211).

<sup>462</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 30.

<sup>463</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

<sup>464</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

Portanto, na linha do que defendem os autores de *The cost of rights*, os custos dos direitos abarcam a manutenção da estrutura dos três poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. Projetando as lições para o objeto de interesse desta pesquisa – o direito à saúde no Brasil – a atividade legiferante advém tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo. Para além das disposições constitucionais e leis orgânicas do SUS, diversos atos normativos regulam as políticas públicas de saúde, estabelecem estratégias de vacinação, dispensação de medicamentos, dispõem sobre a vigilância sanitária, dentre outros.

A atuação do Poder Executivo também se calca ampla. O orçamento da Saúde na Bahia, conforme mencionado no capítulo anterior, figura um dos maiores do Estado da Bahia, sendo distribuído em diversas ações e serviços de saúde, os quais representam um custo elevado para o erário público. Além das políticas públicas previstas, há o impacto orçamentário gerado pelo dispêndio para o cumprimento das decisões judiciais, foco do presente trabalho. O Poder Judiciário, por sua vez, consoante apresentado no capítulo anterior, recebe para processamento e julgamento diversas demandas no âmbito da saúde, inclusive contra o próprio Estado.

No entanto, a judicialização da saúde não gera o dispêndio de recursos apenas com o cumprimento das decisões judiciais. A tramitação do processo judicial, por si só, acarreta custos ao erário público. Esse custo processual decorre da atuação do Poder Judiciário (em todas as instâncias) e, ainda, da atuação do Ministério Público e das Defensorias Públicas. No caso do Estado da Bahia, também poderia ser mencionada a atuação da Câmara de Conciliação de Saúde. Carvalho, Alberton, Maragno e Costa<sup>465</sup> estimam que seja de R\$2.227,52 o custo do trâmite de um processo na área da saúde perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Considerando outros tribunais, os pesquisadores observaram que, por vezes, o custo de um medicamento requerido judicialmente é menor do que o custo processual gerado pela demanda.

A partir da consideração de que todos os direitos dependem dos recursos estatais, Holmes e Sunstein<sup>466</sup> destacam que o exercício de todos os direitos, portanto, está sujeita à limitação desses recursos e, assim, à escassez. Nesse sentido, no âmbito da judicialização da saúde, pode ser considerado que a garantia desse direito fundamental não depende apenas do Poder Judiciário, porquanto o cumprimento das decisões necessariamente se sujeita à atuação dos entes públicos, que “sempre operam no contexto de violentas restrições fiscais”.<sup>467</sup> Isso porque

---

<sup>465</sup> CARVALHO, Alessandro Jacó de; ALBERTON, Luiz; MARAGNO, Lucas Martins Dias; COSTA, Cecília de Almeida. Custos da judicialização da saúde no Brasil: Análise do Executivo e Judiciário. In: **XV Congresso da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis**, 25, 2021, Evento Virtual. Anais [...]. Evento Virtual, XV CANPCONT, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/carvalho2021>. Acesso em: 27 out. 2023.

<sup>466</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>467</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 75.

as verbas destinadas à saúde pública, embora robustas, são extremamente limitadas, em especial quando contrapostas às necessidades da população, potencialmente infinitas.

A respeito das limitações orçamentárias no campo da saúde pública, Mendes e Funcia<sup>468</sup> destacam que o financiamento do Sistema Único de Saúde figura assunto permeado por disputas políticas, havendo um subfinanciamento histórico na área. Nesse cenário, a estipulação de percentuais mínimos a serem aplicados pelos entes federativos teria significado algum avanço. No entanto, como explicam Barros e Piola,<sup>469</sup> existem estimativas de um déficit na aplicação desses recursos, com a aplicação de valores menores aos legalmente definidos (entre 2004 e 2008 esse déficit teria alcançado R\$ 18 bilhões, considerando estados e União). Nesse cenário de dificuldades, as regiões Norte e Nordeste ainda se destacariam como aquelas com os menores gastos públicos *per capita* com saúde.<sup>470</sup> Não raro, os percentuais mínimos se converteriam em tetos de gastos que os entes estariam dispostos a realizar.

A escassez na saúde, portanto, se coloca de maneira especial.<sup>471</sup> Contraposto ao subfinanciamento mencionado, os custos na área são elevados. Dentre os fatores relevantes para o aumento dos custos com a saúde no mundo estariam o contínuo progresso da tecnologia médica,<sup>472</sup> o envelhecimento da população,<sup>473</sup> o crescimento da urbanização, o incremento de doenças crônico-degenerativas, a medicalização da sociedade e a universalização dos cuidados de saúde.<sup>474</sup> Por outro lado, essa escassez não diz respeito somente à limitação dos recursos financeiros. Abrange órgãos para transplante, profissionais especializados, equipamentos e tecnologias, os quais não atendem às necessidades totais da sociedade. Nesse contexto, também poderia ser considerado que os ditames da ética médica orientam para que os profissionais da área prescrevam a ação que possa ter o melhor resultado para o paciente, independente dos custos.<sup>475</sup> Assim, os princípios VI, VIII e XVI, do Código de Ética Médica, estabelecem que o médico deve guardar absoluto respeito pelo ser humano, atuando sempre em seu benefício; não deve, sob qualquer circunstância, renunciar à sua liberdade profissional, sem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e correção do seu trabalho; além disso, nenhuma disposição estatutária ou regimental de instituições de saúde (públicas ou

---

<sup>468</sup> Cf. MENDES; FUNCIA, 2016.

<sup>469</sup> Cf. BARROS; PIOLA, 2016.

<sup>470</sup> Dados que consideram o período de 2000 a 2014 (Cf. BARROS; PIOLA, 2016).

<sup>471</sup> AARON; SCHWARTZ, 1984.

<sup>472</sup> KILNER, 1990.

<sup>473</sup> AARON; SCHWARTZ, 1984.

<sup>474</sup> FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 696-701, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000300024>. Acesso em: 26 abr. 2020.

<sup>475</sup> AMARAL, 2001.

privadas) poderão limitar a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o diagnóstico e tratamento do paciente.<sup>476</sup>

Ao passo que o avanço tecnológico da medicina permite a utilização de novos procedimentos e tratamentos, há um aumento de demanda. O desenvolvimento de medicações que combatem a rejeição do organismo a órgãos de transplante, por exemplo, gerou um aumento de indicação desse tipo de intervenção cirúrgica. Também os leitos de UTI se expandiram ao longo do tempo, levando a mais indicações médicas de internação, que alcançariam níveis além dos recomendáveis por uma política de contenção de custo.<sup>477</sup>

Em razão da estrita proximidade da saúde com a vida,<sup>478</sup> mencionada anteriormente, a escassez nesta área reflete que o custo de oportunidade de uma escolha alocativa potencialmente acarrete um resultado indesejável ou mesmo trágico, como a morte de um indivíduo. Se as escolhas trágicas já permeiam o universo da escassez de recursos, na saúde tais questões se revestem de dramaticidade. A respeito, Amaral<sup>479</sup> apresenta dois exemplos: o primeiro trata de dois indivíduos que foram atingidos por uma bala de arma de fogo e necessitam realizar cirurgia, todavia apenas há um centro cirúrgico disponível. No segundo exemplo, o autor menciona o fornecimento de órgãos para transplantes, cuja demanda em regra é superior à oferta, sendo necessárias organizações de filas de espera, mediante critérios para ordenar os pacientes.

A consideração dos custos do direito à saúde, antes de servir como pretexto para uma atuação jurisdicional que desconsidere a sua exigibilidade, poderia trazer maior qualidade às escolhas alocativas operadas através das decisões judiciais. Isto a partir da clareza de que condenar o ente público a determinada prestação significa a realização, pelo judiciário, de uma escolha sobre onde e como será gasto parte dos recursos públicos, em um contexto de escassez.<sup>480</sup>

O tópico a seguir trata do problema da escassez de recursos, no âmbito da efetivação dos direitos e, nesse sentido, da necessidade da realização de escolhas alocativas e de assumir o custo de oportunidade que cada escolha representa.

---

<sup>476</sup> Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2023

<sup>477</sup> AMARAL, 2001.

<sup>478</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR, 2011.

<sup>479</sup> AMARAL, 2001.

<sup>480</sup> Cf. GALDINO, 2005.

#### 4.2 TUTELA JURISDICIONAL DA SAÚDE COMO ESCOLHA ALOCATIVA

Na medida em que o exercício dos direitos fundamentais – inclusive o direito à saúde – depende recursos limitados, emerge o problema da escassez. Diante desse contexto, torna-se inevitável decidir sobre como alocar os recursos. A questão da escassez e das escolhas alocativas constituem bases fundamentais das reflexões econômicas. No campo jurídico, a escassez impacta na concretização dos direitos fundamentais, reclamando a realização de escolhas sobre a distribuição dos recursos para o atendimento das necessidades sociais. Sendo assim, ao determinar que o Estado efetive o direito à saúde mediante o fornecimento de um medicamento, o magistrado acaba por decidir sobre como será alocada parte do recurso público. As decisões judiciais de saúde, assim, operam como escolhas alocativas de recursos públicos escassos.

Gico Jr. esclarece que o método econômico se baseia em alguns postulados,<sup>481</sup> consistindo o primeiro deles na ideia de que os recursos da sociedade são escassos: “não fossem escassos, não haveria problema econômico”.<sup>482</sup> Mathis<sup>483</sup> explica que a escassez se refere à disparidade entre a totalidade dos bens disponíveis e as necessidades da sociedade. Dizer que um bem é escasso, portanto, significaria dizer que sua disponibilidade não é suficiente para satisfazer a necessidade de todos os indivíduos.<sup>484</sup>

Mankiw<sup>485</sup> aponta que o gerenciamento dos recursos se calca importante justamente em razão deles serem escassos. O autor elucida que a escassez traduz a natureza limitada dos recursos da sociedade e, conseqüentemente, a sua incapacidade de produzir todos os bens e serviços desejados. Nesse contexto, caberia à Economia estudar como a sociedade administra a distribuição dos recursos e, como isso não é realizado por um único planejador, examinar como as pessoas tomam decisões e como interagem entre si.<sup>486</sup> Demais disso, a ciência econômica

---

<sup>481</sup> O estudo da Economia teria muitas facetas, sendo um campo unificado por ideias centrais que consubstanciam os princípios ou postulados da área (Cf. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005).

<sup>482</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010, p. 22.

<sup>483</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the Philosophical foundations of the economic analysis of law. Translated by Deborah Shannon. Norwhich: Springer, 2009.

<sup>484</sup> Cf. ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

<sup>485</sup> MANKIW, 2005.

<sup>486</sup> No entanto, Mathis observa que a Economia se destaca por um método e não pelo objeto ao qual se dedica (MATHIS, 2009).

atribuiria, a si própria, a função de buscar a eficiência na produção e na alocação de bens escassos.<sup>487</sup>

Para a Economia, os bens seriam definidos como coisas (materiais ou imateriais) às quais as pessoas preferem mais em vez de menos, como o dinheiro, o lazer e a segurança.<sup>488</sup> Sob a ótica da escassez, os bens podem ser classificados como livres ou econômicos. Os bens livres são aqueles cuja escassez não projeta efeitos (como o ar atmosférico), ao passo que os bens econômicos são dotados de utilidade e sofreriam os efeitos da escassez (os alimentos, por exemplo). Baseada na escassez, a qualificação dos bens é marcada pela transitoriedade, tendo em vista o fato de a escassez de um bem não ser estanque.<sup>489</sup> Ao contrário, varia em função da extensão da necessidade a ser atendida pelo bem, sendo essa necessidade alterada ao longo do tempo e em diferentes contextos econômicos.<sup>490</sup>

Considerando a possibilidade e a capacidade de produção dos bens em uma sociedade, Elster<sup>491</sup> classifica a escassez em: natural forte, natural fraca, quase natural ou artificial. A escassez natural forte ocorreria quando não há o que fazer para aumentar o fornecimento de um bem, como as pinturas de um artista já falecido. A escassez natural fraca teria lugar quando não há o que ser feito para aumentar o fornecimento de um bem de modo a saciar as necessidades de todos, a exemplo de órgãos para transplante. Na escassez quase natural, o fornecimento do bem poderia ser aumentado, com possibilidade de atender a necessidade de todos os cidadãos, como a quantidade de crianças para adoção. A escassez artificial ocorreria quando o governo pode, se assim decidir, tornar um bem disponível para a satisfação das necessidades totais, como garantir vagas no jardim de infância em número suficiente.

Além da escassez, os bens também poderiam ser classificados através das propriedades de exclusão e rivalidade, as quais constituem critérios também suscetíveis de variação, a depender do contexto considerado.<sup>492</sup> Cruz<sup>493</sup> explica que a característica da não-rivalidade implica que todos os indivíduos possam consumir a mesma quantidade do bem, isto porque o consumo do bem por mais um indivíduo teria custo marginal nulo, não sendo eficiente impedir

---

<sup>487</sup> Cf. BERZOTTI, Rafael. A "**tragédia da justiça**"? Um estudo conceitual do judiciário como bem econômico. 2020. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

<sup>488</sup> Cf. BLACK, Jonh; HASHIMZADE, Nigar; MYLES, Gareth. **Dictionary of Economics**. 4<sup>th</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>489</sup> GALDINO, 2005.

<sup>490</sup> Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. Introdução ao Direito Econômico. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>491</sup> Cf. ELSTER, 1992.

<sup>492</sup> Cf. BERZOTTI, 2020.

<sup>493</sup> CRUZ, José Neves. **Economia e Política**. Uma abordagem dialéctica da escolha pública. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 34-35.

o seu consumo. A não-exclusão, por seu turno, indica a impossibilidade de excluir indivíduos do consumo do bem. As duas características ensejariam a classificação de quatro tipos de bens econômicos: bens privados (excludentes e rivais), bens públicos (nem excludentes nem rivais), recursos comuns (rivais, mas não excludentes) e os monopólios naturais (excludentes, mas não rivais).<sup>494</sup>

Na seara jurídica, o conceito de bem público não coincide com o da Economia. Destarte, a classificação jurídica considera a titularidade ou a afetação do bem.<sup>495</sup> Carvalho Filho explica que a matéria é tratada no Código Civil, em capítulo dedicado aos bens públicos e particulares, estando a regra básica de classificação disposta no artigo 98. De acordo com o dispositivo, o autor conceitua os bens públicos como *“todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada”*.<sup>496</sup>

Na perspectiva econômica, os bens que são objeto de intervenção estatal teriam, simultaneamente, as características de bens privados e bens públicos. Especificamente a saúde tratar-se-ia, em termos técnicos, de um bem privado, da mesma forma que a educação e o acesso à justiça.<sup>497</sup> Carneiro Neto destaca que os serviços públicos se calcam bens econômicos, haja vista o fato de terem custo e, assim, serem afetados pela escassez, mesmo quando ofertados à população de forma gratuita, considerando que a *“Gratuidade [...] não significa ausência de custos e seu pagamento, porque tudo que depende de uma prestação de serviços e do emprego de bens materiais tem um custo econômico para ser produzido e disponibilizado, excluindo-se apenas alguns poucos bens abundantes”*.<sup>498</sup>

A saúde, portanto, em sentido econômico, figura um bem privado, porquanto sua utilização por um indivíduo acarreta a exclusão do uso por outrem. Assim, enquanto um leito de hospital é utilizado por uma pessoa, não é possível que o mesmo leito seja utilizado por outra. Demais disso, ainda que o Sistema Único de Saúde tenha sido estabelecido pela norma constitucional para atender às necessidades da população brasileira (em vista do princípio da universalidade), os recursos da área são limitados, fazendo com que, não raro, alguém deixe de ser atendido por falta de vagas, insumos, equipamentos ou profissionais. A característica da gratuidade do acesso às ações e serviços do sistema de saúde, por sua vez, não se confunde com

---

<sup>494</sup> Cf. MANKIW, 2005.

<sup>495</sup> GALDINO, 2005.

<sup>496</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1139.

<sup>497</sup> Cf. CRUZ, 2008, p. 36.

<sup>498</sup> CARNEIRO NETO, 2017, p. 152.

a ausência de custos. Ao revés, a saúde se trata de um bem econômico cuja escassez se coloca de forma contundente, destacando os aspectos de rivalidade e exclusão provocadas pelo seu consumo.

Enquanto um direito básico, a saúde poderia ser considerada um bem público, especialmente por sua garantia depender de recursos estatais. Nesse sentido, Holmes e Sunstein consideram que “O financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos: serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrado pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual”.<sup>499</sup>

A escassez dos bens impõe à sociedade, ainda, a realização de escolhas entre alternativas possíveis e excludentes.<sup>500</sup> O custo de oportunidade é considerado o segundo princípio fundamental da Economia,<sup>501</sup> traduzindo a ideia de que escolher uma coisa implica em preterir outra. Assim, o custo de oportunidade, ou *trade off*, figura a utilidade sacrificada da opção preterida, em favor da opção escolhida. Para exemplificar, Mathis<sup>502</sup> se refere ao custo de oportunidade da utilização de uma hora destinada ao lazer, que poderia corresponder à renda que alguém teria ganho naquela mesma hora, caso a dedicasse para o trabalho.

Em sentido oposto, o custo de oportunidade da hora destinada ao trabalho seria o próprio lazer do indivíduo. A inversão traz a lume que o custo de oportunidade não corresponde necessariamente à um recurso financeiro. É o caso da saúde, como se disse noutra oportunidade, cuja escassez não atinge apenas recursos financeiros. Assim, mesmo se não existissem restrições financeiras, ainda seria necessária a adoção de critérios de escolha para a alocação de recursos médicos, incluindo aqueles destinados ao salvamento de vida.<sup>503</sup>

Vasconcelos<sup>504</sup> explica que a distribuição de recursos de saúde a pacientes concretos corresponderia à microalocação. Nesse âmbito, estaria o estabelecimento da ordem de atendimento de pacientes, cujas decisões potencialmente impactam na escolha de quem vive e, conseqüentemente, quem morre.<sup>505</sup> Já na macroalocação dos recursos de saúde estaria em causa as decisões, de cada sociedade, sobre a parcela dos seus recursos que serão dedicados à área; como estes recursos serão distribuídos para atender às diversas necessidades da população (se

<sup>499</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 35.

<sup>500</sup> GICO JR., 2010, p. 22.

<sup>501</sup> Cf. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8<sup>th</sup> edition. New York: Aspen Publishers, 2011.

<sup>502</sup> MATHIS, 2009.

<sup>503</sup> AMARAL, 2001.

<sup>504</sup> VASCONCELOS, Marília de Moraes. **A necessidade de priorizar o atendimento à pacientes**: análise Bioética dos argumentos utilizados por médicos na aplicação de recursos limitados na área da saúde. 2010. 118 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2010.

<sup>505</sup> Cf. HARRIS, Jonh. Deciding between patients. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. (eds). **A Companion to Bioethics**. 2<sup>nd</sup> edition. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2009.

serão aplicados em maior grau às medidas preventivas ou curativas, por exemplo) e, ainda, acerca da distribuição de recursos para outras áreas que indiretamente projetam efeitos na saúde (como educação, transportes, meio ambiente e segurança).<sup>506;507</sup>

Ao passo que o exemplo apresentado por Mathis<sup>508</sup> representa a escolha alocativa de um indivíduo, também a sociedade enfrenta *trade off*.<sup>509</sup> Nessa senda, a escolha pela destinação de uma parcela maior do orçamento público para atendimento de uma área de interesse social terá, como custo de oportunidade, a não destinação do recurso à outra área. No Brasil, parte dessas escolhas são operadas anualmente através da Lei de Diretrizes Orçamentárias que, consoante mencionado em sessão anterior, define as políticas públicas prioritárias para cada período. Essas políticas públicas, por seu turno, guardam relação com a efetivação de direitos assegurados pela Constituição de 1988.

No cerne do debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais, Holmes e Sunstein<sup>510</sup> afirmam que garantir direitos implica em decidir entre alternativas de utilização dos recursos disponíveis. Os autores explicam que da imposição de um direito decorre um custo de oportunidade que, não raro, é representado por um outro direito, tendo em vista que os direitos concorrem recursos entre si. A escassez, portanto, gera conflitos entre os direitos, especialmente em razão de limitações financeiras que “em si e por si só excluem a possibilidade de que todos os direitos básicos sejam garantidos com o mesmo vigor ao mesmo tempo”,<sup>511</sup> ensejando a necessidade de definição de objetivos prioritários. Por outro lado, a pretensão de tornar plena a proteção de todos os direitos demandaria uma imensidão de recursos, calcando-se inviável do ponto de vista prático. A escassez também desafiaria um anseio igualitário no tratamento dos indivíduos, porquanto a oferta de tudo a todos também poderia “levar a um custo ineficaz”.<sup>512</sup> No caso do direito fundamental à saúde, cuja escassez não decorre apenas das limitações de cunho financeiro, tais ambições parecem calcar-se mesmo impossíveis.

Ainda na linha intelectual de *The cost of rights*, da consideração de que todos os direitos têm custos decorre que nenhum direito possa ser acatado como absoluto: “Nada que custa dinheiro pode ser absoluto”.<sup>513</sup> Assim, todos os direitos teriam o caráter de aspirações, no

<sup>506</sup> Cf. WIKLER, Daniel; MARCHAND, Sarah. Society's Allocation of Resources for Health. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. (Eds). *A Companion to Bioethics*. 2<sup>nd</sup> edition. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2009.

<sup>507</sup> Vasconcelos frisa que a distinção entre macroalocação e microalocação de recursos da saúde figura útil sob o aspecto didático, mas possui limitações no campo fático, no qual tal separação não possui linha nítida (VASCONCELOS, 2010).

<sup>508</sup> MATHIS, 2009.

<sup>509</sup> Cf. MANKIW, 2005.

<sup>510</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>511</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 81.

<sup>512</sup> AMARAL, 2001, p. 135.

<sup>513</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 77.

sentido que a sua proteção jamais poderia ser plena ou perfeita. Ao revés, todos os direitos seriam limitados, sendo a escassez de recursos uma razão legítima para justificar que um direito não seja protegido.

Destarte, a efetivação dos direitos perpassaria pela realização de escolhas alocativas que geram, por sua vez, *trade off* sociais.<sup>514</sup> Considerar os custos dos direitos levantaria, assim, questionamentos sobre quem deve decidir sobre como serão distribuídos os recursos destinados à proteção dos direitos, quais direitos deverão ser protegidos e, ainda, quais grupos ou indivíduos deverão receber essa proteção.<sup>515</sup> Quando essas escolhas emergem do Poder Judiciário, através da condenação do Estado no bojo de uma demanda processual, a decisão judicial opera uma escolha alocativa sobre a destinação dos recursos estatais. Galdino aponta que, sob o prisma jurídico, a alocação de recursos pode envolver uma colisão de normas jurídicas, a ser solvida através da ponderação de princípios.

Assim, numa hipótese simplificada – renunciando-se *ad argumentandum tantum* à complexidade das colisões –, de frente a determinada situação de insuficiência de recursos para atender a dois direitos fundamentais invocados por duas pessoas (ou grupos sociais), a solução determina a ponderação entre os respectivos princípios jurídicos em questão.<sup>516</sup>

As normas de direitos fundamentais, com frequência, seriam caracterizadas como princípios.<sup>517</sup> Nesse sentido, Ribeiro e Campos afirmam que os direitos fundamentais teriam origem num conjunto de valores, dando-se a “sua inclusão nos textos constitucionais [...] preponderantemente por meio de princípios gerais, com robustez valorativa, mas com baixa definição normativa específica”.<sup>518</sup> Como mencionado alhures, a partir da Segunda Guerra Mundial a normatividade jurídica dos direitos fundamentais fora reconhecida. Antes disso, as normas constitucionais de direitos fundamentais – especialmente os direitos ditos de segunda geração – teriam sido reputadas como de baixa densidade normativa, textura aberta e de conteúdo indeterminado, o que justificaria a sua não exigibilidade ou aplicabilidade imediata.<sup>519</sup> Assim, poder-se falar no reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios, firmado no

<sup>514</sup> Cf. AMARAL, 2001.

<sup>515</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>516</sup> GALDINO, 2005, p. 158.

<sup>517</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85.

<sup>518</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 311.

<sup>519</sup> Cf. LINS, 2009.

pensamento jurídico com o emergir do pós-positivismo.<sup>520;521</sup> Como explicam Belchior e Moreira, nesse contexto passa a ser considerado que “a norma jurídica é formada não só por regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores”.<sup>522</sup>

Alexy pontua que a distinção entre regras e princípios figura a base da teoria dos direitos fundamentais, além de constituir “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática”<sup>523</sup> desses direitos. Ao descrever os fundamentos daqueles que considera como os trabalhos mais importantes a respeito dessa distinção, Ávila<sup>524</sup> menciona Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Uma decisiva contribuição ao tema teria vindo de Dworkin que, com base na tradição anglo-saxônica, defendera que as regras seriam aplicadas no modo tudo ou nada (*all-or-nothing*) e, em caso de colisão, uma das regras seria considerada inválida, não sendo aplicada. Já os princípios, possuiriam uma dimensão de peso (*dimension of weight*), de forma que, na hipótese de colisão, o princípio com peso relativo maior se sobreporia ao outro, sem que o princípio sobreposto perdesse sua validade.<sup>525</sup>

O reconhecimento da normatividade jurídica dos direitos fundamentais, de estrutura principiológica, provocaria impactos no escopo da interpretação jurídica. Como sintetiza Amaral: “O sentido cambiante da palavra contamina o sentido das normas que reconhecem os direitos fundamentais. A vigência destes como direito diretamente aplicável confere à interpretação uma importância especial”.<sup>526</sup> Verbicaro<sup>527</sup> ressalta que, nesse contexto, os juízes passam a ser chamados a descobrir o direito do caso concreto mediante valorações das normas,

<sup>520</sup> Cf. NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 178-208, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2013v62p179>. Acesso em: 05 nov. 2023.

<sup>521</sup> Acerca do pós-positivismo jurídico, Soares explica que “com a crise do positivismo jurídico, abriu-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e da interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199).

<sup>522</sup> BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlane Oliveira. A importância da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação para o operador do Direito. In: **XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**, 17, 2008, Brasília. Anais [...]. Brasília, CONPEDI, 2008. p. 5992.

<sup>523</sup> ALEXY, 2008, p. 85.

<sup>524</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>525</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>526</sup> AMARAL, 2001, p. 48.

<sup>527</sup> VERBICARO, 2008.

diminuindo o rigor da estrita subsunção proposta no âmbito do positivismo jurídico e do modelo formalista de interpretação. Com efeito, essa conjuntura demarcaria a insuficiência da subsunção para lidar com os problemas hermenêuticos suscitados pelo reconhecimento da normatividade dos princípios.

a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. Por um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua submissão ao império da Constituição. Por outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação.<sup>528</sup>

A ideia de que o conteúdo das normas constitucionais não estaria suficientemente densificado para viabilizar a sua aplicação cederia lugar à noção de que isso, ao revés, possibilitaria maiores condições para a eficácia dessas normas.<sup>529</sup> Destarte, a estruturação dos direitos fundamentais como princípios conduziria ao não esvaziamento desses direitos, tendo em vista que o modelo de regras levaria à solução de colisões pela exclusão, integral e definitiva, de um dos direitos colidentes: “talvez seja possível mesmo dizer que o desenvolvimento do estudo dos princípios prestou-se especificamente a potencializar a aplicação dos direitos fundamentais que [...] são estruturados como princípios”.<sup>530</sup>

Nesse sentido, Dworkin<sup>531</sup> dirige críticas contra o positivismo de H. L. A. Hart – cuja obra considera o mais claro exemplo da teoria positivista – sustentando que o positivismo seria um modelo apto a lidar somente com o sistema de regras, porquanto forçaria o jurista a ignorar os papéis importantes desempenhados por padrões diversos, como princípios, políticas e outros, os quais mormente seriam evocados diante de casos mais difíceis.<sup>532</sup>

Partido das considerações de Dworkin, Alexy teria logrado o êxito de precisar ainda mais o conceito de princípios.<sup>533</sup> Tal conceito assume papel importante na obra do autor alemão,

---

<sup>528</sup> SOARES, 2013, p. 238.

<sup>529</sup> Cf. VERBICARO, 2008.

<sup>530</sup> GALDINO, 2005, p. 36.

<sup>531</sup> DWORKIN, 2002, p. 36.

<sup>532</sup> Acerca dos seus entendimentos sobre os termos política e princípio, o autor explica que: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

<sup>533</sup> ÁVILA, 2005, p. 28.

constituindo ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios. Os princípios são definidos como mandamentos de otimização, isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>534</sup> Assim, diante da ocorrência de antinomias jurídicas,<sup>535</sup> os princípios permitiriam graus de satisfação, ao passo que as regras seriam sempre cumpridas ou não cumpridas.<sup>536</sup> Na síntese do autor: “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios [...] ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.<sup>537;538</sup>

Para Alexy, a solução da colisão entre princípios ocorre através da ponderação,<sup>539</sup> a fim de determinar, em cada caso concreto, o princípio colidente a ser preterido. A lei de ponderação (*Kollisionsgesetz*)<sup>540</sup> poderia ser formulada como: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.<sup>541</sup> O autor menciona que a ponderação corresponde ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual cuida da otimização da realização da norma no campo das possibilidades jurídicas – que, essencialmente, decorrem da colisão com outros princípios.<sup>542</sup>

<sup>534</sup> ALEXY, 2008, p. 90.

<sup>535</sup> Bobbio explica que “A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia*. [...] Definimos antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. [...] Para que possa ocorrer a antinomia são necessárias duas condições [...]: 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico. [...] 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade [...] *temporal, espacial, pessoal e material*” (BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 203).

<sup>536</sup> Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999.

<sup>537</sup> ALEXY, 2008, p. 94.

<sup>538</sup> A solução de um conflito entre regras ocorreria somente de duas formas: se pelo menos uma das regras conflitantes for declarada inválida e, com isso, extirpada daquele ordenamento jurídico; ou, se uma das regras contiver uma cláusula de exceção, eliminando o conflito. Já na colisão entre princípios, a aplicação de um princípio em detrimento de outro não importaria na declaração de invalidade do princípio cedente, sendo, inclusive, desnecessária a existência de uma cláusula de exceção (Cf. ALEXY, 2008).

<sup>539</sup> Ao passo que Alexy considera que apenas a colisão de princípios poderia ser solucionada através da ponderação, Ávila defende que também as regras poderiam ser objeto de ponderação (Cf. ÁVILA, 2005).

<sup>540</sup> Na tradução de Virgílio Afonso da Silva, da obra *Theorie der Grundrechte*, o termo *kollisionsgesetz* é traduzido como lei de colisão. Para o presente trabalho, no entanto, optou-se por ponderação, tendo em vista a preferência dos autores utilizados para dialogar com as ideias de Alexy. Além disso, Luís Afonso Heck, tradutor da compilação de artigos publicadas sob o título *Constitucionalismo Discursivo*, também utiliza o termo lei de ponderação.

<sup>541</sup> ALEXY, 2007, p. 111.

<sup>542</sup> O autor explica que a ponderação constitui parte do princípio da proporcionalidade que, por seu turno, é formado por três princípios parciais: da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Os dois primeiros princípios cuidariam da otimização ante às possibilidades fáticas e poderiam ser utilizados em situações nas quais custos ou sacrifícios possam ser evitados. Nas situações que não possam ser evitados, coloca-se a necessidade da ponderação (ALEXY, 2007, p. 111).

Supondo a colisão entre o princípio A e o princípio B, as etapas para a solução através da ponderação seriam: inicialmente, caberia comprovar o grau do não cumprimento ou prejuízo do princípio A; em seguida, demonstrar a importância do cumprimento do princípio B; e, por fim, verificar se a importância do cumprimento do princípio B justifica o prejuízo ou o não cumprimento do princípio A. Alexy enfatiza que a ponderação ocorre sempre diante de um caso concreto, não podendo ter como base a precedência absoluta de um princípio em relação a outro, tendo em vista que nenhum princípio goza de prevalência *a priori* ou em termos abstratos.

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. [...] direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.<sup>543</sup>

Relacionando as ideias de Alexy e de Holmes e Sunstein, seria possível considerar que a escassez de recursos gera colisões entre direitos fundamentais (princípios) no âmbito das possibilidades jurídicas, cabendo a solução se dar através da ponderação. Isto porque os autores de *The cost of rights* integram os custos ao próprio conceito de direito, a partir da ideia de coercitividade, explanada anteriormente. Além de insígnia de distinção entre direito e moral, a coação demarcaria o caráter custoso dos direitos, tendo em vista que demandam recursos públicos, no mínimo, para serem impostos por meio de um sistema jurídico. Daí a possibilidade do cumprimento de um direito colidir com o cumprimento de outro, em razão da escassez de recursos, que inviabiliza a satisfação em grau absoluto de todos os direitos e para todas as pessoas.

A ponderação proposta por Alexy, nesse sentido, parece encontrar compatibilidade com a teoria dos custos dos direitos proposta por Holmes e Sunstein. No entanto, conforme Amaral<sup>544</sup> apregoa, em que pese o autor alemão levar em conta que a concorrência por recursos escassos gera conflito entre os direitos, a questão dos meios materiais não teria sido destacada no tratamento da colisão de direitos fundamentais. Streck, por seu turno, critica a recepção da

---

<sup>543</sup> ALEXY, 2008, p. 111.

<sup>544</sup> AMARAL, 2001.

teoria dos direitos fundamentais de Alexy pelos autores brasileiros, ao passo que reputa como descriterioso o uso da regra da ponderação pelos tribunais pátrios, que a transformariam num enunciado performático, “uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”.<sup>545</sup>

Como mencionado no segundo capítulo deste trabalho, no âmbito da judicialização da saúde brasileira, é comum a ideia da ocorrência de uma colisão entre o direito à saúde e as questões orçamentárias, a ser resolvida pela ponderação. E, nesses casos, a conclusão do julgador seria pela prevalência da saúde, enquanto direito estritamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.<sup>546</sup> Barroso<sup>547</sup> aponta que, no entanto, que na complexa ponderação suscitada nas demandas judiciais de saúde o que estaria em jogo seria o direito à vida de uns *versus* o direito à vida de outros.

Pode-se falar, assim e ainda, numa colisão entre o direito à saúde individual e o direito à saúde em sua dimensão coletiva.<sup>548</sup> Isto porque, consoante observado nos dados apresentados no segundo capítulo deste trabalho, as decisões judiciais “acabam por incidir, de forma reflexa, na política pública de saúde, destinada a garantir o direito social à saúde sob a perspectiva coletiva”.<sup>549</sup> Ao considerar que a colisão se dá entre o direito à vida e as questões orçamentárias, o julgador acaba incorrendo numa ponderação resolvida de antemão, eis que baseada em um princípio absoluto, calcado na prevalência apriorística do direito à saúde, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, em detrimento de uma suposta questão orçamentária.

Soma-se a isso o fato de os tribunais tenderem à perspectiva da microjustiça, mencionada anteriormente. Conseqüentemente, se denota um afastamento da realidade, mediante a desconsideração da escassez na área da saúde, dos custos do direito fundamental à saúde, dos impactos orçamentários das decisões judiciais e, assim, da real colisão em causa. No entanto, essas decisões realizam, do ponto de vista prático, escolhas alocativas dos recursos estatais originalmente previstos para a saúde pública. As decisões, nesse sentido, desencadeiam conseqüências no plano fático.

---

<sup>545</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74.

<sup>546</sup> *Cf.* DANIELLI, 2016.

<sup>547</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/rev-unijus11>. Acesso em: 24 out. 2023.

<sup>548</sup> *Cf.* RAMOS, 2017.

<sup>549</sup> DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silva Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. *In*: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 121-122.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente que as consequências das decisões judiciais devem ser consideradas pelo magistrado, o que levanta a discussão acerca das contribuições da Análise Econômica do Direito no que concerne à valoração das consequências das decisões no bojo da atividade jurídico-decisória, conforme tratado a seguir.

#### 4.3 CONTRIBUIÇÃO DE UMA PERSPECTIVA CONSEQUENCIALISTA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A dificuldade dos juristas em considerar os custos para a realização dos direitos se coloca de forma especialmente problemática no âmbito da judicialização da saúde. Sendo um bem especialmente afetado pela escassez, as decisões judiciais sobre a saúde implicam em escolhas alocativas que perpassam pela colisão do direito à saúde nas perspectivas individual e coletiva. Isto porque, como apresentado no segundo capítulo, as determinações judiciais para que o Estado forneça tratamentos ou medicamentos geram impactos no orçamento público da saúde. No entanto, a desconsideração dos custos, dos impactos orçamentários das decisões e a tendência à microjustiça não anulam o fato de que a decisão judicial produz consequências no campo fático que ultrapassam as partes da lide. É nesse contexto que se colocam as ideias da Análise Econômica do Direito, sugerindo-se que a perspectiva consequencialista possa contribuir para a atividade jurídico-decisória no que tange à judicialização da saúde.

Galdino explica que a inserção dos custos dos direitos à análise jurídica revela a tentativa de incluir a perspectiva econômica no raciocínio jurídico. A ideia de relacionar Direito e Economia, por sua vez, não seria recente.<sup>550</sup> O autor afirma que a mais vigorosa e influente escola direcionada à análise econômica do direito teria se desenvolvido no fim da década de 1950, nos Estados Unidos da América, sendo denominada originalmente como *Law and Economics*, contando com influências do utilitarismo de Jeremy Bentham e do realismo jurídico norte-americano. A escola teria surgido “entre 1958, quando foi criada a publicação *Journal of Law and Economics* da Universidade Chicago, e 1973, quando é lançado o livro *Law and Economics*, de RICHARD POSNER”,<sup>551</sup> antes daquela revista não teria sido possível falar em um movimento teórico.

<sup>550</sup> “A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito [...] Remonta a Maquiavel, Hobbes, Locke, bem assim aos filósofos escoceses do Século das Luzes (ROUSSEAU, Stéphane; MACKAAY, Ejan. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8).

<sup>551</sup> GALDINO, 2005, p. 240.

Mathis<sup>552</sup> aponta, ainda, as contribuições de Ronald H. Coase e Guido Calabresi como a base seminal da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, destaca a análise de Calabresi em *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de 1961, sobre a alocação dos riscos da lei de responsabilidade civil; e as conclusões de Coase em *The Problem of Social Cost*, de 1960, com a apresentação do teorema que posteriormente fora nomeado em sua homenagem. Rousseau e Mackaay,<sup>553</sup> por seu turno, demarcam a ampliação do movimento a partir da década de 1980, com a formação de outras escolas de pensamento sobre a AED, como os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, a Escola ligada às normas sociais, bem como as filiadas à *Behavioral Law and Economics* (economia comportamental).

Gaudêncio situa a Análise Econômica do Direito como movimento do pós-realismo, despontando na segunda metade do século XX. A autora explica que o realismo jurídico é tributário do pragmatismo relativista de Oliver Wendell Holmes,<sup>554</sup> que, por sua vez, teria sido influenciado pelo utilitarismo de Bentham e pela jurisprudência analítica de Austin. O realismo jurídico teria assumido que, frequentemente, as decisões judiciais envolveriam opções políticas. Assim, teria essa corrente promovido uma crítica contundente ao formalismo jurídico, atacando seus postulados fundamentais, como a crença na previsibilidade das decisões judiciais e a aplicação lógico-subsuntiva do direito. Para o realismo jurídico, a decisão judicial não seria um resultado necessário de uma aplicação silogística, mas uma opção do julgador orientada por fins. Nessa esteira, “A jurisprudência deveria desenvolver um novo sentido de argumentação jurídica, que tenha em conta os efeitos económicos-sociais dela decorrentes”.<sup>555</sup>

A Análise Econômica do Direito teria como objetivo o de “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”.<sup>556</sup> Nesse sentido, Gico Jr. afirma que a AED figura um movimento filiado ao consequencialismo, tendo em vista a crença de seus cultores em que as normas jurídicas devam ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no plano fático. Com isso, a AED indicaria a aplicação do método

---

<sup>552</sup> MATHIS, 2009.

<sup>553</sup> ROUSSEAU; MACKAAY, 2015, p. 13.

<sup>554</sup> Almeida e Rego afirmam que o juiz Oliver Wendell Holmes pode ser considerado o fundador tanto do realismo jurídico, quanto do pragmatismo (ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. *Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015).

<sup>555</sup> GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Entre o Centro e a Periferia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17.

<sup>556</sup> GICO Jr., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.). *O que é Análise Econômica do Direito*. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 21.

econômico para a compreensão, explicação e previsão das implicações do ordenamento jurídico na realidade, afastando-se de julgamentos valorativos desprovidos de fundamentação empírica.

Entendida como uma metodologia a direcionar o raciocínio do jurista, a análise econômica do Direito o leva a privilegiar a discussão de questões concretas. A adequada aplicação da norma somente será possível se os fatos subjacentes forem analisados de forma a apresentar toda a sua vinculação no contexto da realidade. A economia apresenta ao jurista uma ampla e percuciente descrição da realidade.<sup>557</sup>

Essa preocupação com a realidade concreta e com os resultados ou consequências da escolha jurídica – através da atividade legislativa ou jurisdicional – formaria um elo entre o pragmatismo jurídico e a perspectiva consequencialista proposta pela Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, Ramos Neto<sup>558</sup> afirma que o argumento consequencialista<sup>559</sup> está inserido no paradigma do pragmatismo jurídico. Inobstante a ausência de unificação teórica,<sup>560</sup> o pragmatismo filosófico teria “como ponto principal a rejeição de fundamentos ontológicos *a priori* para a filosofia, buscando o uso da razão prática e soluções adequadas ao contexto e às consequências desejadas”.<sup>561</sup> Os defensores do pragmatismo jurídico, por seu turno, insistiriam que uma concepção pragmática da prática jurídica poderia contribuir para que o direito, enquanto ferramenta social, funcionasse de forma mais eficaz.<sup>562</sup> Nessa senda, a Análise Econômica do Direito se insere como instrumento de orientação para a tomada de decisões, especialmente no que concerne à validade das proposições a partir das suas consequências.<sup>563</sup>

Ao passo que defende o pragmatismo como uma das chaves para o aperfeiçoamento do direito, Posner enfatiza que esse pragmatismo – em que tem interesse – não corresponde ao utilizado para denominar determinada posição filosófica.<sup>564</sup> Ao revés, o autor reporta a sua

<sup>557</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Análise Econômica do Direito e Direito da Concorrência brasileiro. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 98, p. 231-256, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/75>. Acesso em: 02 nov. 2023. p. 242.

<sup>558</sup> RAMOS NETO, Plínio Valente. **Consequencialismo jurídico**. Fundamentos e limites. Curitiba: CRV, 2022.

<sup>559</sup> Torres explica que o “argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático” (TORRES, Ricardo Lobo. O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 24, p. 439-463, 2010. p. 439).

<sup>560</sup> ALMEIDA; REGO, 2015.

<sup>561</sup> RAMOS NETO, 2022, p. 32-33.

<sup>562</sup> BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position? **Essays in Philosophy**, Arcata, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/48857054.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

<sup>563</sup> RAMOS NETO, 2022.

<sup>564</sup> Kramer esclarece que essa perspectiva filosófica (ou metafísica) do pragmatismo denotaria uma posição relativista que nega que o conhecimento possa ser sustentado em fundamentos absolutos (KRAMER, Matthew H. The Philosopher-Judge: Some Friendly Criticisms of Richard Posner's Jurisprudence. **Modern Law Review**, New Jersey, v. 59, n. 3, p. 465-478, maio 1996. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02093.x>. Acesso em 05 nov. 2023).

atenção ao “pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências e não em conceitualismos e generalizações”.<sup>565</sup> No âmbito do processo decisório, um juiz pragmatista seria aquele orientado pelo objetivo de realizar a escolha associada à produção dos melhores resultados sociais. Com isso, cabe aos juízes observarem as potenciais vantagens de uma norma jurídica para a sociedade, inclusive partindo de juízos econômicos para avaliação de custos e benefícios.

O consequencialismo tratar-se de uma “expressão que abarca uma série de tendências filosóficas sobre a análise dos resultados da ação humana”,<sup>566</sup> não estando limitado ao escopo jurídico, embora lhe interesse, por tratar de critérios de julgamento. Já o consequencialismo jurídico, em termos amplos, poderia ser conceituado como “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas”.<sup>567</sup> Numa perspectiva consequencialista, uma decisão seria considerada adequada se não existirem decisões alternativas que associem consequências preferíveis às suas. Nesses termos, estariam contemplados o consequencialismo forte e o consequencialismo fraco. No primeiro, seria atribuída uma prioridade ou exclusividade da valoração das consequências no âmbito do juízo de adequação da decisão judicante. No segundo, essa valoração ocuparia um papel residual ou complementar em relação a outros elementos de fundamentação das decisões.<sup>568</sup>

Na perspectiva da Análise Econômica do Direito, Yeung suscita a noção econômica de externalidades para explicar que “o consequencialismo pode ser entendido quando há criação de externalidades positivas ou negativas, ou seja, criação de benefícios ou custos para partes terceiras, quando uma decisão ou ação é tomada por um indivíduo, uma organização ou qualquer ente privado ou público”.<sup>569</sup> A autora considera que a produção de externalidades para

<sup>565</sup> POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 358.

<sup>566</sup> CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015. p. 5.

<sup>567</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>. Acesso em: 02 nov. 2023. p. 131.

<sup>568</sup> “Assim, será [...] consequencialista tanto a posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel *residual* no referido juízo de adequação (quando, *e. g.*, entender-se que a consideração das consequências *somente* deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, *i. e.*, a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, *ao lado* da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (*e. g.*, a que se ocupa em medir a ‘distância’ da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático)” (SCHUARTZ, 2008, p. 313).

<sup>569</sup> YEUNG, Luciana. Consequencialismo judiciário. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é Análise Econômica do Direito**. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 194.

a sociedade pelas decisões judiciais seria tão natural que justificaria o fato de o sistema de justiça ser estatal. Em sentido próximo, Viaro afirma que “feita a jurisdição para produzir efeitos no mundo, difícil conceber que a avaliação das potenciais implicações práticas da sentença possa passar completamente ao largo do processo decisório”.<sup>570</sup> Na medida em que parte desses efeitos, produzidos pela decisão judicial, seriam intencionais, outros calcar-se-iam não intencionais ou até indesejados.<sup>571</sup>

Na Economia, a externalidade pode ser conceituada como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o benefício de outras que não tomam parte na ação”.<sup>572</sup> Com efeito, ocorre quando o agente de uma ação gera impactos no bem-estar de terceiros que não participam da ação, sem que existam compensações por esse impacto. A externalidade poderia produzir efeitos positivos ou negativos, tendo em vista a possibilidade de provocar aumentos ou perdas de bem-estar à sociedade. A título de exemplo, a produção de uma fábrica causaria uma externalidade negativa consubstanciada na poluição ao meio ambiente.<sup>573</sup> A educação, por seu turno, produziria maior civismo e qualidade na vida comunitária.<sup>574</sup>

As externalidades seriam consideradas falhas de mercado, em razão de destacarem a insuficiência de uma atuação completamente livre dos agentes econômicos para a produção de resultados eficientes.<sup>575</sup> A existência de externalidades demonstraria a incapacidade do mercado de captar todos os efeitos envolvidos nas transações, mormente a partir do processo de determinação do preço.<sup>576</sup> Daí que as externalidades não somente justificariam, mas tornariam necessária, a intervenção estatal no mercado, operando como ente de regulação.<sup>577</sup>

Se a ação A tem efeitos indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prende a Pigou, considera que se produz uma “externalidade”, isto é, um descompasso entre o custo privado, de A, e o “custo social”. Esse descolamento enseja a má alocação de recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Torna-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo.<sup>578</sup>

---

<sup>570</sup> VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; NALINI, José Renato; CHALITA, Gabriel (Orgs.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 73.

<sup>571</sup> Cf. GALDINO, 2005.

<sup>572</sup> MANKIW, 2005, p. 204.

<sup>573</sup> De acordo com Mankiw, na fabricação de papel é criado um subproduto químico, decorrente processo industrial, chamado dioxina. Essa substância química, em contato com o meio ambiente, aumentaria os riscos de câncer, anomalias e outros problemas de saúde para a população (MANKIW, 2005, p. 203).

<sup>574</sup> CRUZ, 2008.

<sup>575</sup> YEUNG, 2022.

<sup>576</sup> CRUZ, 2008.

<sup>577</sup> YEUNG, 2022.

<sup>578</sup> ROUSSEAU; MACKAAY, 2015, p. 10.

A perspectiva de que as externalidades refletem uma falha de mercado perpassa por fundamentos próprios da Economia. Nesse sentido, Mankiw<sup>579</sup> explica que os economistas consideram que as forças da oferta e da demanda de um bem poderiam propiciar, naturalmente, um equilíbrio, ou seja: uma alocação eficiente dos recursos. Essa noção, com frequência, seria transmitida a partir da metáfora da mão invisível do mercado, cuja formulação é atribuída a Adam Smith.<sup>580</sup>

Essa falha, portanto, reclamaria uma atuação estatal, através da adoção de medidas para promover a internalização ou a correção dos efeitos externos, permitindo o reequilíbrio do mercado.<sup>581</sup> Dada a diversidade das externalidades possíveis, também calcar-se múltiplas as possibilidades das respostas políticas a serem manejadas pelo ente público, tais como: o pagamento de subsídio aos produtores ou aos consumidores, o estabelecimento de tributos ou, ainda, a provisões de bens aos cidadãos. Com essas medidas, o Estado influenciaria na tomada de decisão dos agentes públicos, impactando nas curvas da procura e da oferta dos bens, promovendo, por derradeiro, o reequilíbrio do mercado.<sup>582</sup>

Conforme mencionado anteriormente, embora a saúde possua características de bens privados (exclusão e rivalidade), constitui um bem que é alvo da intervenção estatal. Cruz explica que isso ocorre, de um lado, em função dos ditames da justiça social e da equidade; e, de outro, em razão do seu fornecimento implicar na produção de efeitos externos não contemplados pela interação do mercado. Nesse sentido, o autor esclarece que, assim como a educação, a saúde provoca externalidades positivas ao bem-estar social, como ocorre com a vacinação: “o indivíduo que se vacina obtém benefícios do foro privado, mas simultaneamente beneficia toda a comunidade”.<sup>583</sup>

Ao passo que, no campo jurídico, seria discutido se as consequências decorrentes das decisões judiciais deveriam ser consideradas, ou em que medida deveriam ser utilizados

---

<sup>579</sup> MANKIW, 2005.

<sup>580</sup> Mathis explica, a respeito, que a metáfora teria sido introduzida por Adam Smith na obra *Moral Sentiments*, tendo como significado a ideia de que a ação individual egoísta – voltada aos interesses próprios do indivíduo – promoveria, simultaneamente e involuntariamente, o bem da sociedade (MATHIS, 2009).

<sup>581</sup> Cruz explica que, em alguns casos, as externalidades poderiam ser solucionadas pelo próprio mercado, através da solução proposta por Ronald Coase. O teorema de Coase teria sido tratado em *The Problem of Social Cost*, de 1960, no qual o economista britânico teria concluído que “desde que os direitos de apropriação estejam bem definidos, a existência de efeitos externos leva a que haja negociação entre os interessados, de modo a que se produza no mercado a solução socialmente ótima” (CRUZ, 2008, p. 43). Assim, Coase teria considerado que a questão das externalidades não estava suficientemente aprofundada, haja vista que as pessoas envolvidas poderiam, contratualmente e por conveniência, dispor a respeito dos ônus de sua interação (Cf. ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

<sup>582</sup> MANKIW, 2005.

<sup>583</sup> CRUZ, 2008, p. 37.

argumentos consequencialistas,<sup>584</sup> a Análise Econômica do Direito afirmaria, categoricamente, que as decisões judiciais têm consequências e que essas não devem ser ignoradas.<sup>585</sup> Numa perspectiva consequencialista, assim, os efeitos de ordem econômica, social e cultura, prejudiciais ou favoráveis à sociedade, devem ser evitados ou potencializados pelo julgador.<sup>586</sup>

No Brasil, o advento da Constituição de 1988, o reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios, bem como a emergência do fenômeno da judicialização da política, teriam sido fatores que propiciaram a inserção dos argumentos consequencialistas no debate sobre a fundamentação das decisões judiciais e o processo decisório jurisdicional.<sup>587</sup> Nesse sentido, Torres<sup>588</sup> considera que a argumentação consequencialista tem lugar justamente no âmbito da ponderação de princípios e, no plano do Direito Constitucional, o argumento de consequência deveria prevalecer nas situações de grande alcance econômico ou social, tendo em vista a preservação do bem comum.

Um debate inicial acerca do consequencialismo no país teria sido incitado, de forma tangencial, a partir do tema do controle concentrado de constitucionalidade. A doutrina brasileira teria entendido, desde as constituições anteriores a 1988, que a declaração de inconstitucionalidade operaria efeito *ex tunc*. Posteriormente, teriam repercutido perspectivas que orientavam pela preservação de alguns efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional, os quais mereceriam proteção jurídica. Nessa conjuntura, a discussão sobre as consequências da decisão se instaura ante à matéria tributária, tendo em vista a potencialidade da declaração de inconstitucionalidade de uma cobrança de tributos acarretar prejuízos expressivos à Fazenda Pública.<sup>589</sup> Somente no ano de 1999, com o artigo 27 da Lei n. 9.868, fora estabelecida de forma clara na legislação brasileira a possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a ser justificado pelos ditames da segurança jurídica ou do interesse social.<sup>590</sup>

Esse debate, sobre a introdução do consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro, ganha outros contornos a partir do ano de 2018, com a Lei n. 13.655.<sup>591</sup> A referida lei promoveu uma alteração no Decreto-Lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito

---

<sup>584</sup> Cf. SCHUARTZ, 2008.

<sup>585</sup> YEUNG, 2022.

<sup>586</sup> TORRES, 2010, p. 439.

<sup>587</sup> Cf. VIARO, 2019.

<sup>588</sup> TORRES, 2010.

<sup>589</sup> TORRES, 2010.

<sup>590</sup> Cf. VIARO, 2019.

<sup>591</sup> RAMOS NETO, 2022.

Brasileiro (LINDB) – incluindo os artigos 20 e 21, que passaram a exigir o exame das consequências práticas da decisão judicial e administrativa.<sup>592</sup>

Didier Jr. e Oliveira<sup>593</sup> consideram que o propósito dos artigos seria o de buscar mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade na seara do direito público, em detrimento de um uso retórico de princípios vagos, que poderiam ser utilizados como elementos para lastrear decisões pautadas na superficialidade e no voluntarismo. Em sentido próximo, Ramos Neto<sup>594</sup> aduz que a alteração da LINDB tem como foco mitigar a ambiguidade e vaguidade dos princípios e dos valores abstratos, impondo a exposição de fundamentos mais claros. Com efeito, o artigo 20 estabelecerá que o julgador “*deve considerar as consequências da sua decisão e, mais do que isso, deve expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, entre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso*”.<sup>595</sup>

Schulze e Gebran Neto apontam que os artigos 20 e 21 da LINDB permitem hipóteses ilimitadas de incidência, destacando os autores que, em relação à judicialização da saúde, o regramento torna necessário um profundo escrutínio judicial, “seja para não se fundar em argumentos retóricos e valores abstratos, seja para regular as consequências que advirão da decisão”.<sup>596</sup> Com efeito, a invocação genérica da saúde como direito de todos e dever do Estado não mais bastaria para justificar decisões no âmbito da saúde, tampouco a prevalência do direito à vida em relação ao valor econômico do tratamento vindicado.

No desiderato de uma abordagem jurisdicional consequencialista, pode ser considerada a observação de Posner<sup>597</sup> no sentido de que uma das dificuldades da adoção de uma orientação pragmática pelos juízes está no fato de os juízes não disporem de determinados conhecimentos que fogem ao escopo estritamente jurídico. Também Holmes e Sunstein<sup>598</sup> destacam a falta de informações disponíveis ao magistrado como fator que prejudica a operação de escolhas distributivas que levem em conta o cenário social mais amplo ao caso em julgamento. Tais observações dos autores encontram consonância com a questão da judicialização da saúde, que particularmente envolvem conhecimentos específicos de áreas alheias à jurídica – nomeadamente da medicina e da farmácia. Além disso, como mencionado alhures, o SUS

<sup>592</sup> SCHULZE; GEBRAN NETO, 2019.

<sup>593</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019.

<sup>594</sup> RAMOS NETO, 2022.

<sup>595</sup> DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 116.

<sup>596</sup> SCHULZE; GEBRAN NETO, 2019, p. 148.

<sup>597</sup> POSNER, 2012, p. 403.

<sup>598</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

possui uma quantidade expressiva de documentos normativos que dificultam uma apreensão completa pelos magistrados a respeito, por exemplo, do funcionamento do sistema, da incorporação de novas tecnologias e da repartição das competências entre os entes para a execução das ações e serviços de saúde.

Uma possibilidade de enfrentamento dessa limitação parece ter sido encontrada com a instituição dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS), mencionado no segundo capítulo, através do auxílio de pareceres técnicos para a formação do juízo. Rêgo<sup>599</sup> recorda, contudo, que embora a instituição do NATJUS seja obrigatória, a utilização da ferramenta pelos magistrados calca-se opcional. O êxito de uma contribuição efetiva desse serviço, portanto, depende de um prévio reconhecimento por parte do magistrado de que essas informações são necessárias ou, ao menos, relevantes para a atividade jurídico-decisória em demandas de saúde, favorecendo uma perspectiva consequencialista.

Posner também pontua que a consideração das consequências práticas da decisão judicial na realidade concreta, distanciando o juízo decisório de uma mera subsunção restrita à literalidade da norma, não seria algo distante do cotidiano dos tribunais. Destarte, o autor assevera como ponto pacífico nos tribunais o entendimento de que “se a interpretação literal de uma lei produz resultados absurdos, os juízes podem reescrevê-la”.<sup>600</sup> Essa postura seria sustentada pelos juízes mediante formulações no sentido de que a interpretação figuraria a busca do sentido da lei, o que tornaria impossível que o legislador almejasse um resultado absurdo.

A observação de Posner se aproxima daquilo que Ferraz Junior<sup>601</sup> explica a respeito do método gramatical de interpretação jurídica. O autor brasileiro, assim, explica que uma interpretação literal da norma jurídica calcar-se somente um ponto de partida para a atividade interpretativa. Soares<sup>602</sup> esclarece que o método teleológico, por seu turno, serve como norte para os demais processos hermenêuticos, em vista da convergência das técnicas interpretativas aos objetivos do sistema jurídico. Sendo assim, a interpretação jurídica ostentaria, sempre, uma natureza teleológica, ante à consistência axiológica do direito.

---

<sup>599</sup> RÊGO, 2017.

<sup>600</sup> POSNER, 2012, p. 409.

<sup>601</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>602</sup> Cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

No direito brasileiro, a própria Lei de Introdução ao Código Civil,<sup>603</sup> em seu art. 5º, contém uma exigência teleológica: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. As expressões *fins sociais* e *bem comum* são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os “fins sociais” são ditos *do direito*. Postula-se que a ordem jurídica, em sua totalidade, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas seu *telos* (fim), que não pode jamais ser anti-social. Já o “bem comum” postula uma exigência que se faz à própria sociedade. Isto é, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social.<sup>604</sup>

A atividade jurídico-decisório, desse modo – no que tange à interpretação da norma jurídica<sup>605</sup> – deveria observar o atendimento aos fins sociais e ao bem comum, afastando decisões associadas a consequências antissociais. Numa perspectiva consequencialista, a decisão judicial seria mais adequada na medida em que busque impactos favoráveis à sociedade ou, no mínimo, não prejudiciais ao bem-estar social.

Em atenção às lições econômicas, um ponto fundamental do conceito de externalidades está na falta de atenção dada a esses efeitos, assinalando a ideia de algo externo, que não interessa, que não é considerado. De acordo com as concepções de Holmes e Sunstein,<sup>606</sup> Galdino<sup>607</sup> e Amaral,<sup>608</sup> mencionadas neste capítulo, trata-se precisamente do que ocorre com os custos dos direitos fundamentais, no cerne de um modelo teórico da utopia, em uma perspectiva inserida na microjustiça e numa postura de ingenuidade positivista, eis que a aplicação da norma por silogismo bastaria à efetividade do direito à saúde, sem que nada mais importe.

O que comumente ocorre no âmbito das decisões judiciais de saúde, portanto, coaduna com a noção econômica das externalidades: efeitos que são gerados para a sociedade (terceiros alheios às partes em litígio), que são ignorados por aqueles que produzem esses efeitos.<sup>609</sup> No caso da judicialização da saúde, os órgãos jurisdicionais ignoram o impacto no orçamento

---

<sup>603</sup> O Decreto-Lei n. 4.457, de 1942, inicialmente foi nomeado como Lei de Introdução ao Código Civil. A partir de 2010, a nomenclatura passou a ser Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (*Cf.* BRASIL. **Lei n. 12.376**, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <https://tinyurl.com/lei12376>. Acesso em: 08 nov. 2023).

<sup>604</sup> FERRAZ JUNIOR, 2003. p. 293.

<sup>605</sup> Na lição de Bronze, a interpretação jurídica “é apenas um dos momentos da complexa *inveniendi* da decisão judicativa” (BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 879).

<sup>606</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

<sup>607</sup> GALDINO, 2005.

<sup>608</sup> AMARAL, 2001.

<sup>609</sup> *Cf.* YEUNG, 2022.

destinado à saúde pública e, com isso, a diminuição dos recursos a serem aplicados para o cumprimento do direito à saúde da coletividade.

Nessa linha, o campo da saúde figura um exemplo eloquente das externalidades geradas pelo Poder Judiciário.<sup>610</sup> Consoante apurado na etapa empírica da presente pesquisa, uma decisão judicial oriunda da Justiça Federal baiana gera o comprometimento de cerca de 37 milhões de reais, a cada cinco anos, para a aquisição de medicamento que beneficia a saúde de apenas um indivíduo. Ao passo que a referida decisão visara garantir o direito à saúde daquele indivíduo, também acarretou a redução do direito à saúde de todos dos demais cidadãos baianos – que terão aquela quantia a menos para usufruir através de atendimentos de suas necessidades de saúde no âmbito do SUS. Inobstante a falta de acesso ao teor daquela decisão judicial, caso reflita o quadro geral das questões aqui apresentadas, pode-se inferir que o prejuízo gerado à saúde de outros habitantes baianos não fora ponderado. Noutras palavras, esse prejuízo calca-se mera externalidade, desconsiderada pelo juízo.

Contudo, a fundamentação das decisões judiciais baseada na suposta colisão entre o direito fundamental à saúde, de um lado, e as questões orçamentárias, de outro, acaba revestindo o direito à saúde de uma prevalência *a priori* – portanto, um princípio absoluto (afastando-se, também, da ponderação proposta por Alexy). As ditas questões orçamentárias acabariam por camuflar o direito à saúde em sua dimensão coletiva, haja vista as limitações financeiras que atravessam a gestão do orçamento público, gerando a concorrência entre os direitos por esses recursos, conforme as lições de Holmes e Sunstein.<sup>611</sup> Nesse sentido, as decisões judiciais tenderiam para consequências potencialmente antissociais ou, no mínimo, que sequer consideram o prejuízo (não cumprimento) para o direito à saúde da sociedade.

Por derradeiro, na esteira das propostas da Análise Econômica do Direito, parece-nos que a perspectiva consequencialista pode contribuir para a atividade jurídico-decisória no campo da judicialização da saúde, a partir da consideração dos custos dos direitos e das consequências das decisões judiciais para a sociedade, com vistas a uma prestação jurisdicionais mais adequada.

---

<sup>610</sup> Cf. YEUNG, 2022.

<sup>611</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 2019.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da judicialização da saúde desponta como uma preocupação da comunidade acadêmica e jurídica desde, pelo menos, a década de 2010, devido ao crescimento de demandas judiciais objetivando a tutela da saúde, mormente em sua dimensão individual, lastreada nas disposições da Constituição Federal de 1988.

Ao ressaltar a consideração dos custos, a escassez de recursos, a necessidade de escolhas alocativas e o custo de oportunidade dessas escolhas, a Análise Econômica do Direito oferece contribuições para a atividade jurídico-decisória que podem auxiliar numa prestação jurisdicional mais adequada, especialmente no que tange à perspectiva consequencialista.

Se, na Economia, as externalidades reclamam uma intervenção estatal, mediante ações como a imposição de novos tributos ou a concessão de subsídios, a fim de influenciar nas curvas de oferta e de procura e promover o reequilíbrio do mercado; no exercício do poder-dever jurisdicional essa necessidade de internalizar – considerar os efeitos indesejados da decisão judicial – decorre do próprio ordenamento jurídico, destacando-se, na presente abordagem, o texto constitucional e as disposições da LINDB.

Isto porque, sob os motes de uma colisão entre direito à vida e questões orçamentárias, a fundamentação desses julgados acaba por ocultar a dimensão coletiva do direito a saúde que concorre por recursos escassos com a dimensão individual do direito. Esse uso, dito descriterioso, da ponderação não cumpriria a exigência da motivação das decisões, nos termos do artigo 20 da LINDB.

Por seu turno, a abordagem empírica da judicialização do direito à saúde, apresentada neste trabalho, apontou que, no Estado da Bahia, as ações de saúde têm crescido a cada ano, atingindo percentuais de aumento no número de casos proporcionalmente maiores ao restante do país. No que tange aos dados a respeito dos impactos orçamentários, os números também apresentam um impacto orçamentário considerável (especialmente em termos nominais).

No entanto, ao passo que fora verificado que os dados coletados sobre os gastos com a judicialização não eram precisos e completos, pôde ser inferido que os valores gastos, na realidade, são maiores aos que foram possíveis acessar. Na contramão disso, o Nordeste se destaca como uma das duas regiões com os menores gastos *per capita* em saúde do país.

O custo do direito à saúde, em relação à necessidade do dispêndio de recursos para sua efetivação, esteve presente nas discussões atinentes aos direitos fundamentais, anteriores à publicação de *The cost of rights*, em 1999. Todavia, antes, esse custo servira como lastro à ideia de um direito positivo e inexigível. No contexto do segundo pós-guerra, o reconhecimento da

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (incluindo os de baixa densidade normativa) abriu caminho para iminência da judicialização da saúde, no qual esse custo, que antes inviabilizara a exigibilidade do direito, passa a ser desconsiderado.

O percurso histórico pela saúde pública brasileira antes de 1988, bem como pelas nuances normativas do Sistema Único de Saúde, sublinharam a promessa, encampada pelo Movimento Sanitarista, de um acesso às ações e serviços de saúde a todos os brasileiros, refletido no princípio da universalidade, que romperia com o caráter restrito e excludente do modelo sanitário das décadas anteriores.

Assim, em que pese a dificuldade humana de discutir custos quando está em causa o direito à vida, a presente abordagem intentou ressaltar que, na realidade, o que está do outro lado da balança – quando o Poder Judiciário garante o direito à saúde a alguém – não são exatamente moedas, mas outras vidas. Longe de mera externalidade a ser ignorada, o direito à saúde em sua dimensão coletiva (essas outras vidas) deve ser considerado pelo julgador, colocando-se a perspectiva consequencialista oferecida pela Análise Econômica do Direito como uma possibilidade de contribuição.

## REFERÊNCIAS

- AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: rationing hospital care**. Washington: The Brookings Institution, 1984.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo / Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, Paula. Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização. **Conselho Nacional da Justiça**, Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao/#:~:text=De%20acordo%20com%20Nardi%2C%20por,para%20o%20cumprimento%20de%20senten%C3%A7as>. Acesso em: 13 out. 2023.
- ARAÚJO, Alex; SALACHENSKI, Mikaela. Justiça determina que governo de MG pague a bebê com doença rara medicamento de R\$ 200 mil. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/09/10/justica-determina-que-governo-de-mg-pague-a-bebe-com-doenca-rara-medicamento-de-r-200-mil.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2023.
- ARAÚJO, Mônica Cristina Moraes e Souza. **Uma análise da judicialização da saúde na aquisição e na distribuição de medicamentos e insumos no Brasil pelo Ministério da Saúde no período de 2010 a 2014**. 2016. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública na Saúde) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Abril S.A., 1984.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYRES, José Ricardo C. M. Uma concepção hermenêutica de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 43-62, abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/hSgv4n6yzC76Hsv3rmHVS5y/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BAHIA mantém a maior população do Nordeste e quarta do Brasil. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: [https://www.bahia.ba.gov.br/2023/06/noticias/bahia-mantem-a-maior-populacao-do-nordeste-e-quarta-do-brasil/#:~:text=A%20Bahia%2C%20com%2014.136.417,Janeiro%20\(16.054.524\)](https://www.bahia.ba.gov.br/2023/06/noticias/bahia-mantem-a-maior-populacao-do-nordeste-e-quarta-do-brasil/#:~:text=A%20Bahia%2C%20com%2014.136.417,Janeiro%20(16.054.524)). Acesso em: 19 out. 2023.

BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região**, Brasília, v. 31, n. 1, p. 146-153, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/33>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BAHIA. Governo do Estado. **Demonstrações Contábeis Consolidadas do Estado – Exercício 2022**. Salvador: Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 2023.

BAHIA. Ministério Público do Estado da Bahia. **Boletim informativo**: n. 03/2015. Salvador: CESAU, 2015. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/boletim/16973>. Acesso em 30 out. 2023.

BAHIA. Secretaria da Fazenda. **Orientação Técnica n. 055/2016**. Regularização dos processos de bloqueio judicial. Disponível em: [https://portal.sefaz.ba.gov.br/administracao/pdf\\_saf/OT\\_55.pdf](https://portal.sefaz.ba.gov.br/administracao/pdf_saf/OT_55.pdf). Acesso em: 30 out. 2023.

BALANÇO Geral do Estado. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/financas-publicas/balanco-geral-do-estado/>. Acesso em: 10 out. 2023.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde - Evolução rumo à racionalidade. **R. Dir. Sanit.**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. *In*: MATTÁ, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura. (Org.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; TANAKA, Oswaldo Yoshimi; MENDES, José Dínio Vaz. Por um processo de descentralização que consolide os princípios do Sistema Único de Saúde. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 15-24, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v13n1/v13n1a03.pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

BARBOSA, Poliana Brito. Direito à saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no Estado da Bahia entre 2010-2016. *In*: **VII Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário - CIADS**, 7, 2017, São Paulo. Anais [...]. São Paulo, CEPEDISA, 2018. Disponível em: [https://rediberoamericanadisa.com/?media\\_dl=3053](https://rediberoamericanadisa.com/?media_dl=3053). Acesso em: 20 set. 2023.

BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <https://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>. Acesso em: 24 out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlane Oliveira. A importância da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação para o operador do Direito. In: **XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**, 17, 2008, Brasília. Anais [...]. Brasília, CONPEDI, 2008.

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

BERZOTTI, Rafael. **A "tragédia da justiça"?** Um estudo conceitual do judiciário como bem econômico. 2020. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

BLACK, Jonh; HASHIMZADE, Nigar; MYLES, Gareth. **Dictionary of Economics**. 4<sup>th</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6<sup>a</sup> edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 107**, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_107\\_06042010\\_11102012191858.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf). Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **O financiamento da saúde**. Volume 2. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: [https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro\\_2.pdf](https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_2.pdf). Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 08 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 08 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6**, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/dlg6-2020.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm). Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 35.448**, de 1.º de maio de 1954. Expede o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-35448-1-maio-1954-327399-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 27**, de 28 de novembro de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc27-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc27-85.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 29**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm). Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 7**, de 13 de abril de 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.376**, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm#:~:text=LEI%20No%204.320%2C%20DE%2017%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201964&text=Estatui%20Normas%20Gerais%20de%20Direito,Munic%C3%ADpios%20e%20do%20Distrito%20Federal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm#:~:text=LEI%20No%204.320%2C%20DE%2017%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201964&text=Estatui%20Normas%20Gerais%20de%20Direito,Munic%C3%ADpios%20e%20do%20Distrito%20Federal). Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 06 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Evolução Institucional da Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 1979. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_06.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_06.pdf). Acesso em: 08 maio 2023

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS: doutrinas e princípios**. Brasília: Ministério da Saúde, 1990. Disponível em: [http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf). Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6564/RS**, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23/05/1996. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num\\_registro=199500687828&dt\\_publicacao=17/06/1996&cod\\_tipo\\_documento=](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996&cod_tipo_documento=). Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Despacho de convocação de Audiência Pública**, de 05 de março de 2009, Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf). Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS**, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1787**, de 16 de agosto de 2017, Ministro Bruno Dantas. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1787%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A'Plen%25C3%25A1rio'%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1787%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A'Plen%25C3%25A1rio'%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 16 out. 2023.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David; VAZQUEZ, Carlos. **International Human Rights in a Nutshell**. 4<sup>th</sup> edition. Toronto: Thomson Reuters, 2009.

BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position? **Essays in Philosophy**, Arcata, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/48857054.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

CAMIMURA, Lenir. Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/>. Acesso em: 09 out. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 1984.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *In*: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, v. 23, n. 91, jul./set. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. 392 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Alessandro Jacó de; ALBERTON, Luiz; MARAGNO, Lucas Martins Dias; COSTA, Cecília de Almeida. Custos da judicialização da saúde no Brasil: Análise do Executivo e Judiciário. *In*: **XV Congresso da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis**, 25, 2021, Evento Virtual. Anais [...]. Evento Virtual, XV CANPCONT, 2021. Disponível em: [https://anpcont.org.br/wp-content/uploads/2022/05/324\\_merged.pdf](https://anpcont.org.br/wp-content/uploads/2022/05/324_merged.pdf). Acesso em: 27 out. 2023.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>. Acesso em: 29 jul. 2023.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015.

CLÈVE. Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, Colômbia. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em: 01 nov. 23.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre cuidados primários**. Alma-Ata, URSS. 1978 Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 28 fev. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2023

CONSELHO ISLÂMICO. **Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos**. Paris, França. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 01 nov. 23.

CONTI, Thomas Victor. Métodos Empíricos em Análise Econômica do Direito. *In*: YEUNG, Luciana L. (Org.). **Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de San Salvador”**. São Salvador, El Salvador. 1988. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/sansalvador.pdf>. Acesso em: 01 nov. 23.

CORREA, Carlos Roberto Silveira; RANGEL, Humberto de Araújo; SPERANDIO, Ana Maria Girotti. Capítulo IV. Evolução das políticas públicas de saúde no Brasil. *In*: MARTINS, José Pedro Soares; RANGEL, Humberto de Araújo (Org.). **Campinas no rumo das comunidades saudáveis**. Campinas: IPES Editorial, 2004. Disponível em: [https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/livro\\_rangel\\_cap4.pdf](https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/livro_rangel_cap4.pdf). Acesso em 11 maio 2023

COSTA, Ediná Alves; ROZENFELD, Suely. Constituição da vigilância sanitária no Brasil. *In*: ROZENFELD, Suely (Org.). **Fundamentos da vigilância sanitária**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

COSTA, Mario Júnio de Almeida. **História do direito português**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

CRESWELL, Jonh W. **Projeto de Pesquisa**. Métodos qualitativo, quantitativo e misto. Tradução de Luciana de Oliveira Rocha. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2007.

CRUZ, José Neves. **Economia e Política**. Uma abordagem dialéctica da escolha pública. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CRUZ, Mafalda Alexandra Feliz da. **Importância terapêutica dos hemocomponentes e hemoderivados**. 2021. 70 f. Monografia (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) – Faculdade de Farmácia da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021.

CUETO, Marcos. **Saúde global: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788575415245>. Acesso em: 02 jan. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 27 abr. 2022.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde públ.**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcJyBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em: 22 abr. 2020.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. 2016. 124 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN. **Ambassade de France au Brésil**, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/local/cache-vignettes/L800xH1097/ec1b9a431bff51c9-7fc28.jpg?1569837916>. Acesso em: 27 jun. 2023.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silva Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. *In*: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

ESTATÍSTICAS processuais de direito à saúde. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 09 out. 2023.

FARIA, Horácio Pereira de; COELHO, Ivan Batista; WERNECK, Marcos Azeredo Furquim; SANTOS, Max André dos. **Modelo assistencial e atenção básica à saúde**. 2ª edição. Belo Horizonte: Coopmed, 2010.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERNANDES, Violeta Campolina; SOUSA, Camila Lopes de. Aspectos históricos da saúde pública no Brasil: revisão integrativa da literatura. **Journal of Management & Primary Health Care**, Uberlândia, v. 12, n. 1, p. 1-17, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/jmphc.v12.579>. Acesso em: 8 maio 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, José Roberto; BUSS, Paulo Marchiori. Atenção primária e promoção da saúde. *In*: BRASIL. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde**: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FIGUEIREDO, Iara Veloso Oliveira; COSTA, Nilson do Rosário. O direito à saúde no Brasil: entre a judicialização e a desjudicialização. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 11, n. 4, p. 142-165, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v11i4.785>. Acesso em: 05 ago. 2023.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Judicialização da Saúde**: novas respostas para velhos problemas. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, Curitiba, 2020.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Análise Econômica do Direito e Direito da Concorrência brasileiro. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 98, p. 231-256, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/75>. Acesso em: 02 nov. 2023.

FONTE, Felipe de Melo. **A intervenção judicial no âmbito das políticas públicas orientadas à concretização dos direitos fundamentais**. 2009. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 696-701, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000300024>. Acesso em: 26 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FRAGATA, Catarina Gonçalves. **Plasma humano**: componentes e derivados (conservação e utilização terapêutica em ambiente hospitalar). 2014. 110 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) – Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, Almada, 2014.

FREIRE, Mary Ann Menezes Freire; AMORIM, Wellington Mendonça de. A enfermagem da saúde pública no Distrito Federal: a influência do Relatório Goldmark (1923 a 1923). **Esc Anna Nery Rev Enferm**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 115-244, mar. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-81452008000100018>. Acesso em: 10 maio 2023.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado; QUELUZ, Dagmar de Paula. A judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. **Interface**, Botucatu, v. 24, 2020, p. 1-17. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/Interface.190345>. Acesso em: 20 out. 2023.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Jane. A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito? **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, b. 18, n. 1, p. 213-219, jan./fer. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2002000100022>. Acesso em: 05 ago. 2023.

GAROTO com doença rara é internado por falta de remédio de R\$ 600 mil. **G1**, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/garoto-com-doenca-rara-e-internado-por-falta-de-remedio-de-r-600-mil.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o Centro e a Periferia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GICO Jr., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é Análise Econômica do Direito**. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GIL, Carlos Gómez. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. **Papeles**, Madrid, n. 140, 2018, p. 107-118. Disponível em: [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/revista\\_papeles/140/ODS-revision-critica-C.Gomez.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/revista_papeles/140/ODS-revision-critica-C.Gomez.pdf). Acesso em 31 maio 2023.

GIOVANELLA, Lígia *et al.* De Alma-Ata a Astana. Atenção primária à saúde e sistemas universais de saúde: compromisso indissociável e direito humano fundamental. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 3, p. 1-6, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00012219>. Acesso em: 15 abr. 2022.

GOMES, Romeu. A análise de dados em pesquisa qualitativa. *In*: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa Social**. Teoria, Método e Criatividade. 21ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo; NÓBREGA, Renata Coelho da. Judicialização da saúde e a atuação do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS. **Revista do Curso de Direito Centro Universitário Brazcubas**, Mogi das Cruzes, v. 4, n. 1, p. 77-93, jun. 2020.

GUEDES, Odilon. **Orçamento Público e Cidadania**. São Paulo: Livraria Física, 2013.

GUIMARÃES, Raphael Mendonça; MEIRA, Karina Cardoso; PAZ, Elisabete Pimenta Araújo; DUTRA, Viviane Gomes Parreira; CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. Os desafios para a formulação, implantação e implementação da Política Nacional de Vigilância em Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 1407-1416, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017225.33202016>. Acesso em: 15 maio 2023

HARRIS, Jonh. Deciding between patients. *In*: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. (eds). **A Companion to Bioethics**. 2<sup>nd</sup> edition. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

IPEA. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods3.html>. Acesso em: 31 maio 2023.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg im Breisgau: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1892. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=JVQBAAAAYAAJ&pg=GBS.PP8&hl=pt>. Acesso em: 19 jun. 2023.

JIMÉNEZ, Juan B. Mateos. Actas de las conferencias sanitárias internacionales (1851-1938). **Rev Esp Salud Pública**, Madrid, v. 79, n. 3, p. 339-349, maio/jun. 2005. Disponível em: [https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/resp/v79n3/colaboracion2.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/resp/v79n3/colaboracion2.pdf). Acesso em: 06 fev. 2022.

JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da política de assistência farmacêutica: Os efeitos da atividade normativa infralegal. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTIÇA em números 2009 a 2019. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 09 out. 2023.

KILNER, Jonh F. **Who lives? Who dies?** Etical Criteria in Patient Selection. New Haven: Yale University Press, 1990.

KRAMER, Matthew H. The Philosopher-Judge: Some Friendly Criticisms of Richard Posner's Jurisprudence. **Modern Law Review**, New Jersey, v. 59, n. 3, p. 465-478, maio 1996. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02093.x>. Acesso em 05 nov. 2023

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF>. Acesso em: 29 jul. 2023.

KUCHARSKI, Karina Wahhab; BATTISTI, Iara Denise Endruweit; FERNANDES, Denise Medianeira Mariotti; ANASTÁCIO, Zélia Ferreira Caçador. Políticas públicas de saúde no Brasil: uma trajetória do Império à criação do SUS. **Contexto e Educação**, Ijuí, v. 37, n. 117, p. 38-49, abr. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2179-1309.2022.117.12871>. Acesso em: 17 maio 2023.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Deutscher Bundestag**, 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>. Acesso em: 29 jul. 2023.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MANTOVANI, Rafael. O que foi a polícia médica? **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 409-427, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702018000200007>. Acesso em 18 maio 2023.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Avanços e desafios do SUS na atualidade. *In*: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à saúde**. 1ª edição. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: [https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_16B.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_16B.pdf). Acesso em: 24 jan. 2023.

MARTINS, Julia Izadora da Silva; BERTOGLIO, Isabela Maria; GUERRA, Amanda Carolina Damasceno Zanuto; MAIOLI, Mariana Espiga; DELFINO, Vinicius Daher Alvares. Renal histological findings in a patient with acute renal injury associated with purpura fulminans: a case report. **Braz. J. Nephrol.**, v. 41, n. 2, p. 296-299, fev. 2019.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the Philosophical foundations of the economic analysis of law. Translated by Deborah Shannon. Norwich: Springer, 2009.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 17-41, 1997. Disponível em: <https://scielo.br/j/ea/a/T6MDmtWgwvvr5Mk9HcJJXmHL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jul. 2023.

MELLO, Guilherme Arantes; FONTANELLA, Bruno José Barcellos; DEMARZO, Marcelo Marcos Piva. Atenção básica e atenção primária à saúde – origens e diferenças conceituais. **Rev. APS**, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, p. 204-213, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/aps/article/view/14247/7708>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MELLO, Guilherme; DEMARZO, Marcelo; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. O conceito de regionalização do Sistema Único de Saúde e seu tempo histórico. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1139-1150, out./dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/JCpjVSbmMXxY3xnD3zrYFYb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 jun. 2023.

MENDES, Áquilas; FUNCIA, Francisco Rózsa. O SUS e seu financiamento. *In*: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016.

MENEZES, Luiz Carlos C. Saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. Considerações. **DAE**, São Paulo, v. 44, n. 136, p. 14-21, mar. 1984. Disponível em: [http://revistadae.com.br/artigos/artigo\\_edicao\\_136\\_n\\_1164.pdf](http://revistadae.com.br/artigos/artigo_edicao_136_n_1164.pdf). Acesso em: 06 maio 2023.

MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. *In*: FINKELMAN, Jacobo. (Org.). **Caminhos da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198710/000901831.pdf>. Acesso em 12 jul. 2023.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Dilene Raimundo do. **As pestes do Século XX: tuberculose e Aids no Brasil, uma história comparada**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2005.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 178-208, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2013v62p179>. Acesso em: 05 nov. 2023.

NUNES, Everaldo Duarte. Sobre a história da saúde pública: idéias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 251-264, 2000. Disponível em: [https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/csc/v5n2/7095.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v5n2/7095.pdf). Acesso em: 08 maio 2023

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. Introdução ao Direito Econômico. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sônia M. Fleury. **(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1989.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Participação, Saúde e Direito na Assembleia Nacional Constituinte: Um Resgate do Debate. *In*: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 14, 2005, Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza, CONPEDI, 2005. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/093.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, EUA. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020

PAIM, Jairnilson Siva; SILVA, Lígia Maria Viera da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. **Boletim do Instituto de Saúde**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 109-114, ago. 2010. Disponível em: <https://periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33772/32575>. Acesso em 03 abr. 2023.

PAINEL de despesas. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.transparencia.ba.gov.br/Despesa/Painel>. Acesso em: 17 out. 2023.

PAIVA, José Pedro. A relação das misericórdias com a Igreja na Época Moderna (1498-1820). In: PAIVA, José Pedro. (Coord.). **Portugaliae Monumenta Misericordiarum**. Vol. 10. Novos Estudos. Lisboa: União das Misericórdias Portuguesas, 2017. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/44774/1/A%20rela%c3%a7%c3%a3o%20in%20PMVvol1.pdf>. Acesso em 11 maio 2023

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTAL Dados Abertos Bahia. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://dados.ba.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2023.

PORTAL Transparência Bahia. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.transparencia.ba.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2023.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8<sup>th</sup> edition. New York: Aspen Publishers, 2011.

RAMOS NETO, Plínio Valente. **Consequencialismo jurídico**. Fundamentos e limites. Curitiba: CRV, 2022.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. Breve reflexão sobre a construção da ideia de proteção social e o direito à saúde na constituição federal de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 27, n. 01, p. 11-34, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RÊGO, Tâmara Luz Miranda. **Medidas alternativas e desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia**. 2017. 149 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

RIOS, Sadraque Oliveira. **Judicialização do direito à saúde pública no Município de Salvador - BA**: principais aspectos neoinstitucionais que interferiram nas decisões liminares proferidas na justiça estadual entre 2014 e 2016. 2018. 543 f. Tese (Doutorado em Administração) – Núcleo de Pós-Graduação em Administração da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**. Promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz Edições Livres, 2019.

RONCALLI, Angelo Giuseppe. O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do Sistema Único de Saúde. *In*: PEREIRA, Antonio Carlos (Org.). **Odontologia em Saúde Coletiva**: planejando ações e promovendo saúde. Porto Alegre: ARTMED, 2003. Disponível em: [https://www.professores.uff.br/jorge/wp-content/uploads/sites/141/2017/10/desenv\\_pol\\_pub\\_saude\\_brasil.pdf](https://www.professores.uff.br/jorge/wp-content/uploads/sites/141/2017/10/desenv_pol_pub_saude_brasil.pdf). Acesso em: 16 mar. 2023.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

ROUSSEAU, Stéphane; MACKAAY, Ejan. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania. *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no século XII**. Rio de Janeiro: IPRI, 1998. Disponível em: [https://funag.gov.br/loja/download/253-Direitos\\_Humanos\\_no\\_Seculo\\_XXI\\_-\\_Parte\\_I.pdf](https://funag.gov.br/loja/download/253-Direitos_Humanos_no_Seculo_XXI_-_Parte_I.pdf). Acesso em: 06 jul 2023.

SANTOS, René José Moreira dos; LUIZ, Viviane Rocha de. Transferências federais no financiamento da descentralização. *In*: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil**: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, 2016

SARAIVA, Luiz Fernando; ALMICO, Rita de Cássia da Silva. Montepios e Auxílio Mútuo no Brasil Império. *In*: **VIII Congresso Brasileiro de História Econômica e 9ª Conferência Internacional de História de Empresas**, 8, 2009, Campinas. Anais [...]. Campinas, ABPHE, 2005. Disponível em: [https://www.abphe.org.br/arquivos/luiz-fernando-saraiva\\_rita-de-cassia-da-silva-almico\\_2.pdf](https://www.abphe.org.br/arquivos/luiz-fernando-saraiva_rita-de-cassia-da-silva-almico_2.pdf). Acesso em: 18 maio 2023

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à seção II: Da Saúde. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 6º. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 498-516, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/80/97>. Acesso em: 07 jul. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luna Cavaleiro de Macedo. Comentários ao artigo 198. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>. Acesso em: 02 nov. 2023.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

SECRETÁRIO apresenta dados de redução de judicialização da saúde durante congresso. **Governo do Estado da Bahia**, 2019. Disponível em: <https://www.saude.ba.gov.br/2019/11/22/secretario-apresenta-dados-de-reducao-de-judicializacao-da-saude-durante-congresso/>. Acesso em: 17 out. 2023.

SERVO, Luciana Mendes Santos; PIOLA, Sérgio Francisco; PAIVA, Andrea Barreto de; RIBEIRO, José Aparecido. Financiamento e gasto público de saúde: histórico e tendências. *In: MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco. (Org.). Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde*. Brasília: Ipea, 2011

SILVA, Berenice Temoteo da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Conselhos e conferências de saúde no Brasil: uma revisão integrativa. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 319-328, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020261.08872019>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Marina Fernanda de Carlos Flores da. A importância de delimitação de atribuições a fim de garantir maior efetividade na prestação de serviços definidos como de competência comum. *In: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Direito à saúde*. 1ª edição. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em:

[https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_24.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_24.pdf). Acesso em: 24 jan. 2023.

SISTEMA de regulação. **Governo do Estado da Bahia**, 2023. Disponível em: <https://www.saude.ba.gov.br/atencao-a-saude/comofuncionaosus/sistema-de-regulacao/>. Acesso em: 17 out. 2023.

SOARES, Márcia Miranda; GARCÍA, Encarnación Murillo; CARBONELL, Jesús Ruiz-Huerta. Desigualdades territoriais no financiamento das políticas de educação e de saúde na Espanha e no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 1-21, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/cxBzXKGMbRfZXxyLmbjCgYM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 24, p. 439-463, 2010.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go marching in. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VASCONCELOS, Marília de Moraes. **A necessidade de priorizar o atendimento à pacientes: análise Bioética dos argumentos utilizados por médicos na aplicação de recursos limitados na área da saúde**. 2010. 118 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.461>. Acesso em: 01 mar. 2022.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>. Acesso em: 20 jul. 2023.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. *In*: MARTINS, Ives Granda da Silva; NALINI, José Renato; CHALITA, Gabriel (Orgs.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. Volume I. 2009. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDMAN, Eliseu Alves. **Vigilância epidemiológica**: como prática de saúde pública. 1991. 228 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6132/tde-25072016-175116/publico/DR\\_202\\_Waldman\\_1991.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6132/tde-25072016-175116/publico/DR_202_Waldman_1991.pdf). Acesso em: 07 maio 2023.

WIKLER, Daniel; MARCHAND, Sarah. Society's Allocation of Resources for Health. *In*: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. (Eds). **A Companion to Bioethics**. 2<sup>nd</sup> edition. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2009.

YEUNG, Luciana. Consequencialismo judiciário. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é Análise Econômica do Direito**. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022.