



Mônica Campos de Ré

Privilegiando o Social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil.

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio – PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Nadia de Araujo.

Rio de Janeiro,
Julho de 2009.



Mônica Campos de Ré

**Privilegiando o Social - o lugar do
direito de proteção à saúde no
Brasil.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Nadia de Araujo

Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Daniela Trejos Vargas

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Gustavo Binenbojm

UERJ

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 14 de julho de 2009.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Mônica Campos de Ré

Graduada em Direito. Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso, Campo Grande, MS. Especialista em Regulação de Serviços Públicos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio. Membro do Ministério Público Federal, atualmente ocupante do cargo de Procuradora Regional da República, em atuação perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Exerceu as funções de Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão e Titular do Ofício da Saúde – Área de Tutela de Direitos Difusos e Coletivos na Procuradoria da República do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2002 a 2004.

Ficha Catalográfica

Ré, Mônica Campos de

Privilegiando o Social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil / Mônica de Campos Ré ; orientadora: Nadia de Araujo. – 2009.

190 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Proteção à saúde. 3. Direito coletivo e universal. 4. Obrigação estatal. 5. Ministério Público e Poder Judiciário. 6. Escrutínio de Políticas públicas. 7. Aspectos: planejamento e execução. 8. Alocação e uso de verbas orçamentárias. 9. Regularidade. 10. Eficiência.. I. Araujo, Nadia de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A meus pais,

Moacir e “Cidinha” de Ré,

Pelos exemplos de correção e
ensinamentos sobre a dignidade
humana.

A minhas irmãs, Marcela e Milena.

Agradecimentos

A síntese refletida neste trabalho, consistente na preocupação com o coletivo, vem desde os tempos de jovem militante do movimento estudantil. O segundo passo, decorrente da afinidade com o Direito, foi ingressar no Ministério Público Federal onde pude exercitar, pela via institucional, os ideais da juventude, ou seja, a busca da justiça. Durante esse caminho contribuíram decisivamente:

meus pais, Moacir de Ré e Maria Aparecida de Campos Ré, fontes de inspiração contra iniquidades e minhas irmãs, Marcela e Milena de Ré, por sua vivacidade e constante bom humor;

o Desembargador Luiz Carlos Santini, com quem aprendi a lidar com o material jurídico aplicado na prática;

as “amigas ministeriais” de todas as horas, Gisele Porto, Lisiane Braecher, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Cristina Manella Cordeiro, Maria Helena Carvalho Nogueira de Paula, Samantha Chantal Dobrowolski e Silvana Batini César Góes;

os amigos-mestres Daniel Sarmiento e Rogério Nascimento, inspiradores tanto para a vida acadêmica quanto para o desempenho de funções institucionais, por terem aberto caminhos, os quais pude seguir e que facilitaram minhas tarefas.

os “fiéis escudeiros”: Érica Pacheco Marins, Isabelle Duarte, Liana Vanzim Silveira, Mabelly Mouta, Fernanda Braga, Breno Rangel, Tatiana Gonçalves e Mayara Paixão Bravo, sem a ajuda dos quais este trabalho não teria se “materializado”;

os colegas de turma do Mestrado, especialmente aos mais jovens, cuja acuidade intelectual fez ressurgir o ânimo para me embrenhar novamente nos estudos; e aos

contemporâneos, o constante incentivo para conciliar a atividade profissional e a jornada de rediscussão de temas considerados esquecidos.

o Professor José Ribas Vieira, exemplo de dedicação a sua função de mestre, sempre atento e prestimoso, enviando sugestões bibliográficas e constantes atualizações sobre temas candentes no Direito Constitucional brasileiro.

o meu co-orientador, Professor Florian Hoffmann que, mesmo de longe, devido ao fato de agora compor os quadros da *London School of Economics – LSE*, graças aos instrumentos de comunicação da nossa era, esteve sempre ao alcance, para ouvir minhas dúvidas e instigar meu pensamento;

a minha orientadora e também membro do Ministério Público, Professora Nadia de Araujo, pela paciência e acurado senso de orientação e às pertinentes observações.

RESUMO

Ré, Mônica Campos de; Araújo, Nadia de: **Privilegiando o Social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil**. Rio de Janeiro. 2009. 190p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O enfoque deste trabalho é analisar o direito de proteção à saúde no Brasil, decorrente de sua configuração, além da vertente subjetiva, também como direito fundamental social de caráter coletivo, constituindo um dever a ser provido pelo Estado. Sua garantia e concretização ocorrem mediante a realização de políticas públicas destinadas a reduzir o risco de doenças e propiciar o acesso aos respectivos serviços, de forma universal e igualitária a todos os cidadãos, bem como às ações de promoção, proteção e recuperação. Devem ser considerados os preceitos constitucionais e legais regentes da matéria, verificando-se a configuração de um sistema único de saúde, por meio do qual estão estabelecidas as competências dos três entes da federação brasileira para o desempenho das respectivas atividades administrativas. Para tanto, existe a vinculação e destinação de percentuais mínimos de recursos orçamentários, os quais, se descumpridos, podem gerar severas sanções, entre elas a possibilidade de intervenção federal e a retenção e condicionamento de recursos repassados pela União aos Estados. Verifica-se uma séria omissão e ineficiência dos órgãos públicos encarregados do desempenho desse serviço de relevância pública, bem como, em decorrência do princípio da integralidade, questiona-se a abrangência das prestações devidas aos cidadãos, usuários do sistema. Esta situação desencadeia a denominada “judicialização da saúde”, em razão do deslocamento da resolução dos problemas para o Poder Judiciário, constituindo verdadeiros conflitos de massa, devido ao excesso de demandas. A maioria dos pedidos visa à obtenção de inúmeros e variados insumos, incluindo medicamentos e tratamentos médico-hospitalares, a serem custeados por recursos públicos. A adjudicação judicial indiscriminada ocasiona significativos reflexos orçamentários, gerando impactos sobre políticas públicas existentes, sendo necessário averiguar a situação sob o âmbito estrutural. A atuação do Ministério Público e também do Poder Judiciário para a garantia desse direito universal, constitui um dos parâmetros possíveis para a sindicabilidade das atividades administrativas, com o objetivo de verificar o cumprimento dessa obrigação principalmente em sede de tutela coletiva, onde possa haver o escrutínio sobre o planejamento e a execução das políticas públicas no tocante ao direito à saúde, sob o aspecto coletivo e também tendo em vista as implicações individuais decorrentes da ineficiência e ou omissão administrativa, em conjunto com a defesa do patrimônio público no tocante à alocação e uso das verbas orçamentárias destinadas a essa finalidade.

Palavras-chave

Proteção à saúde. Direito coletivo e universal. Obrigação estatal. Ministério Público e Poder Judiciário. Escrutínio de políticas públicas. Aspectos: planejamento e execução. Alocação e uso de verbas orçamentárias. Regularidade. Eficiência.

ABSTRACT

Ré, Mônica Campos de; Araújo, Nadia de: **Giving Privilege To The Social - The Place Of The Right To Protection Of Health In Brazil.** Rio de Janeiro. 2009. 190 p. MSc. Dissertation. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The protection of health in Brazil is configured in the form of fundamental rights, as much as in a subjective character, as in a social one, and constitutes a duty to be fitted by the State, through the implementation of public policies to reduce the risk of diseases and to facilitate access to their services, in a universal and equal way to all whole citizens, as well as the actions of promotion, protection and recovery. There is a single health system, governed by constitutional and legal rules, through which are laid down the competences of the three bodies of the federation for the performance of the respective administrative activities. There are linkage and destination of minimum percentage of budgets resources, which, if not accomplished, can produce strict sanctions, *v.g.*, the possibility of federal intervention and the retention and conditioning of resources repassed by the Union to Member States. It's confirmed the omission and inefficiency of public bodies responsible for the performance of this service of public relevance, as well as, in derivation of the integrality principle is questioned the coverage of the benefits due to the citizens. This situation triggers the so called "judicialization". It's verified an excess of demands aiming the obtention of varied medicines and treatments. The indiscriminate judicial award causes reflexes on the budget, generating too, impacts on public policies; necessary, so, the investigation under the structural approach. The performance of the Brazilian Public Ministry acting on public interest litigation and the response of the Judiciary Power is due to guarantee this right. One of the possible parameters for the syndicability of the administrative activities for the respective scrutiny in form of collective guardianship, in a way that can be evaluated the planning and execution of activities related to the right to health, under the collective aspect, but considering the individual implications arising from the inefficiency of the administrative performance, together with the defense of the public patrimony regarding the allocation and use of the budget.

Keywords

Protection of health. Collective and universal right. State Obligation. Brazilian Public Ministry acting on public interest litigation. Judiciary Power. Scrutiny of public policies. Aspects: planning and execution. Allocation and use of budget funds. Regularity. Efficiency.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	15
2.1. Os direitos sociais e sua inserção no quadro da evolução da concepção de estado: da vertente liberal à social e democrática de direito	15
2.2. Abordagem sobre os direitos fundamentais	23
2.2.1. A dimensão objetiva e a subjetiva dos direitos fundamentais	25
2.2.2. Destaque da importância do tema	31
2.2.3.1. Considerações sobre os direitos fundamentais sociais	33
2.2.3.2. A posição restritiva de Robert Alexy	38
2.2.4. Apontamentos sobre sua exigibilidade	44
3. O DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE	47
3.1. Contextualização do direito à saúde no Brasil	47
3.2. Nomenclatura propositiva: direito de proteção à saúde	57
3.3. O conceito e a abrangência do sistema de saúde	62
3.4. Fontes de financiamento e aplicação dos recursos orçamentários em saúde pública	68
3.5. Consequências do descumprimento do artigo 198, § 2º, da Constituição Federal	75
3.5.1. Possibilidade de intervenção federal	76
3.5.2. Óbice a repasse de recursos	78
3.6. Uma das formas adequadas de proteção: a ação coletiva	79
3.7. A atuação do Ministério Público	84
PARTE II – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUAS IMPLICAÇÕES	90
4. Os tribunais e o direito à saúde no Brasil	90
4.1. Notas sobre a judicialização da política	90
4.2. A sindicabilidade de políticas públicas	98

4.3. Competências afetas à saúde	103
4.4. Repercussões de decisões judiciais	108
4.5. Discussão sobre parâmetros para adjudicação judicial relacionada ao direito de proteção à saúde	125
5. CONCLUSÃO	143
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149
7. ANEXOS	171
1. Ação Civil Pública nº 2006.51.01.010173-1 – 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Objeto: regularização de suprimento de medicamentos excepcionais pelo Estado do Rio de Janeiro	171
1.1. Primeiro despacho	171
1.2. Decisão concessiva de tutela antecipada	172
2. Termo de Ajustamento de Condutas	184
2.1. Termo Aditivo de Ajustamento de Condutas	188