

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE (BRASIL)
UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (ESPAÑA)**

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

**INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:
POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO
COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL**

**SÃO PAULO/SALAMANCA
2022**

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

**INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:
POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO
COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL**

Tese submetida ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, em regime de cotutela e dupla titulação de Doutor em Ciências Jurídicas do Programa de Doutorado em *Administración, hacienda y justicia en el Estado Social* da Universidade de Salamanca.

Orientadora no Brasil: Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná.

Orientadora na Espanha: Profa. Dra. Maria del Pilar Teresa Jiménez Tello

Ficha catalográfica

**INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:
POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO
COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL**

Tese submetida ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, em regime de cotutela e dupla titulação de Doutor em Ciências Jurídicas pelo Programa de Doutorado em *Administración, hacienda y justicia en el Estado Social* da Universidade de Salamanca.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná
Presidente e orientadora – Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Profa. Dra. Maria del Pilar Teresa Jiménez Tello
Orientadora – Universidade de Salamanca (USAL)

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Examinador Interno – Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Profa. Dra. Victoria Eugenia Plaza Jiménez
Examinadora Interna – Universidade de Salamanca (USAL)

Prof. Dr. Carlos Gustavo Moimaz Marques
Examinador Externo – Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP)

Prof. Dr. Paulo César Diniz de Araújo
Examinador Externo – Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Aos professores, dos mais simples e sem titulações, que me ensinaram valiosas lições de vida, aos mais bens graduados, com quem tive a honra de aprender ao longo da minha formação acadêmica, pela capacidade de me entregar um tesouro que ninguém pode roubar, o conhecimento, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão primeira e última de todo o meu viver, de todo o meu construir, pois sem a presença de sua infinita Graça, nenhuma linha poderia ser escrita, nenhuma ideia poderia surgir.

À Igreja Presbiteriana do Brasil, na pessoa do Rev. Roberto Brasileiro, por sustentar esta Instituição de excelência, a Universidade Presbiteriana Mackenzie, e o seu ensino confessional, e ao Rev. Robinson Grangeiro Monteiro, nosso Chanceler, meu pastor que tanto me estimulou a aqui estudar e trabalhar, juntamente com os Conselheiros Antônio César de Araújo Freitas e Claudson Roberto Lima Xavier, e os Reitores Benedito Guimarães Aguiar Neto e Marco Tullio de Castro Vasconcelos.

À minha esposa Larissa, a mulher que eu amo, por ser minha grande incentivadora e companheira, meu grande exemplo; aos meus familiares, especialmente aos meus pais, Lourenço Filho e Ana Rita, tios José e Tereza, Cristina e Onaldo, Maninha e Hildebrando, e primos-irmãos, Zezito, Flávia, Érika, Carol, Rafael, Laíla, Sheyla e Sirak, pelo apoio incondicional e torcida constante pelo meu sucesso profissional.

Aos meus amigos e amigas, por terem tornado o caminho menos penoso e pelos muitos abrigos a este estudante pessoense em terras paulistanas, onde destaco Lucianna, que me fez encontrar paz no caos de São Paulo e decidir me aventurar nesta “Selva de Pedra”; Raissa, que abriu as portas nas muitas etapas da seleção, quando tudo ainda era um sonho; Raiza, que, quando eu não sabia como continuar, mais que hospedagem, deixou-me um lar; e Flávia, que me deu, literalmente, asas para voar toda semana entre o trabalho em João Pessoa e as aulas em São Paulo.

Aos professores dos Programas de Doutorado em Direito Político e Econômico e em *Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social*, em especial às minhas orientadoras, Profa. Dra. Zélia Pierdoná e Profa. Dra. Pilar Jiménez Tello, as quais me acolheram como mães em São Paulo e em Salamanca, respectivamente, e sem as quais esta tese não poderia ter sido escrita; ao Prof. Dr. Felipe Chiarello, cuja amizade se tornou um marco em minha vida pessoal, acadêmica e profissional; ao amigo docente, Prof. Dr. Lamartine Gaspar, paraibano que me acolheu e me mostrou o caminho para criar raízes em meio à imensidão da vida paulistana; e à minha colega de turma e dupla acadêmica Priscila, pelos ensinamentos, pelo acolhimento, pela força, pela contínua produção conjunta e pela amizade.

“Ninguém possui coisa alguma, em seus próprios recursos, que o faça superior; portanto, quem quer que se ponha num nível mais elevado não passa de imbecil e impertinente. A genuína base da humildade cristã consiste, de um lado, em não ser presumido, porque sabemos que nada possuímos de bom em nós mesmos; e, de outro, se Deus implantou algum bem em nós, que o mesmo seja, por esta razão, totalmente debitado à conta da divina graça.” (CALVINO, João. Exposição de 1 Coríntios. São Paulo: Paracletos, 1996, p. 134-135).

RESUMO

As Constituições modernas inauguraram um vasto sistema de proteção social. Em matéria de saúde, adotou-se, no caso brasileiro, um progressista modelo de acesso universal e igualitário, com tratamento integral. Por sua vez, a garantia desse direito social impõe ao Estado altos custos, que precisam integrar um complexo arranjo de formulação e execução de políticas públicas específicas, aptas a implementar referido acesso de forma progressiva, eficiente e isonômica. Outrossim, mesmo conscientes da inafastabilidade da jurisdição, é imperioso constatar que, quando o Poder Judiciário intervém para impor a execução de prestações específicas, acaba por agir sem consciência econômica, referente ao custeio geral das ações públicas, nem política, referente ao tratamento isonômico traçado pelos Poderes constituídos em base democrática (Legislativo e Executivo), causando um severo desequilíbrio sistêmico. Desse cenário, surge um questionamento: É possível efetivar o acesso à saúde pela via judicial sem impactar negativamente na implementação geral das políticas públicas de saúde? Acreditamos que o atual modelo decisório em acesso à saúde causa enormes danos à efetivação do direito social, fato que conduz à hipótese da necessidade de profunda redução do poder de intervenção do Judiciário na execução das políticas públicas. Nesse norte, pretendemos analisar criticamente o processo de judicialização das políticas públicas de saúde, para, sob o viés do neoinstitucionalismo, propor uma profunda mudança no papel do Poder Judiciário na formulação e execução dessas políticas públicas, no âmbito da presente pesquisa de abordagem hipotético-dedutiva e documentação direta e indireta, por fontes documentais, bibliográficas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Separação dos poderes. Dirigismo institucional. Minimalismo judicial. Custo dos direitos.

RESUMEN

Las constituciones modernas inauguraron un vasto sistema de protección social. En materia de salud, en el caso brasileño se adoptó un modelo progresivo de acceso universal e igualitario, con tratamiento integral. A su vez, la garantía de este derecho social impone al Estado altos costos, que deben integrar un complejo arreglo de formulación y ejecución de políticas públicas específicas, capaces de implementar este acceso de manera progresiva, eficiente e isonómica. Además, aun siendo conscientes de la imposibilidad de competencia, es imperativo señalar que, cuando el Poder Judicial interviene para imponer la ejecución de beneficios específicos, termina actuando sin conciencia económica del costo general de las acciones públicas, ni conciencia política del tratamiento isonómico trazado por los poderes democráticamente constituidos (Legislativo y Ejecutivo), provocando un severo desequilibrio sistémico. A partir de este escenario surge una pregunta: ¿Es posible efectuar el acceso a la salud a través del sistema judicial sin impactar negativamente la implementación general de las políticas públicas de salud? Creemos que el actual modelo de toma de decisiones en el acceso a la salud causa un daño enorme a la realización del derecho social, hecho que lleva a la hipótesis de la necesidad de una reducción profunda del poder de intervención del Poder Judicial en la ejecución de las políticas públicas. En este sentido, pretendemos analizar críticamente el proceso de judicialización de las políticas públicas de salud, para, bajo el sesgo de la institucionalidad, proponer un cambio profundo en el rol del Poder Judicial en la formulación y ejecución de las políticas públicas, en el ámbito de esta investigación de enfoque hipotético-deductivo y de documentación directa e indirecta, por fuentes documentales, bibliográficas y jurisprudenciales.

Palabras clave: Judicialización de la salud. Separación de poderes. Liderazgo institucional. Minimalismo judicial. Coste de los derechos.

ABSTRACT

The modern constitutions inaugurated a vast system of social protection. In terms of health, in the Brazilian case, a progressive model of universal and equal access was adopted, with full treatment. In turn, the guarantee of this social right imposes on the State high costs, which need to integrate a complex arrangement of formulation and execution of specific public policies, able to implement this access in a progressive, efficient and isonomic way. It happens that, even though they are aware of the impossibility of jurisdiction, it is imperative to note that, when the Judiciary intervenes to impose the execution of specific benefits, it ends up acting without economic awareness, referring to the general costing of public actions, nor to politics, referring to isonomic treatment traced by the Powers constituted on a democratic basis (Legislative and Executive), causing a severe systemic imbalance. From this scenario, a question arises: Is it possible to effect access to health through the judicial system without negatively impacting the general implementation of public health policies? We believe that the current decision-making model in access to health causes enormous damage to the realization of social law, a fact that leads to the hypothesis of the need for a profound reduction of the Judiciary's intervention power in the execution of public policies. In this north, we intend to critically analyze the process of judicialization of public health policies, in order, under the bias of institutionalism, to propose a profound change in the role of the Judiciary in the formulation and execution of public policies, within the scope of this hypothetical- deductive and direct and indirect documentation, by documentary, bibliographic and jurisprudential sources.

Keywords: Judicialization of health. Separation of powers. Institutional leadership. Judicial minimalism. Cost of rights.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Relação entre número de defensoras e defensores e déficit/superávit para alcançar 1:10 mil habitantes de baixa renda, por UF (2019/2020).....	69
Gráfico 2: Painel de Ações COVID-19 no Supremo Tribunal Federal.....	145
Tabela 1: Gastos do Ministérios da Saúde com Demandas Judiciais (em R\$ milhões).....	79
Tabela 2: Respostas dos Tribunais acerca do volume de processos em tramitação sobre acesso à saúde pública e/ou suplementar.....	81
Tabela 3: Comparativo entre a saúde pública no Brasil e na Espanha.....	96
Tabela 4: Respostas dos Tribunais acerca: 1- Da existência de política institucional para a Judicialização da Saúde; e 2- Da ocorrência de diálogo interinstitucional permanente com os demais Poderes constituídos.....	118
Tabela 5: Decisões do Tribunal Constitucional Espanhol em matéria de acesso à saúde.....	134

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
INTRODUCCIÓN	18
1 ECONOMICIDADE E NEOINSTITUCIONALISMO	24
1.1 Análise Econômica do Direito e Neoinstitucionalismo.....	24
1.1.1 Realismo Jurídico, Pragmatismo e Justiça como Maximização de Riquezas.....	25
1.1.2 Nova Economia Institucional, Intervenções do Estado na Economia e Custos de Transação.....	33
1.2 Direitos Sociais, Políticas Públicas e o Papel das Instituições.....	38
1.2.1 Custo dos Direitos, Financiamento e Escolhas Trágicas.....	39
1.2.2 Solidariedade, Democracia Social e Legitimidade Democrática dos Poderes.....	42
2 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ACESSO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	47
2.1 Experiência Brasileira na Construção do Direito à Saúde.....	49
2.1.1 Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Constituição Federal de 1988 - Uma Constituição (Ir)Realizável?.....	52
2.1.2 Estratégias de Efetivação de Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Distributividade, Seletividade e Implementação Progressiva.....	58
2.2 Papel do Poder Judiciário na Efetivação das Políticas Públicas.....	65
2.2.1 Acesso à Justiça, Inafastabilidade da Jurisdição e Separação dos Poderes.....	67
2.2.2 Em Busca de Legitimidade, Eficiência e Isonomia.....	71
2.2.3 Panorama da Judicialização da Saúde no Brasil.....	78
3 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ACESSO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA ESPANHA	85
3.1 Experiência Espanhola na Construção do Direito à Saúde.....	85
3.1.1 A Construção do Estado de Bem-Estar Social e o Panorama dos Direitos Sociais na Europa Ocidental em Tempos de Crise.....	88
3.1.2 O Sistema Nacional de Saúde da Espanha.....	94
3.2 Intervenções Judiciais em Direitos Sociais na Espanha.....	111
4 POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO	116
4.1 Análise da Resposta Institucional dos Tribunais.....	117
4.1.1 Visão e Estratégias do Poder Judiciário Brasileiro.....	117
4.1.2 Visão e Estratégias do Poder Judiciário Espanhol.....	134
4.2 Construção de um novo Paradigma de Intervenção Judicial em Políticas Públicas: Minimalismo Judicial e Caridade Privada como Instrumentos de Efetivação do Acesso à Saúde.....	139
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	150
ANEXO A – PROTOCOLOS DE PESQUISA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	161
ANEXO B – RESPOSTAS INSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	199
ANEXO C – DECISÕES PARADIGMÁTICAS DOS TRIBUNAIS ESPANHÓIS	282

INTRODUÇÃO

A ciência do Direito tem estudado a temática dos direitos sociais, por meio de pesquisas que tem olvidado de analisar elementos básicos, para além do discurso ideal sobre identificar novos direitos e propagar uma efetivação ampla e irrestrita pelo Judiciário, a saber: Quanto custa? Quem paga? Como pagar? Tem-se feito um verdadeiro populismo jurídico-científico.

Nesse contexto, verificamos que, enquanto a pesquisa jurídica trilha caminhos eminentemente teóricos e utópicos, os direitos sociais permanecem muitas vezes como meros adornos no texto constitucional, sem alcançarem efetivação, razão pela qual é necessário o desenvolvimento de pesquisas orientadas sob uma óptica pragmática, com vistas a diagnosticar os problemas práticos, entender as causas desta não efetividade e buscar as soluções na delimitação da atuação dos Poderes e dentro das reais possibilidades do Estado, em especial relativos a um dos direitos sociais mais basilares, o acesso à saúde.

O próprio Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, uma verdadeira Carta Internacional sobre Direitos Humanos, o qual compõe a base do sistema jurídico internacional, em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pontua de forma precisa em seu artigo 2º o dever dos Estados Parte de adotar medidas em prol do desenvolvimento econômico, social e cultural “até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” Frisamos: de maneira progressiva e até o máximo de seus recursos disponíveis.

Por sua vez, a Constituição da República Brasileira de 1988, no que tange ao seu núcleo essencial relacionado aos direitos fundamentais, está no mesmo nível das mais modernas Constituições dos países do chamado “primeiro mundo”. Seu catálogo de direitos manteve garantias clássicas importantes, como a dos direitos civis e políticos, trouxe o aprofundamento de diversas conquistas sociais, um enorme e benéfico fortalecimento de importantes instituições, além de ter garantido a consagração de novos direitos.

Em virtude disso, muitos críticos já se levantaram ironizando a imensidão de conquistas enumeradas no texto constitucional, pontuando que os constitucionalistas tentaram ser modernos e politicamente corretos ao extremo, esquecendo de calcular os custos e as possibilidades de efetivação das normas.

Nessa esteira, a despeito de toda a tentativa de construção e valoração dos direitos fundamentais, bem como, sua densa e vasta positivação local, a realidade social muito dista das conquistas teóricas. Em saúde, tivemos a implementação de um sistema de acesso universal, igualitário (decorrentes da Constituição) e “gratuito” (decorrente da legislação infraconstitucional), altamente custoso, o qual enfrenta graves problemas, sobretudo na atenção de média e alta complexidade.

Essa distância entre “ser” e “dever ser” vista na efetivação dos direitos sociais em tempos de crise, seja no Brasil ou até mesmo no Estado de bem-estar social europeu, conduz à judicialização, em especial no seio das políticas públicas para implementação dos direitos sociais, com o Poder Judiciário intervindo de maneira individual, constante e direta na execução de tais programas.

Em saúde, o panorama é maximizado por dois fatores: primeiro, pelo alto dispêndio necessário para manter um modelo tão amplo, o que gera escassez de recursos e impossibilidade prática de implementação; segundo, em razão do apelo que o risco à vida dos jurisdicionados causa no processo de tomada de decisão, conduzindo os magistrados a uma visão sentimental.

Ademais, a crescente crise dos direitos sociais a impactar as políticas públicas de saúde atinge igualmente países que possuem uma teia de proteção social bem mais densa e consolidada historicamente, como podemos perceber no exemplo europeu, em especial no espanhol, recorte adotado nesta tese igualmente como fruto do convênio de cotutela e dupla titulação entre a Universidade Presbiteriana Mackenzie e a Universidade de Salamanca. Por isso, nossa escolha pela análise do desenho institucional do Poder Judiciário, a partir da perspectiva da sua intervenção em políticas públicas de saúde no Brasil e na Espanha.

Referida escolha se justifica por dois fatores, o recorte no âmbito da intervenção em saúde ocorre, como dito, pelo apelo emocional extremo no processo de tomada de decisão desses casos, razão pela qual uma crítica a atuação institucional para – em tese – “salvar vidas” pode ser ampliada para todo o processo

de intervenção judicial desmedida na formulação e execução de políticas públicas; já o recorte Brasil e Espanha se mostra importante, na medida em que será possível vislumbrar como acontece o intervencionismo judicial tanto em um país com notória tradição na efetivação dos direitos sociais, como no seio de uma nação que ainda possui cadeias de proteção social em construção.

Além disso, em razão da preservação da própria vida ser um dos bens mais caros ao ser humano, a falta de acesso à saúde pública se torna o mais notório problema social, por vezes fruto da incapacidade dos países em prover um adequado acesso à saúde para a população. Logo, é mister que a academia se dedique a analisar este tema com vistas a propor os meios para operacionalizar – em algum grau – uma real efetivação deste direito social, delimitando o papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos daí advindos.

Para tanto, é necessário a conjugação entre a cidadania e a economia, isto é, precisamos entender que a afirmação dos direitos sociais precisa estar amparada no desenvolvimento econômico e na preservação das contas públicas, sob pena de caminharmos para um colapso total das cadeias de proteção social, além de que tal consciência cidadã deve modelar a atuação do Estado-Juiz, em uma perspectiva de cidadania modelando o Estado.

Nesse norte, surge o problema central de pesquisa. Já que é cediço, por um lado, que o Poder Judiciário não pode permanecer inerte diante de lesão ou ameaça de lesão a direitos, ante à inafastabilidade da jurisdição e, por outro lado, é igualmente certo que o Poder Judiciário causa danos sociais quando, sem a legitimidade democrática, interfere na execução das políticas públicas, olvidando, ainda, de qualquer análise prévia do impacto econômico desta decisão sobre a manutenção de todas as cadeias de proteção social já implantadas. Logo, questionamos: É possível efetivar o acesso à saúde pela via judicial sem impactar negativamente na implementação geral das políticas públicas de saúde?

Vislumbramos que a atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos advindos das querelas para efetivação do acesso à saúde tem atendido determinados cidadãos jurisdicionados, que possuem o privilégio de acessar a Justiça, em detrimento da implementação de políticas públicas gerais, tendo em vista a drenagem de recursos para o custeio das consequências advindas da judicialização.

Ao invadir a competência do Executivo e do Legislativo, na execução e formulação de políticas públicas, o Poder Judiciário estaria esvaziando direitos políticos, já que não é eleito para tanto. Ademais, partindo da premissa que existe uma crise de efetivação dos direitos sociais, notadamente de acesso à saúde pública, pela incapacidade econômica do Estado prover integralmente uma ampla e irrestrita cadeia de proteção social, olvidar desta questão no processo de tomada de decisão judicial contribui para fomentar esse tratamento anti-isonômico e ser fator de colapso para todo o sistema, razão pela qual a fundamentação da decisão carece de uma análise econômica prévia do impacto do julgado sobre o sistema.

Tal fato ocorre igualmente quando o Estado-Juiz intervém na saúde suplementar, colocando em risco a higidez econômica das operadoras privadas, produzindo custos não previstos contratualmente, cujos riscos são imediatamente inseridos nos custos das operações, dificultando ainda mais o acesso para grande parte da população, o que conduz a uma sobrecarga ainda maior sobre o Sistema de Saúde Pública.

Acreditamos que o atual modelo decisório em acesso à saúde causa enormes danos à efetivação do direito social, fato que conduz à hipótese da necessidade de profunda redução do poder de intervenção do Judiciário na execução das políticas públicas.

A pesquisa, portanto, seguirá o método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir da constatação do problema central de tomada de decisão e da formatação de um modelo teórico para o solucionar, do qual serão deduzidas as consequências de sua implementação, bem como, a verificação da possibilidade de trazer efetiva solução para a implementação de políticas públicas de saúde, sem a admissão da sua intensa judicialização. Para tanto, adotaremos a documentação indireta, por fontes documentais, bibliográficas e jurisprudenciais; e direta, por meio de questionamento junto aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais a respeito de políticas institucionais de mitigação do problema.

Com isso, objetivamos, de forma geral, analisar criticamente o processo de judicialização das políticas públicas de saúde, para, sob o prisma do neoinstitucionalismo, propor uma profunda mudança no papel do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas.

Já de maneira específica, pretendemos: I – Inserir a Análise Econômica do Direito e seus pressupostos teórico e filosófico, em especial a noção de custo dos direitos, quando da busca por soluções para a efetivação dos direitos sociais; II – Evidenciar a crise de efetivação dos direitos sociais, especialmente do acesso à saúde, por meio da análise dos sistema de saúde brasileiro e espanhol, diagnosticando os problemas, suas causas e as possíveis soluções para a efetivação, em maior grau possível, da garantia em questão, com base nos princípios da distributividade, da seletividade e da implementação progressiva; III – Observar criticamente, sob a perspectiva do neoinstitucionalismo e do dirigismo institucional, o atual modelo de tomada de decisões judiciais no âmbito do acesso à saúde, em busca de garantir eficiência e isonomia; IV – Analisar os impactos da judicialização da saúde sobre a implementação das políticas de saúde e a visão e ações dos Tribunais no tema.

Para tanto, desenvolveremos a presente pesquisa em quatro capítulos. No primeiro capítulo, serão expostos os fundamentos investigativos, a saber, a análise econômica do direito e os seus pressupostos teórico, isto é, o realismo jurídico, e filosófico, ou seja, o conceito de justiça como maximização de riqueza, além de explicitar o modelo teórico neoinstitucionalista. De maneira mais específica, abordaremos a noção de custo dos direitos e financiamento, bem como, o processo de alocação desses recursos e a delimitação do papel dos Poderes constituídos.

O segundo capítulo será dedicado à análise do processo de construção e efetivação dos direitos sociais no Brasil, com uma abordagem crítica sobre o texto da Constituição da República Brasileira de 1988 e sua vasta gama de direitos possivelmente irrealizáveis do ponto de vista financeiro. De forma mais pontual, trataremos do acesso à saúde no Brasil, a partir de sua evolução até o atual Sistema Único de Saúde, sob a perspectiva da distributividade, da seletividade e da implementação progressiva. Ademais, o panorama da judicialização da saúde será explorado. Em particular, analisaremos os impactos das decisões sobre o sistema de saúde, em especial sob o aspecto da eficiência e da isonomia.

O terceiro capítulo analisará a construção do sistema de proteção social europeu e espanhol, em especial o modelo de prestação de saúde pública da Espanha, com os respectivos impactos sociais e econômicos. Além disso, exporá a judicialização da saúde, investigando o papel do Poder Judiciário na efetivação das

políticas, no contexto do acesso à Justiça, da inafastabilidade da jurisdição e da separação dos Poderes.

No quarto capítulo, investigaremos como os Tribunais tem atuado para mitigar os danos provocados pela judicialização, analisando-as sob o norte do neoinstitucionalismo e do dirigismo institucional, por meio da confrontação entre a atuação do Poder Judiciário exposta em seus precedentes e sua postura institucional, exarada formalmente pelos Tribunais em resposta aos seguintes questionamentos: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde? Se sim, quantos são atualmente?

Ao cabo, apresentaremos a proposta de um modelo de intervenção judicial em acesso à saúde pública pautado pelo minimalismo judicial, como melhor instrumento de efetivação do direito à saúde, baseado na primazia dos poderes Executivo e Legislativo, além de detalharmos os impactos da interferência do Poder Judiciário, com especial atenção para períodos de crise sanitária como a vivida no atual cenário de pandemia do coronavírus (COVID-19). Por fim, demonstraremos de que maneira as eventuais necessidades individuais podem ser supridas de maneira complementar pela caridade privada.

INTRODUCCIÓN

La ciencia del derecho ha estudiado la cuestión de los derechos sociales a través de investigaciones que han descuidado el análisis de elementos básicos, además del discurso ideal sobre la identificación de nuevos derechos y la difusión de una amplia e irrestricta efectividad por parte del Poder Judicial, a saber: ¿Cuánto cuesta? ¿Quién paga? ¿Cómo pagar? Ha habido un verdadero populismo jurídico-científico.

En este contexto, nos encontramos con que, mientras la investigación jurídica traza caminos eminentemente teóricos y utópicos, los derechos sociales muchas veces quedan como meros adornos en el texto constitucional, sin lograr efectividad, por lo que es necesario desarrollar una investigación orientada bajo una perspectiva pragmática, con el fin de diagnosticar los problemas prácticos, comprender las causas de esta ineficacia y buscar soluciones en la delimitación del desempeño de los Poderes y dentro de las posibilidades reales del Estado, especialmente en cuanto a uno de los derechos sociales más básicos, el acceso a la salud.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, una verdadera Carta Internacional de Derechos Humanos, que constituye la base del ordenamiento jurídico internacional, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 2 el deber de los Estados Partes de adoptar medidas a favor del desarrollo económico, social y cultural “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” Destacamos: para lograr progresivamente y hasta el máximo de los recursos de que disponga.

A su vez, la Constitución de la República de Brasil de 1988, en cuanto a su núcleo esencial relacionado con los derechos fundamentales, está al mismo nivel que las Constituciones más modernas de los países del llamado “primer mundo”. Su catálogo de derechos mantuvo importantes garantías clásicas, como los derechos civiles y políticos, propició la profundización de varios logros sociales, un enorme y benéfico fortalecimiento de importantes instituciones, además de garantizar la consagración de nuevos derechos, especialmente de diferentes grupos minoritarios.

Como resultado, muchos críticos ya se han levantado ironizando la inmensidad de conquistas enumeradas en el texto constitucional, señalando que los constitucionalistas intentaron ser modernos y políticamente correctos al extremo, olvidándose de calcular los costos y las posibilidades de hacer cumplir las reglas. En este contexto, a pesar de todos los intentos de construcción y valoración de los derechos fundamentales, así como de su densa y vasta positividad local, la realidad social está muy lejos de los logros teóricos. En lo que respecta a la salud, tuvimos la implementación de un sistema de acceso universal, igualitario y “gratuito”, altamente costoso, que enfrenta serios problemas, especialmente en la atención de mediana y alta complejidad.

Esta distancia entre “ser” y “deber ser” vista en la realización de los derechos sociales en tiempos de crisis, ya sea en Brasil o incluso en el estado de bienestar social europeo, conduce a una intensa judicialización, especialmente dentro de las políticas públicas, para la implementación de los derechos sociales, con la intervención del Poder Judicial de manera individual, constante y directa en la ejecución de dichos programas; La salud complementaria es otro foco de intensa judicialización. En la salud, el escenario se maximiza por dos factores: primero, por el alto gasto necesario para mantener un modelo tan amplio, que genera escasez de recursos e imposibilidad práctica de implementación; y, en segundo lugar, por el recurso de apelación que el riesgo a la vida del poder judicial provoca en el proceso de toma de decisiones, llevando a los magistrados a una mirada sentimental.

Además, la creciente crisis de los derechos sociales que impactan en las políticas públicas de salud también afecta a países que tienen una red de protección social mucho más densa e históricamente consolidada, como podemos ver en el ejemplo europeo, especialmente en español, recorte adoptado en esta tesis igualmente como resultado del convenio de cotutela y de doble titulación entre la Universidade Presbiteriana Mackenzie y la Universidade de Salamanca. De ahí nuestra elección para el análisis del diseño institucional del Poder Judicial, desde la perspectiva de su intervención en las políticas públicas de salud en Brasil y España.

Esta elección se justifica por dos factores, el recorte en el alcance de la intervención en salud se produce, como se afirma, por el extremo atractivo emocional en el proceso de toma de decisiones de estos casos, por lo que una crítica a la acción institucional para - en teoría - “salvar vidas” puede extenderse a todo el proceso de

excesiva intervención judicial en la formulación y ejecución de políticas públicas; El corte entre Brasil y España es importante, ya que se podrá vislumbrar como sucede el intervencionismo judicial tanto en un país de notoria tradición en la realización de los derechos sociales, como en una nación que aún tiene cadenas de protección social en construcción.

Además, debido a que la preservación de la vida es uno de los bienes más costosos para los seres humanos, la falta de acceso a la salud pública se convierte en el problema social más notorio, a veces debido a la incapacidad de los países para brindar un acceso adecuado a la salud para la población. Por tanto, es necesario que la academia se dedique a analizar este tema para proponer los medios que permitan llevar a cabo -en alguna medida- una realización real de este derecho social, delimitando el rol del Poder Judicial en la resolución de los conflictos que surjan del mismo.

Por lo tanto, es necesario combinar la ciudadanía con la economía, es decir, debemos entender que la afirmación de los derechos sociales debe estar respaldada por el desarrollo económico y la preservación de las cuentas públicas, bajo el riesgo de avanzar hacia un colapso total de las cadenas de protección social, además de que dicha conciencia ciudadana debe modelar la actuación del Estado-Juez, en una perspectiva de ciudadanía que configura el Estado.

En ese sentido, surge el problema central de la investigación. Se sabe que, por un lado, el Poder Judicial no puede permanecer inerte ante el perjuicio o amenaza de perjuicio a derechos ante la inaccesibilidad de la jurisdicción y, por otro lado, es igualmente cierto que el Poder Judicial ocasiona daño social cuando, sin legitimidad democrática, interfiere con la implementación de las políticas públicas, descuidando también cualquier análisis previo del impacto económico de esta decisión en el mantenimiento de todas las cadenas de protección social ya instaladas. Por tanto, nos preguntamos: ¿Es posible hacer efectivo el acceso a la salud a través del sistema judicial sin que ello repercuta negativamente en la implementación general de las políticas públicas de salud?

Vemos que la actuación del Poder Judicial en la resolución de los conflictos derivados de litigios para el cumplimiento del acceso a la atención de salud ha servido a determinados ciudadanos jurisdicionados, quienes tienen el privilegio de acceder

a la Justicia, en detrimento de la implementación de las políticas públicas generales, en vista de la fuga de recursos para sufragar las consecuencias de la judicialización.

Al invadir la competencia del Ejecutivo y Legislativo, en la ejecución y formulación de políticas públicas, el Poder Judicial estaría vaciando derechos políticos, ya que no es elegido para eso. Además, partiendo de la premisa de que existe una crisis de efectividad de los derechos sociales, en particular en términos de acceso a la salud pública, debido a la incapacidad económica del Estado brasileño para brindar una cadena de protección social amplia y sin restricciones, el olvido de esta cuestión en la toma de decisiones judiciales contribuye a fomentar este tratamiento antiisotómico y a ser un factor de colapso para todo el sistema, por lo que el razonamiento de la decisión requiere un análisis económico previo del impacto de lo juzgado sobre el sistema. Este hecho también ocurre cuando el Estado-Juez interviene en la salud complementaria, poniendo en riesgo la salud económica de los operadores privados, produciendo costos no previstos en el contrato, cuyos riesgos se insertan inmediatamente en los costos de las operaciones, dificultando aún más el acceso a la gran parte de la población, lo que conduce a una carga aún mayor para el sistema público de salud.

Creemos que el actual modelo de toma de decisiones en el acceso a la salud causa un daño enorme a la realización del derecho social, hecho que lleva a la hipótesis de la necesidad de una reducción profunda del poder de intervención del Poder Judicial en la ejecución de las políticas públicas.

La investigación, por tanto, seguirá el método del enfoque hipotético-deductivo, a partir de la observación del problema central de la toma de decisiones y el formateo de un modelo teórico para resolverlo, del cual se deducirán las consecuencias de su implementación, así como, la verificación de la posibilidad de aportar una solución efectiva a la implementación de las políticas públicas de salud, sin admitir su intensa judicialización. Para ello, adoptaremos documentación indirecta, utilizando fuentes documentales, bibliográficas y jurisprudenciales; y directa, cuestionando a los Tribunales Federales y Regionales de Justicia sobre las políticas institucionales para mitigar el problema.

Con ello, pretendemos, en general, analizar de forma crítica el proceso de judicialización de las políticas públicas de salud, para proponer, bajo el prisma del

neoinstitucionalismo, un cambio profundo en el papel del Poder Judicial en la formulación e implementación de las políticas públicas.

Específicamente, pretendemos: I - Insertar el Análisis Económico del Derecho y sus supuestos teóricos y filosóficos, especialmente la noción del coste de los derechos, en la búsqueda de soluciones para la realización de los derechos sociales; II - Evidenciar la crisis en la realización de los derechos sociales, especialmente en materia de acceso a la salud, a través del análisis de los sistemas de salud brasileño y español, diagnosticando los problemas, sus causas y las posibles soluciones para la efectividad, en el mayor grado posible, de la garantía en pregunta, basada en los principios de distributividad, selectividad e implementación progresiva; III - Observar críticamente, desde la perspectiva del neoinstitucionalismo y el liderazgo institucional, el modelo actual de toma de decisiones judiciales en el ámbito del acceso a la salud, buscando garantizar la eficiencia y la igualdad; IV - Analizar los impactos de la judicialización de la salud en la implementación de las políticas de salud y la visión y actuación de los Tribunales en la materia.

Para ello, desarrollaremos la presente investigación en cuatro capítulos. En el primer capítulo expondremos los fundamentos investigativos, esto es, el análisis económico del derecho y sus supuestos teóricos, es decir, el realismo jurídico y filosófico, el concepto de justicia como maximización de la riqueza, además de explicar el modelo teórico neoinstitucionalista. Concretamente, abordaremos la noción de coste de derechos y financiación, así como el proceso de asignación de estos recursos y delimitación del papel de los poderes constituidos.

El segundo capítulo estará dedicado al análisis del proceso de construcción y realización de los derechos sociales en Brasil, con una aproximación crítica al texto de la Constitución de la República Brasileña de 1988 y su amplio abanico de derechos, posiblemente irrealizables desde el punto de vista financiero. De manera más puntual, trataremos el acceso a la salud en Brasil, desde su evolución al actual Sistema Único de Salud, desde la perspectiva de la distributividad, la selectividad y la implementación progresiva. Además, el panorama de la judicialización de la salud será explorado. En particular, analizaremos los impactos de las decisiones en el sistema de salud, especialmente en términos de eficiencia e igualdad.

El tercer capítulo analizará la construcción del sistema de protección social europeo y español, en particular un modelo de prestación de salud pública en España,

con los respectivos impactos sociales y económicos. Asimismo, expondrá la judicialización de la salud, investigando el papel del Poder Judicial en la realización de políticas, en el contexto del acceso a la Justicia, la inagotabilidad de la jurisdicción y la separación de Poderes.

En el capítulo cuarto investigaremos cómo han actuado los Tribunales para mitigar los daños ocasionados por la judicialización, analizándolos bajo el paraguas del neoinstitucionalismo y el liderazgo institucional, a través del enfrentamiento entre el desempeño del Poder Judicial expuesto en sus precedentes y su postura institucional, expresada formalmente por los Tribunales en respuesta a las siguientes preguntas: 1- ¿Existe alguna política institucional dentro de la Corte dirigida específicamente a la Judicialización de la Salud? ¿Cuáles son? 2- ¿Existe un diálogo interinstitucional permanente entre este órgano del Poder Judicial y los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materia de acceso a la salud? 3- ¿Existe un control interno del volumen de casos que se tramitan en la Corte relacionados con el acceso efectivo a la salud? Si hay, ¿cuántos son hoy?

Por ello, presentaremos la propuesta de un modelo de intervención judicial en el acceso a la salud pública guiado por la moderación judicial, como el mejor instrumento para la realización del derecho a la salud, basado en la primacía de los poderes Ejecutivo y Legislativo, además de detallar los impactos de la injerencia del Poder Judicial, con especial atención a períodos de crisis de salud como el vivido en el actual escenario de la pandemia de coronavirus (COVID-19). Por último, demostraremos cómo la caridad privada puede satisfacer las necesidades individuales de forma complementaria.

1 ECONOMICIDADE E NEOINSTITUCIONALISMO

Tratar de economicidade é pensar a maneira de alcançar dado resultado ao menor custo possível, sem que para isso tenhamos qualquer queda na qualidade ou agilidade da prestação. Com isso, a aplicação da economicidade aos direitos sociais implica em efetivar tais direitos e garantias consciente do custo econômico deles, para que sua implementação possa ocorrer da forma menos onerosa possível, analisando-se o Direito sob o enfoque econômico.

Para tanto, urge conceber o direito a partir do viés econômico e, diante de referida concepção, perceber que a afirmação dos direitos sociais com esta consciência passa por uma análise das instituições sociais, notadamente as estatais, de forma a delimitar a atuação de cada um dos Poderes constituídos, sob esse olhar econômico, em ampla visão das instituições e das mudanças institucionais trazida pelo neoinstitucionalismo.

Ao cabo, tais definições perpassarão pelas noções de democracia e legitimidade democrática de cada um desses Poderes, que deverão atuar realizando escolhas trágicas na alocação de escassos recursos, conscientes de que precisam promover ao mesmo tempo uma distribuição pautada pela solidariedade e democracia social, sem olvidar dos custos de transação na repartição dessas receitas, variáveis a depender de qual Poder os distribui.

1.1 Análise Econômica do Direito e Neoinstitucionalismo

A disciplina da análise econômica do Direito pressupõe que os campos do Direito e da Economia em uma sociedade e economia de mercado são indissociáveis. Com este norte, portanto, é preciso fixar já neste primeiro capítulo os referenciais que embasam este trabalho, os alicerces sobre os quais a presente tese será construída, a saber: a análise econômica do Direito e seus pilares teóricos e filosóficos. A base teórica está estruturada no realismo jurídico estadunidense e no conceito de justiça como maximização de riquezas. Outrossim, como derivação de tais conceitos, incluiremos em posterior abordagem a noção de custo dos direitos, bem como um estudo sobre as formas e os espaços em que os atores sociais desenvolvem suas práticas, por meio do neoinstitucionalismo.

1.1.1 Realismo Jurídico, Pragmatismo e Justiça como Maximização de Riquezas

As correntes teóricas tradicionais da filosofia do direito, isto é, as mais comumente estudadas nos países de tradição romano-germânica, diferente do realismo jurídico, se debruçam sobre a dicotomia existente entre direito válido e direito justo, tema caro tanto ao jusnaturalismo, como ao positivismo e ao pós-positivismo, razão pela qual conhecer esses perfis teóricos é útil para conceituar o realismo jurídico por meio da sua diferenciação com as demais escolas do pensamento jurídico.

Os jusnaturalistas percebem o direito sob o ponto de vista da justiça, não bastando o critério de validade para que uma lei possa ser considerada passível de obediência ou mesmo integrante do ordenamento jurídico; para ser inserida como tal, a lei positiva precisaria passar pelo crivo de valores maiores como justiça e equidade, presentes em um direito naturalmente concebido pela racionalidade humana.

Este pensamento teve primazia na Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média, embora a noção de direito natural e suas implicações ainda encontrem espaços de discussão na atualidade. Trata-se de teoria que propugna a presença de um arcabouço de valores balizadores da conduta humana não derivados de nenhuma norma jurídica estatal, os quais não dependem do direito positivo por estarem firmados em uma ética superior, norteadora da própria atuação legislativa estatal. Em suma, as ideias jusnaturalistas “pretendem difundir uma norma da constatação de que a natureza humana é feita deste ou daquele modo, de que o homem tem naturalmente pela sua natureza esta ou aquela inclinação”¹.

Para o positivismo jurídico, a primazia se encontra na validade, ou seja, o ordenamento jurídico se constrói pela obediência a um regular processo legislativo, que faz nascer normas de hierarquias variadas, em uma estrutura escalonada de fundamentação – a hierarquicamente inferior se fundamenta na superior, as quais estão fundamentadas em um Poder socialmente reconhecido como produtor de normas a serem obedecidas por aquela determinada sociedade ou em uma norma fundamental hipotética.

¹ BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 63.

Com advento na modernidade e alicerçada na busca por maior grau de cientificidade para as ciências humanas, a teoria juspositivista busca definir o que seria o direito independente do seu conteúdo, da matéria por ele regulada, criando uma teoria do direito baseada em juízos de fato, não de valor. Logo, objetividade e formalismo são marcas presentes da análise do Direito em função da sua estrutura formal, não do seu teor, importando verificar como ocorre a produção do direito, sem atentar para o exame de suas prescrições.²

Por isso, sob um olhar crítico, é possível perceber que referido modelo teórico acaba por reduzir o Direito “a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legítima, numa fortaleza inexpugnável”³. Por outro lado, ao trazer uma maior racionalidade e determinação, reduz-se o poder do governante e do próprio intérprete, já que vigorará a soberania do direito posto.

Já o pós-positivismo jurídico tenta produzir uma síntese entre os critérios de validade e de justiça, com a ascensão dos princípios como espécies do gênero norma, ao lado das regras. Aqueles postulados de amplitude semântica maior permitem ao intérprete do Direito a possibilidade de aplicar as regras sob o prisma da equidade, utilizando a técnica da ponderação para, ao mesmo tempo em que analisa se o direito é válido, igualmente o faz quanto a sua justeza diante do caso concreto. Com a normatividade principiológica, apesar da característica programática dos princípios, passou-se a utilizá-los como verdadeiras regras de aplicação.⁴

Em um período dito pós-moderno, passa-se a questionar se, diante do dinamismo social, seria possível aplicar o direito por meio de uma estática subsunção. Com isso, reestrutura-se o pensamento jurídico a partir de um novo paradigma de compreensão das relações entre direito, moral e política, além de uma crítica severa à concepção formalista do positivismo jurídico.⁵

² BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. 9. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

³ HERKENHOFF, João Baptista. Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Neste tema, importa notar que a dinâmica de primazia dos princípios sobre as regras e da ponderação sobre a subsunção traz consigo também uma preponderância do Poder Judiciário sobre o Legislativo e o Executivo, sendo imperioso refletir melhor acerca da construção teórica pós-positivista, notadamente da consequente constituição do Poder Judiciário como um verdadeiro “Superpoder”, visto que “notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico”⁶.

Referida problemática precisa ser exposta especialmente pela pesquisa jurídica no Brasil, visto que “uma parte considerável da doutrina brasileira, numa interpretação latíssima, entende que todas as normas de direitos sociais irradiam para as relações privadas e consagram genuínos direitos subjetivos a prestações”⁷. Com isso, não surpreende o fato “que o Brasil seja exemplo de forte ativismo judicial em matéria de direitos sociais, em especial os direitos à saúde, à educação, à assistência social, tutela ambiental, entre outros.”⁸

Por sua vez, de modo diverso do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, o realismo jurídico traz importante visão para lidar com o problema da efetividade dos direitos sociais, pois pretende lançar luzes sobre um outro contraste, a saber, o existente entre o direito (im)posto e o efetivamente aplicado. Para os realistas, o direito e sua concretude deve ser o único objeto de pesquisa do jurista, pois a ciência jurídica estaria muito mais no campo da experiência que da lógica⁹.

Convém salientar que, ainda que seja uma teoria construída tipicamente na família jurídica da tradição anglo-saxã, especialmente norte-americana, sua possibilidade de aplicação se mostra possível em uma família jurídica da tradição romano-germânica, em especial federativa, pois: “Os argumentos a favor dela são mais fracos em uma democracia parlamentar que em uma democracia federativa regida por freios e contrapesos à maneira da que existe nos Estados Unidos”¹⁰.

⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 23.

⁷ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 187.

⁸ *Idem*.

⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 418.

Ademais, ainda em sua gênese, o direito continental europeu possui construto que denota aplicabilidade da referida corrente jusfilosófica. O jurista da tradição romana clássica aplicava precedentes e, não amparado em um modelo de respostas estabelecidas *a priori* em um conjunto de regras, atuava de forma criativa ao proferir sua resposta.¹¹ É possível extrair tal conclusão do próprio Digesto:

D. 41,2,21,1 (lav 7 ex Cassio): "Não pode ser usucapido aquilo que, depois de um naufrágio, é resgatado de um rio, pois [tal objeto] não é considerado abandonado definitivamente, mas somente perdido." 2. A mesma solução jurídica penso deva ser adotada para as coisas atiradas da embarcação (para aliviar o carregamento em caso de tempestade): de fato, não se pode crer "que seja considerado abandonado definitivamente" aquilo que tenha sido abandonado (apenas) temporariamente por motivo de segurança.¹²

Portanto, vislumbramos que o formalismo, presente como possível base de famílias jurídicas da tradição romano-germânica, de fato, não possui alicerce intransponível nem mesmo no Direito Romano. Com isso, tratar de um modelo realista de crítica e superação ao formalismo é plenamente possível em países de tradição jurídica romano-germânica.

Outrossim, a visão jurídico-processual moderna vislumbra a tomada de decisão como elemento constitutivo do Direito, enxergando norma e caso concreto como elementos indissociáveis, pois compreende que "o processo decisório jurídico não é governado por normas universais mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram freqüentemente articulados como regras mas são de fato apenas 'regularidades'"¹³.

O realismo jurídico é, assim como o pós-positivismo, fonte de ataque ao formalismo, típico do positivismo jurídico. Porém, com olhar cético, seus teóricos partem da análise sobre como os juízes decidem os casos e como as cortes de justiça realmente tomam suas decisões.

Dessa forma, abandonam tanto a metafísica jusnaturalista como o formalismo juspositivista, para substituí-los pela utilidade prática, os impactos fáticos das decisões

¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

¹² DIGESTO *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 7.

¹³ SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm!. International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução: João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

sobre a realidade, de modo a fazer a escolha que tenha a melhor consequência na realidade. O direito se justifica apenas a partir das condições sociais e a análise dos contextos e implicações práticas da aplicação da lei, buscando-se encontrar qual seria a solução desejada socialmente, entendida como o melhor resultado.

Os magistrados, então, seriam levados a decidir de acordo com os fatos e suas ideias sobre eles, e não de acordo com leis gerais; a ação do juiz é *fact-responsive* e não *rule-responsive*¹⁴. Portanto, acabam por se afastar da antiga discussão jusfilosófica sobre a relação entre o Direito e a moral para partir de um pressuposto pragmático.

O pragmatismo é referencial teórico utilizado para compreender nossas crenças como regras de ação. Diante disso, o desenvolvimento de um pensamento coerente conduz à análise sobre se o questionamento suscitado possui alguma diferenciação quando aplicado na prática.¹⁵

Do ponto de vista da ciência jurídica, o pragmatismo analisa o direito pelo resultado, ou seja, de forma instrumental, valorizando os problemas enfrentados no cotidiano pelos destinatários do ordenamento jurídico, bem como analisando como os atores do processo de tomada de decisão desenvolvem suas ações e quais as consequências delas.¹⁶

O pragmatismo jurídico é teoria que incentiva os magistrados a encontrarem a decisão que produz os melhores resultados práticos possíveis. A relação com o realismo jurídico é bastante clara, portanto, embora o pragmatismo jurídico se preocupe mais na análise do que deveriam ser estas “melhores decisões”.

Com isso, o jurista pragmático acredita que os conceitos de certo ou errado para um processo de tomada de decisão judicial não podem ser pré-estabelecidos, pois dependem da análise acerca dos resultados práticos de cada decisão ou ato a serem tomados. O direito positivo e outras fontes do direito seriam apenas um elemento a ser analisado, em conjunto com as consequências práticas da decisão sob

¹⁴ PATTERSON, Dennis. *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010.

¹⁵ JAMES, William. *Pragmatism*. New York: Dover Publications, 1995.

¹⁶ LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? *In*: DICKSTEIN, Morris (Org.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*. Durham: Duke University Press, 1998.

o ponto de vista econômico, social e político, prevalecendo a escolha que impactar positivamente nesses campos.

Isso pois, a conceituação da abordagem pragmática do Direito como aqui exposta passa pela “disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”¹⁷. Com isso, em um processo decisório, “o pragmatista será orientado pelo objetivo de fazer a escolha que produza os melhores resultados”¹⁸.

É mister pontuar, no entanto, que a construção das premissas de um juiz pragmático não o credencia para se manter em uma constante postura ativista:

O juiz pragmático não deve esquecer jamais que é um magistrado, ou seja, que deve levar em conta todas as fontes do direito e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa. [...] Para dizê-lo de outro modo, o juiz pragmático não pode esquecer que a magistratura não tem somente a função de conferir poderes, mas também a de restringi-los.¹⁹

Além disso, a propugnada busca pelos impactos sociais, econômicos e políticos das decisões aproxima o direito de outras ciências sociais, fazendo surgir movimentos como o da Análise Econômica do Direito. Seria papel do jurista examinar além da “superfície retórica do raciocínio jurídico e encontrar seus verdadeiros fundamentos, muitos dos quais teriam um caráter econômico”²⁰, embora seja igualmente importante perceber que “há mais do que economia para a justiça”²¹.

Em um primeiro nível, na análise econômica do Direito, o jurista analisará os efeitos de modificações das normas, incluindo os efeitos da não modificação; em um segundo nível, procurará analisar as regras existentes sob o ponto de vista dos efeitos por elas produzidos, em busca de eficiência (maximização de ganhos ou minimização de custos conjuntos); e, em um terceiro nível, proporá normas ou interpretações desejáveis, ou seja, aquelas que seriam mais eficientes.²²

¹⁷ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358.

¹⁸ *Idem*, p. 393.

¹⁹ *Idem*, p. 415-417.

²⁰ POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 23, tradução nossa.

²¹ *Idem*, p. 28, tradução nossa.

²² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Diante disso, o pensamento jurídico e o pensamento econômico permanecem indissociados; por sua vez, a aproximação entre direito e economia conduz à análise do direito sob o ponto de vista do aspecto econômico. Pressupõe-se que é no mercado, por meio da autonomia das vontades, que os indivíduos materializarão direitos, razão pela qual direito e economia seriam inseparáveis.

Logo, as decisões jurídicas precisam estar orientadas por um escopo de eficiência econômica. Assim, a melhor decisão passa por uma análise comparativa de custos e benefícios, de modo que o custo econômico da decisão tenha peso fundamental no processo decisório. Trata-se de um modelo que tem por base o princípio da eficiência econômico social, ou seja, uma forma de aplicação das normas de maneira economicamente eficiente: “A utilização cuidadosa de critérios econômicos harmonizados com objetivos de justiça e bem-estar social representa alternativa para regras de Direito próprias do desenvolvimento.”²³

Nesse contexto, incumbe ao Direito manter-se em seu clássico papel de controlador e organizador social, ao passo que deve transformar o seu papel tutelador, isto é, quando se coloca à disposição da sociedade para tutelar a busca pelos seus objetivos e metas, exercendo-o de forma que o uso das escassas riquezas ocorra de maneira racional, eficiente e equilibrada.

Embora o ordenamento jurídico não mude a realidade, ele a influencia, logo devem guardar relação de proximidade “com os mínimos pressupostos das leis econômicas de forma a facilitar a fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção de riquezas verificadas no meio social em que são criados tais diplomas; ou seja, no mercado.”²⁴

Diferente da atual construção do pensamento jurídico, o direito visto conforme a análise econômica deixa de se voltar apenas para os fatos pretéritos ou presentes e passa a se preocupar com o futuro, “de forma a influir a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos. O Direito, portanto, além de controlador social,

²³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. Sequência (Florianópolis), n. 68, Florianópolis, Jan./Jun. 2014, p. 261-290. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2021.

²⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. Revista Jurídica, n. 28, Curitiba, 2012, p. 77-122. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/412/317>>. Acesso em 25 jan. 2021.

passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo/benefício.”²⁵

Partindo dessa premissa da relação custo/benefício, a Análise Econômica do Direito conduz a uma teoria de justiça compreendida como maximização de riquezas. Tal tese parte de uma objeção à falsa concepção de entender realismo, pragmatismo e análise econômica do direito como visões meramente utilitaristas clássicas.

Do ponto de vista do utilitarismo, o nível de satisfação de determinada sociedade seria medido pela noção de utilidade. Assim, o que fosse útil para o maior número de pessoas, seria considerado o justo. Entretanto, é impossível precisar objetivamente o nível de satisfação de determinada sociedade para que se aplique a noção utilitarista de justiça. Como podemos saber com certeza quais procedimentos irão produzir essa “qualidade de vida” para o maior número de pessoas?

Diante de tais objeções usualmente levantadas em relação às teorias utilitaristas, no âmbito da análise econômica do direito nasce uma teoria da justiça como maximização de riquezas, e não de utilidade:

Uma vez que a utilidade é mais difícil de avaliar do que a riqueza, um sistema de maximização da riqueza pode parecer um substituto de um sistema utilitarista, mas é mais do que isso; seu espírito é diferente. A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e anti-social.²⁶

Portanto, para que haja referida maximização, em um caso de disputa entre duas soluções possíveis como em um processo judicial, a decisão mais justa será aquela em que o vencedor receba mais que o perdido pelo vencido; ou, ao menos, que tais valores se equivalham, sem que haja, portanto, redução de riqueza global como fruto daquela querela, conceito importantíssimo para analisar a intervenção judicial na execução de políticas públicas, especialmente a atuação do Poder Judiciário em demandas individuais sobre acesso à saúde, o que envolve aspectos relevantes sobre a teoria do neoinstitucionalismo, em especial quanto às intervenções do Estado na economia e os custos de transação advindos desta interferência.

²⁵ *Idem.*

²⁶ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 526.

1.1.2 Nova Economia Institucional, Intervenções do Estado na Economia e Custos de Transação

Como dito, outro importante referencial teórico que necessita ser abordado neste primeiro capítulo é o do neoinstitucionalismo, no contexto da intervenção do Estado – e de suas instituições – na economia, impactando diretamente sobre os custos de transação na distribuição de escassos recursos sob a forma de direitos sociais, em especial de acesso à saúde.

O institucionalismo surge como modelo de pensamento que busca incorporar ao debate econômico as questões relativas às instituições; com isso, este marco inaugurado com a velha economia institucional é importante ponto de confluência com o que se pretende construir de análise acerca da intervenção judicial em políticas públicas, notadamente as de saúde. Por sua vez, para além da incorporação institucional à análise econômica, em um construto mais teórico e menos coletivista, o neoinstitucionalismo se torna fundamental instrumento para pensar referida interferência estatal, a partir do pensamento da nova economia institucional, de matriz anti-intervencionista, considerando que:

É cada vez mais evidente que o problema da actual dimensão do estado apenas se pode solucionar (ou atenuar) através da moderação do intervencionismo estadual, moderação que implicará, quer o recuo na assunção das modernas tarefas sociais (realização dos direitos económicos, sociais e culturais), quer mesmo o abandono parcial de algumas tarefas tradicionais. Com efeito a crise do actual estado, diagnosticada e explicada sob as mais diversas teorias, passa sobretudo pela redefinição do papel e das funções do estado, não com a pretensão de o fazer regredir ao estado mínimo do liberalismo oitocentista, mas para o compatibilizar com os princípios da liberdade dos indivíduos e da operacionalidade do sistema económico, procurando evitar que o estado fiscal se agigante ao ponto de não ser senão um invólucro de um estado em substância dono (absoluto) da economia e da sociedade pela via (pretensamente) fiscal.²⁷

Com isso, as particularidades institucionais acabam por impactar diretamente nas diferenças econômicas das nações. As instituições formam um modelo estruturante de incentivos sociais capazes de afugentar ou fomentar os investimentos produtivos, logo, os países com desenho institucional propício à produtividade serão

²⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002, São Paulo, p. 22.

mais desenvolvidos que aqueles que possuam uma construção institucional colidente com o desenvolvimento econômico, seja no modelo de transações, seja na própria estrutura de produção.²⁸

A Nova Economia Institucional busca combinar diversas áreas do conhecimento – economia, administração, direito, sociologia, ciência política etc. – para estudar a formação, o funcionamento e a evolução das instituições, compreendidas como variados arranjos institucionais, tais como contratos, leis e as próprias formas organizacionais. Ademais, dedica especial análise aos impactos das instituições legais sobre o sistema econômico, incluindo o estudo acerca da intervenção do Estado na economia.²⁹

A liberdade humana tem base em um sistema econômico de livre mercado, em que podemos escolher quem vai satisfazer os nossos desejos e necessidades. Quando estamos diante de um ente capaz de gerir o próprio sistema econômico, temos um monopolista de quem ficaremos a mercê, o Estado. Além disso, nossa autonomia restará plenamente esvaziada quando só o poder coercitivo do Estado puder decidir a quem cabe isso ou aquilo.³⁰ Por outro lado, é inegável a necessidade de termos em algum grau determinada proteção estatal a nos amparar na distribuição de basilares bens da vida, como a saúde dos desvalidos:

Como Dicey escreveu, em 1914, sobre uma lei para a proteção dos deficientes mentais, “o Mental Deficiency Act é o primeiro passo em um caminho que nenhuma pessoa sã se recusará a percorrer, mas que, caso nele se avance demais, acarretará para os estadistas desafios difíceis de enfrentar sem interferência considerável na liberdade individual”. Não existe fórmula que nos diga onde parar. Devemos confiar em nosso julgamento falível e, depois de formulá-lo, em nossa capacidade de convencer os concidadãos de que se trata de julgamento correto, ou na capacidade deles de persuadir-nos a modificar nossas opiniões.³¹

Logo, a conclusão acerca da inata característica da intervenção estatal em reduzir a liberdade humana nos leva à percepção que esta interferência redutora da autonomia individual só se justifica através da primazia dos Poderes Legislativo e

²⁸ NORTH, Douglas C. Instituições, mudança institucional e desempenho econômico. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

²⁹ FURUBOTN, Erik; RICHTER, Rudolf. Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics. Ann Arbor: Michigan University Press, 1997.

³⁰ HAYEK, F. A. O caminho da servidão. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

³¹ FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 36-37

Executivo, campos de debate político e participação popular direta e indireta, não do esvaziamento completo da nossa autonomia pela via da coerção judicial: “A regra da maioria é um recurso necessário e desejável. É, no entanto, muito diferente do tipo de liberdade que você tem quando faz compras em um supermercado”³².

A atuação do Poder Judiciário em demandas envolvendo a efetivação de direitos sociais, notadamente do acesso à saúde, além de ser ato de intervenção judicial na formulação e execução de políticas públicas que deveriam ser conduzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, é igualmente ação interventiva do Estado na economia, com impactos negativos importantes a serem analisados sob a óptica do neoinstitucionalismo.

A análise institucional e interventiva na economia está ligada ainda à noção de custos de transação. Se os direitos forem bem definidos e as partes puderem negociar sem nenhum custo de transação, as partes envolvidas sempre conseguirão negociar a melhor solução para o problema. O resultado, portanto, será sempre o mesmo: aquele que conduz ao que for economicamente mais racional. O que o Direito fará é definir quem será o responsável por pagar os valores envolvidos na solução do problema:

A mesma abordagem que, com custos de transação zero, demonstra que a alocação de recursos permanece igual independentemente da situação jurídica, também mostra que, com custos de transação positivos, o Direito desempenha papel crucial na determinação de como os recursos são utilizados. Mas faz mais do que isso. Com custos de transação zero, o mesmo resultado é alcançado porque serão efetuados acordos contratuais para modificar os direitos e deveres das partes, de modo a fazer com que seja de seu interesse realizar as ações que maximizam o valor de produção. Com custos de transação positivos, a efetivação de alguns ou todos esses acordos contratuais se torna demasiado onerosa. Desaparecem os incentivos para realizar algumas ações que teriam maximizado o valor de produção. Que incentivos estarão faltando dependerá de qual é a norma vigente, uma vez que é esta que determina que acordos contratuais terão de ser feitos para induzir aos atos que maximizam o valor de produção. O resultado provocado por diferentes regras jurídicas não é intuitivamente óbvio e depende das circunstâncias de cada caso particular.³³

³² FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Livre para escolher. Tradução: Ligia Filgueiras. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 108.

³³ COASE, R. H. A firma, o mercado e o direito. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 179-180.

Os custos de transação positivos, por sua vez, são valores despendidos em uma negociação sobre alocação de determinados recursos. A tomada de decisão será baseada na análise das circunstâncias, dos dados e informações sobre a transação, razão pela qual quanto mais limitada for a racionalidade sobre tais fatos, maior será a insegurança e, portanto, os custos de transação. Além disso, a especificidade dos ativos e a impossibilidade de seu reemprego sem alguma perda de valor também aumentará tais custos. Outrossim, o oportunismo das partes também conduzirá ao aumento desses custos de transação.

Logo, a distribuição de recursos orçamentários escassos na tentativa de efetivação de direitos sociais no maior grau possível é operação que inclui a necessária análise acerca dos custos de transação, considerando ainda que “a ampliação do ramo judiciário aumenta os custos da preservação da coerência e do sentido das decisões judiciais”³⁴.

As mudanças institucionais ocorrem diante de rendimentos crescentes e, ao mesmo tempo, mercados deficientes, criados em virtude dos altos custos de transação³⁵. No caso da distribuição de limitados recursos, quanto mais incertas forem as decisões possíveis e mais individualizados forem os destinatários, maiores serão os custos para realizar essas alocações³⁶; ou seja, a forma mais custosa de promover a efetivação de direitos sociais é justamente a Judicial, decidida em ações individuais tendo como destinatário apenas uma pessoa e tomadas por magistrados com amplo espaço decisório, arraigados de posturas ativistas.

Enquanto a disposição legislativa por repartir as receitas, bem como do executivo em implementar na prática esta distribuição ocorre com amplitude decisória restrita ao prescrito legislativamente, bem como de maneira geral e coletiva, a alocação de receitas por decisão em processos judiciais acontece com múltiplas possibilidades decisórias diante de destinatários extremamente individualizados. Tal fato aumenta consideravelmente, como dito, os custos de transação para efetivação

³⁴ POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 361.

³⁵ NORTH, Douglas C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

³⁶ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

dos direitos sociais, gerando deficiência de “mercado” a impactar negativamente no desenvolvimento do país.

Referida situação é ainda mais preocupante quando verificamos a existência de grande imprevisibilidade nessas decisões judiciais, em um cenário de “jurisprudência lotérica”, onde a solução da controvérsia varia de acordo com o órgão jurisdicionado a quem o processo for distribuído, sem preocupação com a coesão e coerência do sistema jurídico.³⁷

Portanto, temos aqui um cenário característico para promoção de uma necessária mudança institucional que culmine com a limitação da atuação do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, as quais ficarão a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Diante da existência de “rendimentos” crescentes (aumento constante da carga tributária para manter o vasto sistema de proteção social), junto com clara deficiência do “mercado” (elevados custos de transação para repartir receitas por coerção judicial), percebemos que “os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos”³⁸.

Diante disso, restam claros os impactos da intervenção do Estado na Economia, em especial do negativo efeito da atuação do Poder Judiciário na distribuição de recursos e dos diferentes custos de transação envolvidos na efetivação dos direitos sociais pelos diferentes Poderes. Outrossim, é mister tratar ainda, no âmbito da formulação e execução das políticas públicas a efetivarem os direitos sociais, da questão envolvendo o custo dos direitos sociais e seu respectivo financiamento.

Ademais, igualmente debater o papel de cada um dos Poderes constituídos na distribuição dessas limitadas receitas, sob a óptica da solidariedade, da democracia social e, em especial, da legitimidade democrática de cada um desses Poderes constituídos para realizar tais escolhas distributivas.

³⁷ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais, vol. 786, abr./2001, p. 108-128.

³⁸ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 526.

1.2 Direitos Sociais, Políticas Públicas e o Papel das Instituições

Ao pensarmos nos direitos sociais sob uma perspectiva pragmática, teremos uma análise pautada pelo afastamento de amplas discussões filosóficas, para focarmos nos problemas vividos pelos titulares dessas garantias constitucionais no cotidiano, ou seja, em pensar como os atores do processo de efetivação dos direitos sociais entendem e desenvolvem suas ações e quais as consequências práticas delas.³⁹

A efetividade dos direitos sociais passa, portanto, pela formatação, pelas instituições competentes, de políticas públicas gerais, a serem implementadas de maneira progressiva para garantir ao maior número de destinatários possíveis o acesso a tais direitos, sob pena de termos um grande abismo entre os Diplomas Legais e a efetiva concretização de suas prescrições, conscientes de que ordenamento jurídico e realidade são indissociáveis, pois:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.⁴⁰

Diante disso, "a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço"⁴¹. Assim sendo, é necessário analisarmos os direitos sociais sob a perspectiva de investigar quais os problemas de efetividade existentes e como os superar por meio de políticas públicas eficientes, ações estas que precisam ser planejadas e executadas pelas instituições competentes. Ademais, tais entes precisarão agir com consciência dos custos envolvidos, das receitas existentes e da inexorável escassez propulsora de um cenário de escolhas alocativas, algumas vezes trágicas, as quais devem ser tomadas com base democrática.

³⁹ LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? In: DICKSTEIN, Morris (Org.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*. Durham: Duke University Press, 1998.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

⁴¹ *Idem*.

1.2.1 Custo dos Direitos, Financiamento e Escolhas Trágicas

Há quem acredite que os recursos para prover as necessidades humanas são inesgotáveis e que tudo existe em abundância para ser distribuído a todos. Com isso, todos os seres humanos deveriam ter garantidos inúmeros bens da vida. Na falta deles, outros indivíduos, a sociedade e o Estado poderiam ser cobrados, em uma irrestrita afirmação desses direitos, que, uma vez não sendo entregues, tornam aquele ser humano um grande injustiçado. Ocorre que, da mesma forma que a sabedoria popular adverte que “dinheiro não nasce em árvore”, é igualmente possível afirmar que “direitos não nascem em árvores”⁴²:

Os homens, cooperando sob um sistema de divisão do trabalho, criou toda a riqueza que os sonhadores consideram como um presente gratuito da natureza. Em relação à “distribuição” dessa riqueza, não faz sentido referir-se a um princípio de justiça supostamente natural ou divino. O que interessa não é a alocação de porções de uma reserva que a natureza presenteou aos homens. O problema é muito mais promover aquelas instituições sociais que capacitam as pessoas a continuar e a aumentar a produção de todas essas coisas que necessitam.⁴³

Devemos ter um olhar reticente para o discurso de efetivação ampla de direitos, por dois aspectos principais. Por um lado, para que a responsabilidade individual advinda de uma gama de deveres não seja ignorada; por outro lado, pelo fato da necessária consciência que os direitos só existem quando há condições orçamentárias para custeá-los.

As sociedades moderna e pós-moderna foram forjadas a partir de abundância de prerrogativas reconhecidas legalmente, mas que não são efetivadas na prática, posto que irrealizáveis do ponto de vista concreto. Não é possível estruturar uma sociedade unicamente baseada em direitos; a densificação de direitos constrói sociedades compostas por incapazes, alicerçadas em direitos máximos por um lado, e deveres mínimos por outro, seja pelo antigo Estado “totalitário-paternalista”, ou pelo

⁴² GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 200.

⁴³ MISES, Ludwig von. A mentalidade anticapitalista. Tradução: Adeline Godoy. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 126.

atual Estado “judicial-paternalista”⁴⁴. Por isso, o desmedido intervencionismo estatal, que encontra seu cume na coerção judicial, é um grande risco à estruturação de uma sociedade:

Imagine-se que sobrevem na vida pública de um país qualquer dificuldade, conflito ou problema: o homem-massa tenderá a exigir que imediatamente o assuma o Estado, que se encarregue diretamente de resolvê-lo com seus gigantescos e incontrastáveis meios. Este é o maior perigo que hoje ameaça a civilização: a estatificação da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; quer dizer, a anulação da espontaneidade histórica, que em definitivo sustenta, nutre e impele os destinos humanos. Quando a massa sente uma desventura, ou simplesmente algum forte apetite, é uma grande tentação para ela essa permanente e segura possibilidade de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida nem risco – apenas ao premir a mola e fazer funcionar a portentosa máquina.⁴⁵

Além da questão relativa à necessária concepção de deveres, não apenas de prerrogativas, convém igualmente perceber que direitos são serviços a serem prestados pelo governo mediante contrapartida em tributos, portanto, “o direito existe, na verdade, apenas quando há custos orçamentários”⁴⁶. Assim, a implementação prática de determinadas garantias passa necessariamente pelo financiamento, isto é, pela disponibilidade e alocação de receitas. Diante disso, “a satisfação dos direitos, especialmente os sociais, está na dependência da receita arrecadada, que envolve recursos escassos. A escassez de recursos, portanto, não pode ser ignorada na criação, na interpretação e na aplicação do direito.”⁴⁷

Existe quem pontue sobre a possibilidade de satisfação dos direitos sociais com a superação da escassez de recursos por meio do aumento de arrecadação, ou seja, quem defenda que o Estado procure manter a efetivação dos direitos sociais majorando ou criando tributos. No entanto, o aumento de tributação reduz a satisfação individual e só se justifica pelas seguintes análises: “Os meios escolhidos pelo

⁴⁴ MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: Juspodium, 2011.

⁴⁵ ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 193.

⁴⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 19. Tradução nossa, no original: “A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs”.

⁴⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, n. 1, Santa Maria, 2018, p. 238-264, Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29084/pdf_1. Acesso em 15 fev. 2021, p. 251.

governo são adequados para atingir o objetivo pretendido? A realização desse objetivo compensa a privação imposta aos cidadãos?”⁴⁸.

Logo, não nos parece o melhor caminho a trilhar, olvidando que “a máquina administrativa governamental, per se, não funciona sem custos. Na verdade, ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa”⁴⁹, considerando ainda não ser razoável conceber que “uma administração falível, submetida a pressões políticas, e que opera sem o peso da concorrência, serão sempre, necessariamente, voltadas para o aumento da eficiência com a qual o sistema econômico opera”⁵⁰.

Ademais, o aumento de arrecadação não ocorre em proporção direta ao crescimento da carga tributária, conforme demonstrado pelo notório conceito econômico da “Curva de Laffer”, segundo o qual a partir de determinado ponto o aumento da tributação deteriora a atividade econômica reduzindo, por consequência, o arrecadado para financiamento do Estado.

Se fixarmos este percentual máximo de carga tributária em 33% (trinta e três por cento) do Produto Interno Bruto⁵¹, ponto a partir do qual o aumento de tributos se tornaria inócuo, constatamos que tanto na realidade brasileira (32,3% do PIB em 2020) como espanhola (33,7% do PIB em 2020)⁵² não há mais margem para a adoção de uma política de ampliação arrecadatória pela majoração de tributos, para fins de custeio da efetivação de direitos.

Com isso, a única solução possível é a de efetuar escolhas alocativas desses valores máximos já arrecadados, de modo a efetivar em menor ou maior grau as diversas garantias objeto dessas escolhas ditas trágicas, em razão do consciente abandono de sua implementação como consequência da intransponível barreira orçamentária:

A implementação ou execução de políticas públicas derivam de escolhas, pois envolvem conflitos entre as camadas sociais que tem interesses diferentes. Essas escolhas, por sua vez, dependem dos

⁴⁸ MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. Tradução: Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 845.

⁴⁹ COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução: Francisco Alves e Renato Caovilla. *The Journal of Law & Economics*, v. 3, 1960, Chicago, p. 14.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ ROMER, Christina D.; ROMER, David H. The macroeconomic effects of tax changes: estimates based on a new measure of fiscal shocks. *American Economic Review*, v. 100, n. 3, p. 763-801, jun. 2010.

⁵² HERITAGE FOUNDATION. 2020 index of economic freedom. Disponível em <<https://www.heritage.org/index/>>. Acesso em 19 fev. 2021.

recursos disponíveis que privilegiarão uns em detrimento de outros direitos. De certa forma, as escolhas significam o conteúdo ético das decisões políticas, que, por vezes, podem ser trágicas, no sentido de que algum dos direitos não será atendido.⁵³

Do ponto de vista da impossibilidade de entrega ampla e irrestrita de bens da vida, a escassez pode ser concebida como um fator natural. Por outro lado, a falta de recursos para prover determinadas necessidades específicas acaba sendo uma escolha social, orientada de maneira cultural e circunstancial a partir de duas decisões: o que produzir e a quem distribuir o produzido. Considerando que tomemos por produzido o volume de tributos cobrados em nível sustentável máximo, analisaremos o segundo padrão decisório, a saber, a escolha sobre a alocação desse montante arrecadado.⁵⁴

Em especial, pretendemos investigar as possíveis seleções para implementação de direitos sociais, notadamente do acesso à saúde, sobretudo em tempos de crise e crescente a escassez de recursos, considerando o princípio da solidariedade e a construção de uma democracia social, a partir da delimitação da legitimidade democrática de cada um dos Poderes estatais no processo de realização dessas escolhas.

Isso pois, ao nos atentarmos para a realidade do custo dos direitos sociais, outros questionamentos surgem, para além da mera questão de quanto esses direitos efetivamente custam. A análise deve passar, outrossim, sobre quem deve decidir acerca da alocação desses valores, e com quais princípios e diretrizes esses atores devem fazer essas escolhas, considerando que, como visto, a escassez de recursos para atender à efetivação de todos os direitos levará às chamadas “escolhas trágicas” acerca de qual deles será preterido na alocação dos recursos.

1.2.2 Solidariedade, Democracia Social e Legitimidade Democrática dos Poderes

Por meio da solidariedade temos o ápice do desenvolvimento do Estado Moderno, em princípio um Estado Liberal de Direitos (liberdade), passando para um

⁵³ LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas públicas no Estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

⁵⁴ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

Estado Social de Direitos (igualdade) e culminando com o advento de um Estado Democrático de Direitos (solidariedade/fraternidade); com o primado da solidariedade, surge, em uma concepção vertical, a necessidade do Estado em efetivar direitos e reduzir desigualdades, e de forma horizontal, o vínculo, a atuação e a responsabilidade dos cidadãos nas estratégias a serem implementadas para redução desses desníveis sociais e consagração desses direitos.⁵⁵

A democracia social é importante instrumento de verificação das ações dos poderes públicos na busca por efetivar o arcabouço normativo, atendendo os interesses da sociedade, ao fazer chegar na prática para os titulares dos direitos as ações previstas nos textos legais: “uma das formas de tutelar eficazmente os direitos sociais ou de se promover esta tutela é incrementar os laços entre os direitos sociais e a democracia participativa”⁵⁶.

Portanto, a distribuição das competências constitucionalmente definidas para tutela dos direitos sociais passa pela primazia do Poder Legislativo. Embora alguns preceitos constitucionais sobre direitos sociais gozem de eficácia direta e imediata, grande parte desses direitos precisam de decisões legislativas para construção de normas específicas a garantirem exequibilidade a tais previsões constitucionais, transpondo o positivado constitucionalmente de forma ampla e abstrata, para as previsões legais específicas e objetivas.⁵⁷

Secundariamente ao Poder Legislativo, será o Poder Executivo o constitucionalmente competente para tutelar os direitos sociais, tendo em vista que, em cumprimento à legislação específica, a Administração Pública promoverá a “criação/realização das prestações fácticas, materiais, orientadas à promoção do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos sociais”⁵⁸.

Dessa forma, promover políticas que implementem os direitos sociais é função inerente aos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente em um cenário de recursos limitados, o qual conduz à necessidade de escolhas orçamentárias sobre a forma mais adequada de distribuição desses valores. Por outro lado, surgem inúmeros

⁵⁵ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

⁵⁶ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 357.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 376.

conflitos oriundos de pretensões e interesses contrariados diante dessas escolhas, muitos deles que acabam por ser judicializados.

Sabemos que a acesso à justiça é princípio caro às democracias constitucionais, abrangendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Com isso, qualquer lesão ou ameaça a lesão de direitos pode ser posta sob apreciação do Poder Judiciário, detentor da prerrogativa de exercer a jurisdição, isto é, de efetivar a “posterior ação do Estado, destinada a pôr em prática a coação prevista e a tornar efetiva a assistência prometida pelas leis”⁵⁹.

Por outro lado, “democracia define-se não pela separação dos poderes, mas pela natureza dos elos entre sociedade civil, sociedade política e Estado. Se a influência se exercer de cima para baixo, não existirá democracia”⁶⁰. Logo, a intervenção do Poder Judiciário deve considerar tais preceitos, sob pena de intervir supostamente para resguardar direitos e acabar por os distribuir de maneira demasiadamente custosa, anti-isonômica e antidemocrática.

Argumentos institucionais em Direito - especialmente aqueles que envolvem restrição judicial - são normalmente concebidos para pontuar questões fundamentais e dizer que, independentemente de como essas questões possam ser resolvidas em princípio, os tribunais devem ficar de lado. A alocação de certos papéis tem uma importante função de permitir que os resultados sejam alcançados sem forçar os tribunais a tomar decisões sobre questões fundamentais. Essas questões são resolvidas por referência à competência institucional, não por seus méritos.⁶¹

É certo que os poderes políticos possuem a prerrogativa de tomarem decisões dentro de seus atributos de discricionariedade, só estando passíveis de intervenção judicial em regra por vícios formais e, excepcionalmente, por aspectos meritórios ante extrapolação dos limites discricionários pré-determinados pelo ordenamento jurídico, desde que tal excesso seja inequívoco ou ao menos manifesto e objetivo, não

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. Tradução: Douglas Dias Ferreira. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 114.

⁶⁰ TOURAINE, Alain. O que é a democracia? Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 151.

⁶¹ SUNSTEIN, Cass. Legal reasoning and political conflict. New York: Oxford University Press, 1996, p. 40. Tradução nossa, no original: “*Institutional arguments in law – especially those involving judicial restraint – are typically designed to bracket fundamental questions and to say that however those questions might be resolved in principle, courts should stand to one side. The allocation of certain roles has an important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits.*”

havendo margem para intervenções arraigadas de subjetivismos, sob pena de afronta à separação dos poderes.

Ademais, quando o Poder Judiciário atua para forçar o Poder Executivo a entregar determinados bens da vida em um processo individual, promoverá tratamento não isonômico, beneficiando apenas a parte autora da ação, já privilegiada de conseguir acessar à justiça em contextos de não efetividade dessa garantia, em prejuízo do coletivo.

Portanto, a tomada de decisão é feita em uma arena antidemocrática, visto que o Poder Judiciário não se submete a sufrágio direto, universal, igualitário e periódico, tal como os Poderes Legislativo e Executivo. Além disso, a decisão alocativa tende ainda a ser atécnica, pela ausência de formação profissional adequada dos magistrados em temas que exigem preparo técnico específico e presente nos servidores que auxiliam os Poderes Legislativo e Executivo na realização de suas escolhas.

Por outro lado, vivemos uma forte tendência de defesa do ativismo judicial violador da competência dos Poderes Políticos, sem valorizarmos teorias que enxergam o papel hodierno do direito de maneira diversa. Oposto ao ativismo judicial, destaca-se a teoria moderação judicial:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível.⁶²

A intervenção estatal sem medida encontra seu ápice na coerção judicial e produz graves problemas sociais. Embora seja importante o controle e monitoramento estatal em certas áreas, atuando sobre a liberdade individual, é fundamental que esta ação seja tomada por quem detém legitimidade democrática, ou seja, por atores que

⁶² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

recebam voto e delegação dos eleitores para em seus nomes realizarem escolhas distributivas de recursos captados pela tributação, em atendimento a políticas públicas aptas a efetivarem no maior grau possível os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Diante disso, urge uma profunda mudança no papel do Poder Judiciário em relação à formulação e execução de políticas públicas, notadamente no acesso à saúde pública, com a promoção de uma mudança institucional que coíba a alocação de recursos por força de coerção judicial, em benefício da democracia, considerando ainda que “para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo.”⁶³

Para tanto, é necessário analisar detidamente o deletério aprofundamento do fenômeno da judicialização da saúde e as respostas dos Tribunais sobre a gestão desses conflitos, pois:

Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político. Em ambas acusações, o prejuízo para a democracia poderá ser muito sério. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário frequentemente compromete esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos.⁶⁴

Assim, antes de adentrarmos nessa análise, é mister entender o processo de construção democrática e efetivação dos direitos sociais, em especial do acesso à saúde pública, já que é justamente este processo que está sendo promotor de conflitos, o que tem levado o Poder Judiciário a atuar na distribuição de receitas públicas por coerção judicial, produzindo os diversos impactos negativos elencados ao longo deste primeiro capítulo.

⁶³ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004, p. 19.

⁶⁴ SUNSTEIN, Cass R. A constituição parcial. Tradução de Luiz Moreira, Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 186.

2 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ACESSO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O marco evolutivo do Estado Constitucional remonta ao advento dos Estados Liberais, com a Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791, frutos das primeiras revoluções liberais, as quais implementaram liberdades individuais, públicas e políticas. Por sua vez, o adensamento dessas liberdades e a expansão para as camadas populares, por meio da criação de uma série de direitos coletivos, ocorre com o advento do Estado Social, visto inicialmente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de 1919. Por fim, no Estado Democrático de Direito, surgido nas Constituições da França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949), estabelecem-se mecanismos de concretização social, em conjunto com uma maior base teórica para os direitos e garantias fundamentais, orientados para a proteção da dignidade humana.⁶⁵

A Constituição Federal de 1988 estabelece para o Brasil o advento do nosso modelo de Estado Democrático de Direito. O seu núcleo basilar, relacionado aos direitos fundamentais, está no mesmo nível das mais modernas Constituições dos países desenvolvidos. O rol de direitos estabelecidos mantém garantias clássicas importantes, como a dos direitos civis e políticos, aprofunda diversas conquistas sociais, fortalece importantes instituições e garante a consagração de novos direitos, incluindo diversos grupos de minorias.

Diante de uma previsão tão ampla de direitos e garantias, um olhar crítico para a imensidão de conquistas elencadas no texto constitucional brasileiro pode concluir que os constitucionalistas tentaram ser modernos e politicamente corretos ao extremo, olvidando de precisar os custos e as reais possibilidades de concretização das normas, por um Estado ainda em desenvolvimento. Em resumo, esqueceram que, no campo das prestações positivas, não se deve prometer o que não se pode cumprir, sob pena da necessária materialização das normas se tornar inalcançável.⁶⁶

Assim, a promulgação de nossa atual Constituição, sem a capacidade do Estado Brasileiro em a efetivar, faz do texto uma legislação tipicamente simbólica, ou

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

⁶⁶ MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

seja, editada para conformar valores sociais e comunicar uma suposta ação estatal na formação do sistema jurídico-protetivo, postergando a solução dos conflitos que inexoravelmente surgirão da falta de concretude das normas. Dessa feita, a Constituição de 1988 pode ser vista como um texto alegórico exatamente pela marca da "hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais"⁶⁷.

Com isso, percebemos que, a despeito de nossa tendência natural a acreditarmos no contrário, a lei não é onipotente. Ademais, quanto mais ela afirmar garantias a serem implementadas pelo Estado e ele falhar nesta consecução, maior será o nível de convulsão social e produção de conflitos. Portanto, é necessário ter como ponto de partida o aspecto econômico, para, só depois, fixar as atribuições do governo, inclusive na solução dos conflitos daí advindos.⁶⁸

Outrossim, é mister entender que, para além do clássico viés jurídico-dogmático do arcabouço normativo, o operador do Direito precisa estudar e compreender a perspectiva social, inerente à realidade fática, orientada pelos aspectos econômicos e práticos, correspondentes à aplicação e concretude das normas, igualmente tendo em mente que o Direito como entendem os juristas não será capaz de satisfazer, completa e concomitantemente, todas expectativas dos jurisdicionados.⁶⁹

Dentro dessa gama de direitos, a saúde ganha importância prioritária, dada a sua natureza intrínseca de preservação da vida, como valor universal, histórico, inalienável e indisponível, tornando óbvia a sua fundamentalidade, visto que "no qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"⁷⁰.

Portanto, com esse norte, passaremos a analisar a construção do acesso à saúde no Brasil, os conflitos advindos dessa garantia constitucional e como o Poder Judiciário brasileiro tem respondido às querelas, de modo que possamos engendrar

⁶⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

⁶⁸ BASTIAT, Frédéric. A lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

⁶⁹ WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría et al. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

um modelo decisional que garanta, no maior grau possível, o direito à saúde pública constitucionalmente previsto.

2.1 Experiência Brasileira na Construção do Direito à Saúde

O nosso modelo de saúde pública evoluiu de uma medicina eminentemente liberal para um modelo de medicina social. Com base no atual Sistema Único de Saúde, surgido com o Estado Democrático de Direito avindo da Constituição Federal Brasileira de 1988, as bases sanitárias brasileiras passaram a ser expressas por seu artigo 196, onde se lê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, com a garantia de “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁷¹ No entanto, até chegarmos nesse ponto, houve um longo construto histórico.

Na era colonial, de 1500 a 1822, a organização da saúde brasileira era incipiente, já que dependente do Reino de Portugal. O início do estabelecimento de bases para um modelo sanitário surge com a vinda da família real para o Brasil, quando foram criados o Colégio Médico-Cirúrgico do Real Hospital Militar de Salvador e a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro, ambos em 1808. Os profissionais que ingressavam no mercado atuavam sob livre oferta dos serviços médicos de forma privada, com o atendimento aos desvalidos ficando a cargo da caridade, notadamente das Santas Casas de Misericórdia. Não havia, no entanto, qualquer estrutura formal e planejada de gestão sanitária.⁷²

Com a independência do Brasil e o advento do Brasil Império, entre 1822 e 1889, o crescimento do comércio global com aumento de fluxo nos portos fez surgir a necessidade de um controle sanitário mais ordenado. Surgem organizações voltadas ao controle dos portos, como a Inspeção de Saúde Pública dos Portos, em 1828, e ao controle de epidemias, como o Instituto Vacínio de Império, em 1846, e a Junta Central de Higiene Pública, em 1851. Ao mesmo tempo, começa o desenvolvimento de uma

⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

⁷² SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo; OLIVEIRA, Elizabeth M. de. Prevenir e curar: O controle social através dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

saúde local, com a Lei de Municipalização dos Serviços de Saúde de 1828, geridos de forma bastante heterogênea, dada a autonomia de cada Município na gestão.⁷³

Com a Proclamação da República, no período entre 1889 a 1930, conhecido como República Velha, há uma preocupação com o estabelecido de um sistema de saúde mais ordenado. Assim, a Diretoria Geral de Saúde Pública é criada em 1897 e dirigida posteriormente por Oswaldo Cruz, célebre figura pública propulsora de levantamentos demográficos, inserção de exames laboratoriais como apoio nos diagnósticos e produção e distribuição em massa de meios profiláticos, sobretudo de vacinas. Outro notório gestor da pasta, Carlos Chagas foi responsável por ampliar a educação sanitária e expandir o saneamento básico.⁷⁴ Ainda na República Velha, foi publicada a Lei Eloy Chaves, responsável pela criação das Caixas de Aposentaria e Pensão (CAP's). Tais organizações eram instituídas pelas empresas, com financiamento próprio, para atender os trabalhadores urbanos, tanto em questões previdenciárias, como no custeio de atenção à saúde.⁷⁵

Já na chamada Era Vargas, entre 1930 e 1945, as entidades de aposentadoria e pensão deixam de estar adstritas às empresas e passam a ser constituídas por categorias profissionais, por meio dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP's), tornando o modelo de medicina de grupo mais amplo. Houve ainda a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como se estruturaram órgãos sanitários executivos, normativos e supletivos nacionais, por exemplo, com o fortalecimento do Instituto Oswaldo Cruz e o surgimento do Instituto Nacional do Câncer.⁷⁶

Entre 1945 e 1964 vivemos um momento histórico conhecido por Governos Populistas, onde o Ministério da Saúde surge de forma autônoma, com o desmembramento do Ministério da Educação. No período também ocorre a edição da Lei Orgânica da Previdência Social e a criação do Fundo de Assistência do Trabalhador Rural, ampliando o custeio de saúde para todos os trabalhadores urbanos e rurais.⁷⁷

⁷³ MACHADO, Roberto; LOUREIRO, Angela; LUZ, Rogerio; MURICY, Katia. *Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

⁷⁴ BRAGA, José Carlos de Souza; PAULA, Sérgio Góes de. *Saúde e previdência: estudos de política de saúde*. São Paulo: Hucitec, 1986.

⁷⁵ POSSAS, Cristina de Albuquerque. *Saúde e trabalho: A crise da previdência social*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

⁷⁶ FONSECA, Cristina M. Oliveira. *Saúde no governo Vargas (1930-1945): dualidade institucional de um bem público*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

⁷⁷ DONNANGELO, Maria Cecília Ferro. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2011.

O Regime Militar vivido entre 1964 e 1985 criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), unificando os Institutos de Aposentadorias e Pensões, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência de Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Diante do grande volume de convênios e contratos para atendimento médico-hospitalar aos trabalhadores, uma estrutura própria foi montada para a saúde, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Em 1975, de forma a ordenar as atuações dos prestadores públicos e privados, foi criado o Sistema Nacional de Saúde.⁷⁸

Já na transição democrática passou-se a buscar uma incorporação do setor público tanto na saúde curativa, como na preventiva e educativa, afastando-se cada vez mais e de forma abrupta os operadores privados, outrora prestadores de serviços ao INAMPS. Para tanto, criaram-se as Ações Integradas de Saúde e foram lançadas as bases do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS).⁷⁹ Por sua vez, o pleno ingresso na redemocratização instituiu o Sistema Único de Saúde, regulamentado pelas Leis 8.080 e 8.142 de 1990, com bases mais amplas delimitadas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Nosso sistema, apesar do predomínio público, é heterogêneo, já que prevê a coexistência da saúde pública, financiada pelas esferas estatais federal, estadual e municipal; da saúde privada, financiada pela iniciativa privada ou pelo Poder Público em determinados casos; e da saúde suplementar, constituída por planos privados de assistência à saúde e apólices de seguro saúde, ambos com custeio privado e regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Por outro lado, como há notória prevalência de prestadores de serviços públicos financiados por tributos,

⁷⁸ ESCOREL, Sarah. Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

⁷⁹ TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. O dilema da reforma sanitária brasileira. In: BERLINGUER, G.; TEIXEIRA, S. M. F.; CAMPOS, G. W. S. (org.). Reforma sanitária Itália e Brasil. São Paulo: Hucitec/Cebes, 1988.

nosso modelo pode ser considerado hipoteticamente um sistema universal, de acesso geral, irrestrito e igualitário.

Devemos pensar, então, se a efetivação de um modelo tão amplo é possível, em uma análise holística da construção da cidadania no Brasil e da implementação conjunta dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, já que o texto constitucional não pressupõe apenas a efetivação do acesso à saúde, mas de outra gama de direitos que precisam integrar a análise das viabilidades econômicas do Estado na sua consecução, prevendo que a concretização em algum grau do modelo de saúde pensado pelos constituintes dependerá de distributividade, seletividade e implementação progressiva.

2.1.1 Cidadania e Direitos Fundamentais no Brasil: Constituição Federal de 1988: Uma Constituição (Ir)Realizável?

Na sequência lógica de construção da cidadania e dos direitos fundamentais, primeiro foram conquistados os direitos civis, depois os políticos e, com ação democrática e amplo debate acerca dos limites da ação estatal, foram garantidos os direitos sociais, sendo ao final definida a cidadania plena pela junção de direitos civis, políticos e sociais. A forma como se desenvolve essa trajetória acaba por caracterizar o cidadão e a democracia que se produz ao final.⁸⁰

Na experiência brasileira, os direitos sociais foram majoritariamente construídos durante momentos de supressão de direitos civis e políticos, sob a égide de períodos ditatoriais (Era Vargas e Regime Militar), como uma benesse entregue pelo Poder Central sem qualquer envolvimento e construção democrática. Com isso, a ação política passou a ser entendida meramente como negociações diretas com os governos, e o Estado passou a ser visto como um grande provedor. Sem que a população integre e compreenda, por meio da representatividade, o processo de construção desses direitos, não surge uma consciência coletiva sobre as consequências econômicas, sociais e políticas das cadeias de proteção social, como ocorre em outros Estados Democráticos de Direito.⁸¹ Tal fato restará claro a partir da

⁸⁰ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

⁸¹ Idem.

exposição de um breve histórico do constitucionalismo brasileiro, até o advento da nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Brasil teve sua experiência constitucional iniciada em 1823, com a Assembleia Constituinte sendo convocada pelo Imperador Dom Pedro I pouco antes da própria Proclamação da Independência do Reino de Portugal. Posteriormente, dissolvida a Assembleia, a Constituição do Império passa a ser redigida por um Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 1824 pelo Imperador. Trata-se de texto inspirado nas revoluções liberais do século XVIII, preocupado em garantir alguns direitos individuais e repartir os Poderes do Estado, de forma diversa do usual, em quatro: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, este último exercido pelo Monarca e considerado superior aos demais.⁸²

Com o fim do regime monárquico, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 1891, com inspiração clara na Constituição dos Estados Unidos da América, o que inaugurou no país a autonomia dos Estados e a divisão tripartite dos Poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário. Garantiu-se os direitos individuais de liberdades e propriedade clássicos, acrescidos dos direitos políticos.⁸³

A incapacidade do Estado Brasileiro de se tornar um Estado liberal e democrático como constitucionalmente formado, permanecendo na realidade um país autoritário e oligárquico, fez eclodir um desejo de ruptura com a primeira república, materializado na figura de Getúlio Vargas, que assume o poder em 1930 após revoltas populares deflagradas diante da sua derrota nas eleições gerais daquele ano e do assassinato do candidato a vice-presidente em sua chapa, João Pessoa.

A denominada Era Vargas inicia com um governo provisório instaurado por meio de Decreto, o qual detinha as funções e atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo até a aprovação de uma nova Constituição. Tal fato só se deu em 1934, após eclodir uma revolta, em 1932 no Estado de São Paulo, contra a deliberada demora no advento da nova Constituição. Com isso, em 1933 a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada, culminando com a Constituição de 1934. Nela, algumas normas programáticas foram inseridas em título sobre a ordem econômica e social,

⁸² TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

além de outro sobre família, educação e cultura, inaugurando no Brasil o constitucionalismo social, em detrimento do outrora constitucionalismo liberal.⁸⁴

Posteriormente, Getúlio Vargas, eleito pela Assembleia Nacional Constituinte para o quadriênio seguinte, dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934 e outorga a Constituição de 1937, surgindo uma ordem ditatorial denominada Estado Novo.⁸⁵ Notamos, como dito, que as efetivas conquistas de direitos sociais acabam ocorrendo por mera negociação direta e dependência do poder central, em momento de supressão de direitos políticos.

Com o enfraquecimento do Legislativo, o Poder Executivo se fortalece e capitaneia ações voltadas à justiça social, por meio do trabalhismo e de seus reflexos na construção de cadeias de proteção social, adotando um projeto desenvolvimentista capitaneado pelo Poder Central: “o Estado atua indo ao encontro de um ideal futuro de sociedade, inclusive tornando-se pré-requisito para melhorar a distribuição de renda e afirmar valores como soberania nacional e igualdade social”⁸⁶, o que ocorre pela “existência no interior do movimento operário de um núcleo disposto à colaboração de classes e a aceitar a dependência com relação ao Estado; a presença de setores sociais propensos a algum tipo de aliança com a classe operária”⁸⁷.

Após a Segunda Guerra Mundial se intensifica internacionalmente um sentimento de valorização das instituições democráticas, o que acaba por implicar na deposição do regime ditatorial varguista, com a realização de eleições presidenciais. Instaura-se nova assembleia nacional constituinte e em 1946 foi promulgada uma nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil. O viés social conquistado no regime anterior é preservado, com o incremento do viés democrático e a valorização dos direitos humanos.⁸⁸

Em 1964 um novo período ditatorial se instala na experiência brasileira, por meio de diversos e autoritários Atos Institucionais, até o advento da Constituição de 1967, em convocação do Congresso Nacional, pelo Governo Militar, funcionando

⁸⁴ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁶ FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Gênese e precursores do desenvolvimentismo no Brasil. In: BASTOS, Pedro P. Z.; FONSECA, Pedro C. D. (Org.). A era Vargas: desenvolvimento, economia e sociedade. São Paulo: Editora UNESP, 2012, p. 47.

⁸⁷ FAUSTO, Boris. Trabalho urbano e conflito social: 1890-1920. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 62.

⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2020.

extraordinariamente como Assembleia Nacional Constituinte. Em 1969, o rompimento da recente ordem constitucional, já deflagrado por diversos novos Atos Institucionais, torna-se pleno com a Emenda Constitucional 01/1969, compreendida majoritariamente pela doutrina constitucional brasileira como uma nova Constituição outorgada pelo regime militar.⁸⁹ Em mais um período histórico, o novo recrudescimento de direitos civis e políticos foi aliado à manutenção de progressiva construção de cadeias de proteção social, com especial destaque para a citada universalização da seguridade social.

Posteriormente, uma abertura política é iniciada pelos últimos governos militares, ganhando força o movimento social e político pela convocação de eleições diretas para o cargo de Presidente da República. Assim, convoca-se o Poder Constituinte por Emenda Constitucional e se instaura nova Assembleia Nacional Constituinte. Em momento marcado por forte participação democrática, que culminou com a atribuição do epíteto de “Constituição Cidadã”, promulga-se a novel Constituição de 1988: “Facilmente pode-se constatar que ela proporcionou um aumento na tutela jurisdicional dos conflitos sociais, haja vista a prodigalidade de direitos esculpidos em seu texto.”⁹⁰

Trata-se de um texto constitucional caracterizado como analítico, com papel fortemente dirigente, para abranger os diversos segmentos sociais e buscar efetivar as mais diversas garantias aos cidadãos. Todavia, “ela não pode ser concebida como uma simples panaceia para solucionar os complexos problemas que afligem a sociedade”⁹¹.

Com uma eufórica participação popular após décadas de autoritarismo, a ampla abertura a diversos setores e grupos de interesses fez nascer um texto que trata de muitos assuntos e de maneira excessivamente detalhada. Com isso, dificulta alterações e impõe negociações políticas permanentes, com as sequelas do fisiologismo, além de produzir um volume considerável de emendas, comprometendo a vocação constitucional de promover valores duradouros acima das contingências

⁸⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁹⁰ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105.

⁹¹ Idem, p. 105.

políticas.⁹² Por isso, seu produto poder ser criticamente avaliado como “um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo”⁹³.

Nessa esteira, com relação aos direitos sociais, a escolha do constituinte foi de detalhar de forma pormenorizada e clara as prestações a serem garantidas pelo Estado. De forma geral, esse fenômeno de positivação dos direitos sociais como direitos fundamentais constitucionalmente previstos ocorreu em diversas ordens jurídicas constitucionais, em especial no momento neoconstitucional do pós Segunda Guerra, dada a busca pela maximização de sua efetivação por parte do Estado.

O alicerce desse fenômeno reside em três mudanças de paradigma. Primeiro, na força normativa da Constituição, isto é, a promoção “do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. (...) sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”⁹⁴. Segundo, na expansão da jurisdição constitucional: “A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”⁹⁵. Terceiro, na reelaboração da doutrina da interpretação constitucional, com “a reabilitação da razão prática como fundamento da legitimação das decisões judiciais”⁹⁶.

Ocorre que, a previsão constitucional precisa e específica das prestações e conteúdos dos direitos sociais, apta a permitir sua imediata judiciabilidade, “nunca poderia nem deveria ser uma opção generalizável num domínio tão estritamente dependente das circunstâncias fáticas como é o dos direitos sociais”⁹⁷. São prestações que dependem de disponibilidade financeira e necessitam de uma atuação flexível por parte do Estado, em especial do legislador ordinário, para se adaptar às modificações das condições econômicas, resultando na “impossibilidade natural de determinação do respectivo conteúdo no plano constituinte”⁹⁸.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Vol. 1, n.1 (nov. 2008). Belém: ESM-PA, 2008.

⁹³ Idem, p. 40.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

⁹⁵ Idem, p. 263.

⁹⁶ Idem, p. 266.

⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 143.

⁹⁸ Idem.

O atual custo de todo este arcabouço normativo com previsão constitucional é vasto, como se pode depreender da análise do orçamento público brasileiro. Para o ano de 2020, tivemos uma arrecadação pública de 3,63 trilhões, sendo 2,35 trilhões de tributos, e gastos públicos de 3,42 trilhões de reais, diante de um Produto Interno Bruto de 7,4 trilhões de reais. As cinco áreas de atuação finalística do Governo Federal com maiores despesas em 2020 são as três subáreas da seguridade social, a saber, saúde, com gastos que totalizaram 150,46 bilhões de reais; previdência, com 703,14 bilhões de reais; e assistência, com um total de 409,93 bilhões de reais. Fora da seguridade social, mais duas áreas, em educação, um total de 88,07 bilhões de reais; e com benefícios e fomentos ao trabalho, 75,87 bilhões de reais.⁹⁹

Notamos que os recursos despendidos para efetivação dos direitos sociais no Brasil são consideráveis e drenam um volume enorme de receitas obtidas por tributação. Como vimos, a arrecadação tributária brasileira está próxima do patamar limite de 33% (trinta e três por cento), sendo o aumento de tributos um norte ineficaz para a efetivação dos direitos sociais. Caberá ao legislador e ao executor proceder com as escolhas alocativas, muitas vezes trágicas, para distribuir essas receitas de maneira a efetivar, em maior grau, determinado direito social, por vezes em detrimento de outro.

Logo, resta claro que não há como se interpretar os dispositivos constitucionais sobre direitos sociais sob a óptica de uma efetivação ampla e irrestrita, como se a escolha do constituinte de 1988 por afirmar que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, “educação, direito de todos e dever do Estado e da família” e por descrever garantias a qualquer indivíduo de “moradia, trabalho, transporte, lazer, segurança e previdência social”, além de assistência aos desamparados, proteção da infância e da maternidade, fossem mandamentos intransponíveis. Seria acreditar que, de maneira mágica, a realidade do Estado brasileiro pudesse ser modificada e a todos esses direitos tivessem que ser dadas máxima e imediata concretude pelo grande guardião das normas, o Poder Judiciário.

Portanto, é notório que a natureza das coisas exige uma flexibilização e indeterminação capaz de produzir uma mitigação da vinculatividade jurídica desses direitos. Com isso, é impossível falar em implementação ampla, irrestrita e imediata

⁹⁹ Disponível em <<https://www.portaltransparencia.gov.br/despesas?ano=2020>>. Acesso em 30 out. 2021.

de dispositivos constitucionais tão vastos e com implicações econômicas que pressupõem a disponibilidade de grande volume de receitas, tendo a própria Constituição cuidado de descrever algumas condições e estratégias para tornar real a gama de direitos previstos, em especial os inerentes à seguridade social (saúde, previdência e assistência), por meio da distributividade, da seletividade e da implementação progressiva, as quais pressupõem, como dito, condução prioritária dos Poderes Legislativo e Executivo.

2.1.2 Estratégias de Efetivação de Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Distributividade, Seletividade e Implementação Progressiva

Já percebemos anteriormente, por dados estatísticos oficiais, que os direitos sociais em que se aplicam a maior quantidade de recursos públicos são justamente as três subáreas da seguridade social, isto é, a previdência, a saúde e a assistência. Tal fator não era imprevisível para o constituinte, que, mesmo registrando o caráter universal da cobertura e do atendimento, fez disposições aptas a mitigarem a potencial indisponibilidade de recursos para atender de forma ampla a irrestrita a consecução desses direitos.

Tal fato se deu por meio de princípios norteadores da efetivação desses direitos sociais, dentre os quais destacamos a distributividade e a seletividade. O artigo 194, parágrafo único, inciso III da Constituição Federal de 1988 está assim redigido:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (...) ¹⁰⁰

Outrossim, há previsão de outro importante princípio, o da implementação progressiva, previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, aprovado pelo Congresso Nacional, ingressou no ordenamento jurídico

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Referido diploma legal pontua de forma clara, em seu artigo 2º, o dever dos Estados Parte de adotarem medidas em prol do desenvolvimento econômico, social e cultural “até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”¹⁰¹ Logo, somado aos princípios constitucionais da seletividade e da distributividade, a consagração normativa do princípio da implementação progressiva o torna plenamente aplicável aos direitos sociais, por força de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos ingressante no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso do supracitado PIDESC.

Por sua vez, conceber esses três princípios é basilar para entendermos a forma como deverão ser concretizados os direitos sociais, em especial os inerentes à seguridade social. Inicialmente, entendemos que os direitos fundamentais admitem restrições, visto que inevitavelmente algum bem fundamental terá que ser mitigado em situações que outros bens da vida com idêntica necessidade de proteção assim exijam.¹⁰² Diante disso, o propagado princípio da universalidade poderá ser mitigado, justamente pela seletividade.

Compreendemos a seletividade como uma mitigação da universalidade, na medida em que, na trilha pela efetivação plena (universal) dos direitos sociais, notadamente os integrantes da seguridade social, escolhas alocativas serão necessárias. Dada a impossibilidade de universalização imediata desses direitos, cabe ao legislador e ao executor conduzirem esse processo inerente às suas atribuições e selecionarem quais demandas serão prioritariamente atendidas, em detrimento de outras.¹⁰³

Por sua vez, a distributividade baliza essas escolhas alocativas, tendo como norte a justiça e o bem-estar social, por serem objetivos da ordem social constitucionalmente previstos, especialmente a construção de uma sociedade livre,

¹⁰¹ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010.

¹⁰³ PIERDONÁ, Zélia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. In: VILLATORE, Marco Antônio César; ROMERO, Francisca Moreno (Orgs.). Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha, v. 6, Ediciones Laborum, Madrid, p. 87-104.

justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Notemos que tal premissa garante um tratamento desigual à sociedade, na medida de suas desigualdades¹⁰⁴.

A consecução de uma igualdade denominada material, conduzida pelos representantes da sociedade, eleitos por um processo democrático para em seu nome tomarem essas decisões políticas, assegura que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”¹⁰⁵, considerando que “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”¹⁰⁶.

Logo, entendida em um contexto de potencial relativização dos direitos fundamentais pela igualdade material e por outros direitos e garantias fundamentais, a supracitada universalidade “não implica que devem ser aplicados a todas as pessoas, simplesmente porque ninguém é igual a ninguém, nem se encontra nas mesmas circunstâncias, por isso esse princípio é flexível para se adaptar à realidade”¹⁰⁷.

É mister pontuar que os titulares dessas prerrogativas de eleição e relativização são os Poderes Legislativo e Executivo, não cabendo ao Judiciário, caso tais seleções sejam feitas nos termos e limites da distributividade, intervir nas escolhas dos poderes constituídos em base democrática. Quando o Poder Judiciário age e interfere nessas escolhas utilizando de preceitos isolados que propugnam a universalidade sem compreendê-la a partir da seletividade, interfere indevidamente na formulação e execução de políticas públicas, causando um desequilíbrio nas cadeias de proteção social.¹⁰⁸

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 17.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 18.

¹⁰⁷ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Derechos humanos: evolución en pro de la dignidad humana. In: LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez; COLÍN, Alfredo Islas (Orgs.). Derechos humanos: La transformación de la cultura jurídica. t. 4. Bogotá: Nueva Jurídicas, 2017, p. 36, tradução nossa, no original: “*no implica que deben aplicarse en forma afín a todas las personas simple y sencillamente porque nadie es igual a nadie, ni se encuentra en las mismas circunstancias, por ello este principio es flexible en cuanto adaptarse a la realidad*”.

¹⁰⁸ PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. *Católica Law Review*, v.3, n. 1, jan. 2019, Porto, p. 159-183.

Ainda que não existisse previsão constitucional específica nesse sentido (mitigação da universalidade pela seletividade), o princípio da implementação progressiva, derivado do arcabouço normativo internacional sobre direitos humanos, deveria ser aplicado às áreas da seguridade social, da mesma forma que deve ser adotado para todos os direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁰⁹

Com isso, o acesso à saúde no Brasil deve seguir sendo implementado de maneira paulatina e seletiva, sob o norte distributivo, conforme previsão do artigo 194 da Constituição Federal, bem como, nos termos do artigo 198 do mesmo Diploma Legal, na perspectiva da descentralização administrativa, da participação da comunidade e do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”¹¹⁰.

Nesse sentido, a Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, aborda as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Dentre os princípios e diretrizes estabelecidos, destacamos, a já tratada universalidade, bem como a descentralização, a participação da comunidade e o atendimento integral.

A descentralização é corolário da repactuação federativa, buscando desenvolver um modelo de república que integre os Estados e Municípios no papel de protagonistas, par e passo com a União. Por outro lado, é importante destacar um gargalo histórico na assunção de protagonismo por parte dos Estados e Municípios, considerando a injusta repartição de receitas tributárias, concentradora de recursos na União, ainda que os gastos com saúde sejam majoritariamente municipais. Em 2020, a carga tributária importou em 20,99% do Produto Interno Bruto para a União, 8,53% para os Estados e 2,12% para os Municípios¹¹¹; já em 2018 os Municípios investiram 51,9% em saúde, contra 33% dos Estados e 15,1% da União¹¹².

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

¹¹¹ BRASIL. Ministério da Economia. Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral 2020. Brasília: Ministério da Economia, 2021.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/2020. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22>>. Acesso em 30 out. 2021.

A participação da comunidade integra a população como partícipes da construção do sistema, bem como inseridos nas funções de prevenção, diagnóstico e tratamento das enfermidades, em um contexto de prática de saúde que tira os pacientes da passividade e os insere em uma relação médico-paciente mais moderna, marcada pela cooperação.

Por sua vez, a integralidade deve ser compreendida afastada da noção clássica advinda do senso comum e ser entendida como “um conceito técnico, muito mais complexo e rico do que o estrito sentido literal da palavra”¹¹³, no sentido de “enxergar o paciente como um todo, e não apenas como portador de uma doença específica; integrar ações preventivas com ações curativas; e integrar todos os níveis operacionais de atenção à saúde”¹¹⁴.

Com esses nortes, os poderes constituídos nas diversas esferas de governo iniciaram a implementação de políticas públicas para efetivarem o acesso à saúde. A busca por implementação paulatina do Sistema Único de Saúde inicia, portanto, pela garantia de atenção básica para, na sequência, ampliar os cuidados sanitários pela atenção especializada, de média e alta complexidade.

As Unidades Básicas de Saúde são a porta de entrada do sistema, inseridas na Estratégia de Saúde da Família, integradas por equipe multidisciplinar formada por médico generalista ou especialista em Saúde da Família ou médico de Família e Comunidade, enfermeiro generalista ou especialista em Saúde da Família, auxiliar ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde, podendo ser acrescidos os profissionais de saúde bucal, a saber, cirurgião-dentista generalista ou especialista em Saúde da Família, auxiliar ou técnico em saúde bucal, além de outros profissionais necessários para atender às necessidades locais de saúde daquela população, com recomendação média de três mil pessoas por equipe.¹¹⁵

Em 1998, o Programa de Saúde da Família era referência de atendimento para 42% da população¹¹⁶. Já entre 2013 e 2019 o percentual da população cadastrada em unidades de saúde da família passou de 56,1% para 62,6%, chegando

¹¹³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS. Folha de São Paulo [online], 2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm>>. Acesso em 30 out. 2021.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

¹¹⁶ GIRARDI, S. *et al*. O trabalho em saúde: tendências e perspectivas na estratégia da Saúde da Família. *Divulga Saúde Debate* 2010; p. 11-25.

a 74% no um quinto das famílias com menor renda *per capita* do país.¹¹⁷ Notamos, através disso, que a implementação da atenção básica tem sido feita de maneira crescente e este serviço tem evoluído para uma efetiva universalização, desde o início da redemocratização.

Um dos entraves que ainda restam na consecução desse objetivo é a disponibilidade de profissionais para atuarem em regiões mais remotas do país, além da necessária melhoria de infraestrutura das denominadas Unidades Básicas de Saúde. Para tentar mitigar o problema de falta de profissionais em localidades afastadas dos grandes centros urbanos, já houve a adoção de política pública específica, por intermédio do “Programa Mais Médicos”, instituído pela Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013, embora entendamos que o meio mais adequado de construir essa descentralização seja a adoção de uma carreira médica de Estado¹¹⁸, nos moldes existentes para as carreiras da Magistratura e dos Ministérios Públicos Estaduais, nos termos da Proposta de Emenda à Constituição 454/2009 da Câmara dos Deputados, bem como, da Proposta de Emenda à Constituição 140/2015 do Senado Federal.

Por sua vez, a atenção especializada tem tido uma maior deficiência no atendimento à população, devido principalmente à sustentabilidade financeira. Ela compreende a atuação de profissionais especialistas, em um modelo de referência e contrarreferência em relação à assistência básica, além do diagnóstico auxiliar por exames de imagens e laboratoriais, bem como o atendimento hospitalar para suporte de procedimentos de média e alta complexidade. Para suprir plenamente os programas apenas na esfera federal, seriam necessários 31,68 bilhões de reais a mais em 2018, com uma previsão de gastos necessários para suprir a assistência à saúde, somente em âmbito federal, de 277,01 bilhões em 2030.¹¹⁹

Além dos altos custos necessários, como vimos na análise histórica de implementação do sistema de saúde pública brasileiro, houve uma abruta assunção

¹¹⁷ GIOVANELLA, Ligia *et al.* Cobertura da Estratégia Saúde da Família no Brasil: o que nos mostram as Pesquisas Nacionais de Saúde 2013 e 2019. *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 26 (Supl. 1), 2021, p. 2543-2556.

¹¹⁸ FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; LIMA, Priscila Luciene Santos. Acesso à saúde no Brasil: o programa mais médicos e os problemas para efetivação da garantia constitucional. *Percurso*, Curitiba, v. 3, n. 30, p. 57-79, 2019.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/2020. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22>>. Acesso em 30 out. 2021.

de responsabilidade pública sobre os serviços especializados, outrora comprados de prestadores privados, pelo antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o que dificultou a montagem gradual de uma rede pública tão ampla e custosa.

Vemos que a ausência de recursos para a saúde pública no Brasil resta claro quando analisados os percentuais de aplicação de recursos públicos em relação ao Produto Interno Bruto, comparando com outros países. Em 2018, o Brasil teve gastos com saúde pública de 3,96% do PIB, contra 5,78% de Portugal, 6,32% da Espanha, 6,40% da Itália, 7,85% do Reino Unido e 8,26% da França. Tal fato se torna igualmente notório quando percebemos que o país aplica um total de 9,51% do PIB em saúde, divididos entre os recursos privados que somam 5,55% do PIB, contra os mencionados 3,96% do PIB de gastos públicos, ou seja, mesmo com um sistema de saúde com predomínio público como o brasileiro, os gastos privados são superiores aos estatais, fato só verificado em países com modelo privatista de saúde, como o dos Estados Unidos da América.¹²⁰

A despeito disso, podemos depreender da contínua melhora histórica nos citados indicadores sanitários nacionais, principalmente na cobertura da atenção básica, que o Estado, por seus Poderes Legislativo e Executivo, tem procurado efetivar paulatinamente o acesso à saúde, mesmo diante da notória limitação de recursos. Outrossim, os identificados problemas de subfinanciamento não corroboram com a transferência ao Poder Judiciário da responsabilidade em efetuar as devidas correções de maneira desmedida e inconsequente.

Ocorre que, apesar do necessário processo de implementação de políticas públicas de saúde ser pautado pela seletividade, distributividade e implementação progressiva, fato que tem sido norte para as mencionadas políticas públicas, o Poder Judiciário tem tido uma postura na efetivação das políticas públicas de saúde pautada, em geral, pela defesa de uma concretização ampla, irrestrita e imediata dos direitos sociais constitucionalmente previstos, razão pela qual é mister tecer considerações sobre o que tem sido e o que deveria ser o seu papel no âmbito da efetivação das políticas públicas, especialmente as de saúde.

¹²⁰ BANCO MUNDIAL. World Bank Open Data. Disponível em <<https://data.worldbank.org>>. Acesso em 05 nov. 2021.

2.2 Papel do Poder Judiciário na Efetivação das Políticas Públicas

Em uma realidade muitas vezes deveras conflituosa diante das impossibilidades orçamentárias para a efetivação dos direitos sociais, os Tribunais são chamados a intervir na concretização desses direitos, devendo agir com a consciência que, quando uma decisão concede determinada prestação a alguém, ela está automaticamente retirando recursos para atendimento de outros direitos sociais, isto é, a compreensão necessária de que cada decisão alocativa explícita de recursos pressupõe uma decisão desalocativa implícita¹²¹.

No entanto, a imensa maioria do Judiciário brasileiro tem como paradigma uma crença utópica na necessidade de irrestrita e ampla afirmação dos direitos fundamentais, olvidando que esta máxima concretude deve ser pautada pela equilibrada repartição das rendas, sob pena dos direitos (custos) serem arbitrariamente distribuídos entre os jurisdicionados, em detrimento da preservação geral do sistema, com proporcional entrega dessas garantias. Especificamente no tema do acesso à saúde, o Supremo Tribunal Federal, muito embora permaneça integrando este comportamento padrão da Justiça brasileira, como veremos, já reconheceu que:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.¹²²

Assim, uma decisão judicial, proferida por meio de uma estrutura dedutiva, deve ter como instrumento de controle a análise de suas consequências. Logo, deve o magistrado estudar com cautela a regra de conduta que está criando com aquela

¹²¹ SARMENTO, Daniel. A proteção jurídica dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. ed. ampl. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicado no DJE 76, em 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 10 out. 2021.

determinada decisão, do ponto de vista do impacto futuro nas partes não envolvidas no pleito.¹²³

Dessa feita, ciente de que “em sede de controle judicial das políticas públicas, não existe um concerto prévio entre os Poderes, pois o espaço de cada Poder é ditado pelas contingências histórico-políticas que condicionam a atividade do próprio Poder Judiciário”¹²⁴, deve a Justiça analisar as consequências de suas decisões, garantindo uma maior eficiência, com a consciência econômica nos seus julgados, e isonomia, com a possibilidade de preservação dos mesmos acessos aos demais cidadãos, sob pena de se transformar em fator de colapso para o próprio sistema de saúde.

Além disso, quando pressupomos uma análise das decisões judiciais com foco nas suas consequências políticas, econômicas e sociais, percebemos que a primazia das escolhas orçamentárias alocativas deve residir nos Poderes que detêm legitimidade democrática:

Há alguns anos, as escolas públicas de Chicago não puderam abrir as portas no começo do ano letivo porque o estado se recusou a aprovar o orçamento do Conselho de Educação dessa cidade. Obteve-se uma medida cautelar garantindo a abertura das escolas [...]. Para decidir se concedia ou não a medida cautelar, a única consequência que ele levou em consideração foi que as crianças matriculadas no ensino público ficariam sem aulas até as escolas serem reabertas. As consequências que ele ignorou foram as que poderiam resultar para o governo e o sistema político em geral caso os juizes federais tenham a liberdade total para intervir nas disputas políticas. Se o poder pretendido pelo juiz tivesse sido confirmado pelo tribunal recursal, certo seria que, a partir de agora, o financiamento das escolas públicas de Chicago não seria mais determinado pelas autoridades eleitas, mas por um juiz federal.¹²⁵

Portanto, analisaremos, em tese, como garantir acesso à Justiça em matéria de intervenção judicial na formulação e execução de políticas públicas de saúde, conciliando a inafastabilidade da jurisdição com a separação dos poderes e a primazia das instituições democraticamente escolhidas, para buscar, nessa atuação do Poder Judiciário, um modelo que permita a conjugação de eficiência e isonomia. Em seguida, de forma concreta, compreenderemos como a judicialização da saúde tem ocorrido no Brasil.

¹²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹²⁴ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 67.

¹²⁵ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358.

2.2.1 Acesso à Justiça, Inafastabilidade da Jurisdição e Separação dos Poderes

O acesso à justiça deve ser compreendido como a capacidade de identificação de direitos e, posteriormente, a solução para os conflitos advindos da ofensa aos direitos que os cidadãos já tenham previamente se reconhecido como titulares. Ou seja, a primeira etapa na concepção de acesso à justiça é analisar se determinado grupo consegue perceber *per si* os direitos que faz jus, bem como consegue igualmente obter uma prestação jurisdicional ampla e eficiente para se contrapor a eventuais infrações a esses direitos.¹²⁶

A necessidade de resolver litígios é intrínseca ao ser humano. Como ser social por essência, a convivência pacífica em sociedade depende da criação de regras de conduta. Além disso, como o mero estabelecimento de normas não assegura seu cumprimento espontâneo, nem sua total e contínua observância, torna-se igualmente necessário usar da coercibilidade, por meio da força, para coibir lesões ou ameaças de lesões a esses direitos. Nas sociedades hodiernas, essa tarefa é tipicamente desempenhada pelo Poder Estatal, no seu ramo Judiciário, por meio do exercício da jurisdição¹²⁷.

Do acesso à justiça, conceito mais amplo, deriva a inafastabilidade da jurisdição, positivada na Constituição Federal de 1988, nos termos do seu artigo 5º., inciso XXXV, que preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹²⁸. Quando infrutífera a busca por solução amigável aos conflitos, o direito processual atuará como garantidor do chamado direito de ação, com o objetivo de entregar uma resposta à querela, pela ação do poder estatal na jurisdição – do latim *jurisdictio*, ou “dizer o direito”.

Em suma, o Estado-Juiz solucionará a disputa declarando quem tem razão naquele litígio, com base em um arcabouço normativo complexo que assegura a efetividade do resultado, possibilita a participação isonômica dos jurisdicionados e,

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹²⁷ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. V. 1. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 114.

¹²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 out. 2021.

inclusive, define e delimita a atuação dos próprios juízes. Ou seja, o acesso à justiça abrange tanto o direito de ação como a obediência ao chamado devido processo legal.¹²⁹

Outrossim, convém pontuar que a garantia do acesso à Justiça pressupõe não a simples tutela jurisdicional, mas a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, conceito amplo que abrange também a razoável duração do processo, prevista no inciso LXXVIII do mesmo artigo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹³⁰, e a gratuidade judicial para os desvalidos, nos termos do inciso LXXIV do mesmo artigo: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹³¹.

Com essas definições, constatamos que há problemas nas três clássicas facetas¹³² do acesso à justiça. No tocante à primeira delas, a do acesso gratuito, há uma lacuna de defensores públicos que atendam à população carente. No que diz respeito à segunda, da representação dos interesses difusos, o processo coletivo tem sido instrumento ainda pouco valorizado pela legislação e pelos atores jurídicos. Ademais, em relação à terceira, de vislumbrar o acesso à justiça de forma ampla, dissociada da mera beligerância e atrelada ao diálogo entre partes e interinstitucional, não tem sido algo presente na nossa cultura jurídica.

No primeiro ponto, importa ressaltar a não efetividade de um genuíno acesso à justiça que atenda às camadas mais vulneráveis. Tal constatação pode ser obtida da análise acerca do déficit de defensores públicos no país. A média ideal é a presença de um defensor para cada dez mil habitantes, sendo o número de um defensor para cada quinze mil habitantes um valor aceitável.

Por outro lado, os dados mais recentes apontam que no Brasil temos uma média de 0,37 defensor para cada dez mil habitantes e de 0,55 defensor para cada

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. V. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

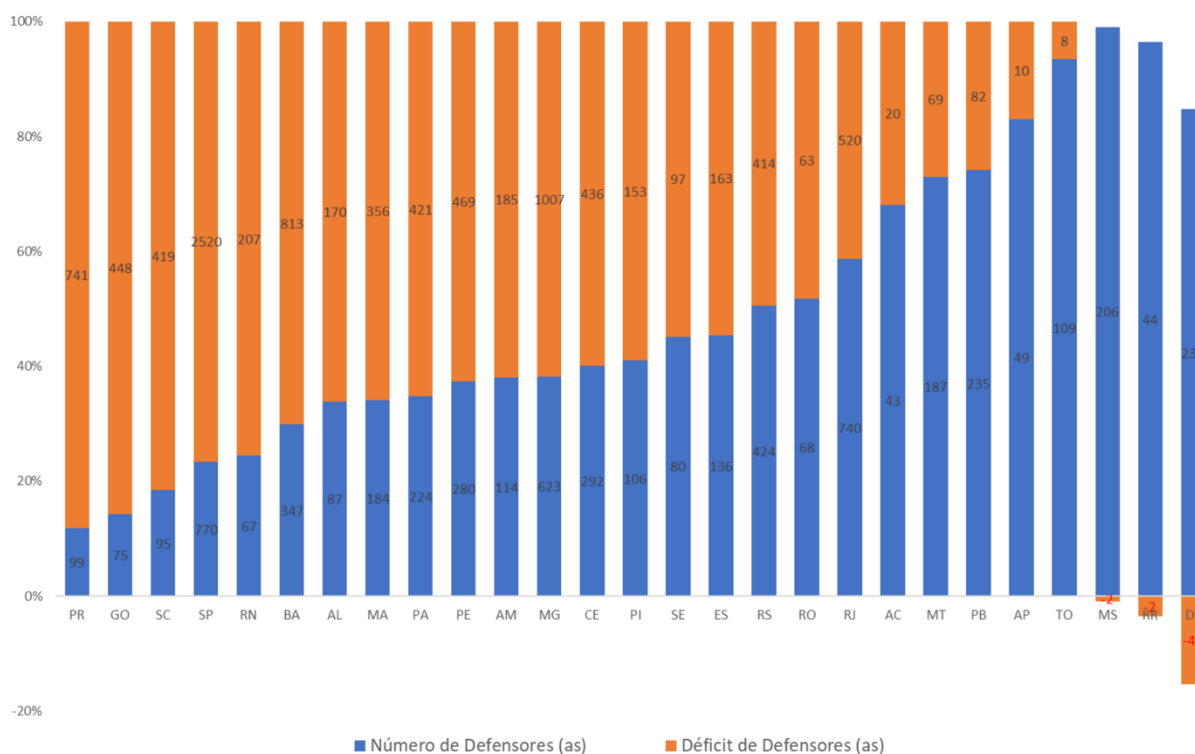
¹³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 out. 2021.

¹³¹ Idem.

¹³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

quinze mil habitantes, sendo a média ideal atingida por apenas três Estados da Federação, conforme gráfico a seguir:

Gráfico 1: Relação entre número de defensoras e defensores e déficit/superávit para alcançar 1:10 mil habitantes de baixa renda, por UF (2019/2020)



Fonte: BRASIL. Ministério da Economia. IPEA. II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil. Brasília, 2021.

Logo, podemos afirmar que quem consegue obter um provimento jurisdicional no Brasil é, *a priori*, um privilegiado, fator que impactará na isonomia necessária para a garantia do acesso à saúde pela via judicial, tendo em vista que a população carente que depende da presença de defensores públicos para patrocinar suas causas não terá atendimento garantido pelo órgão, pela falta de basilar capital humano ou mesmo da presença da defensoria, ausente em 1600 comarcas que totalizam 58 milhões de pessoas sem a presença física da defensoria em suas localidades¹³³.

No segundo ponto, verificamos que muitos conflitos impactam e se relacionam com uma quantidade grande de sujeitos, inclusive indeterminados. Por outro lado, o processo coletivo está longe de ter primazia no país. Mesmo com o advento de um recente código de processo civil, houve uma indevida omissão na regulamentação

¹³³ BRASIL. Ministério da Economia. IPEA. II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil. Brasília, 2021.

das demandas coletivas, ficando o microsistema de processo coletivo ainda restrito à Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), à Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

No terceiro ponto, a lógica consensual e o afastamento da cultura da litigância igualmente são entraves encontrados no Brasil. Aqui, quando analisamos a necessidade de produção de um diálogo no âmbito processual e construção de uma composição em específicas demandas de acesso à saúde pública, a efetiva construção desse diálogo se torna ainda mais relevante, vez que referida conduta vincula-se diretamente ao respeito à separação de poderes.

A natureza intrínseca do princípio da separação dos poderes é a busca por mitigar o inevitável comportamento estatal em abusar do seu poder. Com a fragmentação em três ramos, a possibilidade de violação aos direitos dos cidadãos, constituintes do Estado, diminui. Referido postulado está alicerçado em quatro conceitos: a divisão tripartite do poder estatal, a distribuição funcional entre os três ramos, o sistema de freios e contrapesos e a colaboração harmônica entre o executivo, o legislativo e o judiciário.¹³⁴

A teoria política hodierna promove nos Estados Modernos uma separação entre religião e política, distingue um soberano ilimitado de um soberano restringido juridicamente e dissocia a figura do rei do conceito de Estado, suplantando o ideal absolutista bem materializado na frase atribuída ao monarca francês Luís XIV: “*L’état, c’est moi!*”, ou, “O Estado, sou eu!”. Essa mesma concepção, portanto, permeia a ideia de separação dos poderes, evitando que um dos ramos estatais avoque para si poder absoluto, agindo de forma antidemocrática.¹³⁵

Portanto, é mister pautar a concepção de acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição sob a óptica da separação dos poderes, em busca de identificar em que medida o Poder Judiciário pode intervir na alocação de recursos públicos, formulação e execução de políticas públicas, em especial as de saúde. Tal atuação deve ser, por sua vez, direcionada para corrigir dois impactos deletérios provocados pela judicialização da saúde: a ineficiência da aplicação de receitas públicas por coerção judicial e o tratamento anti-isonômico garantido às camadas da população que

¹³⁴ BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia), N° 131: 231-276, julio-diciembre 2015.

¹³⁵ *Idem*.

possuem o privilégio de dispor das ferramentas necessárias para demandar perante o Poder Judiciário.

2.2.2 Em Busca de Legitimidade, Eficiência e Isonomia

Embora reste claro que a separação de poderes construiu um modelo de Estado que buscava suplantar o absolutismo monarca, historicamente alguns titulares do Poder Executivo instituíram governos ditatoriais, com diminuição ou supressão dos poderes legislativo e judiciário, como foram os casos, no Brasil, da Ditadura do Estado Novo de 1937 a 1946 e da Ditadura Militar de 1964 a 1985 ou, na Espanha, da Ditadura Franquista de 1936 a 1975.

Os Estados Democráticos de Direito, por oportuno, tem se consolidado na contemporaneidade, muito embora o flerte contínuo dos entes estatais com poderes absolutos segue sendo uma constante preocupação para a preservação da democracia.

Com a recente consolidação do pós-positivismo jurídico, após as contestações impostas ao modelo positivista, com o fim da Segunda Guerra Mundial e sua potencial base teórico-jurídica para as atrocidades do holocausto e os regimes ditatoriais ali depositos, as atenções dos democratas precisam se voltar para o Poder Judiciário.

O também chamado neoconstitucionalismo está alicerçado em quatro aspectos, no fundamento normativo que implica na passagem da primazia da regra para a dos princípios; no fundamento metodológico que suplanta a subsunção pela ponderação; no fundamento axiológico que troca a justiça geral pela justiça particular; e no fundamento organizacional, culminando com a passagem do protagonismo dos Poderes Legislativo ou Executivo para o Poder Judiciário.¹³⁶

Regras são espécies normativas que possuem “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”¹³⁷. Já

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 33.

os princípios são espécies normativas que “contém relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”¹³⁸. Os princípios deixaram de ser meros elementos interpretativos/integrativos do sistema jurídico e passaram a ser considerados espécies normativas, dotados, portanto, de aplicação direta.

A teoria dos princípios passou da especulação metafísica e abstrata para a seara do concreto e positivo, com a saída da ordem jusprivatista, ou seja, sua antiga inserção nos códigos, para a órbita juspublicística, isto é, seu ingresso nas Constituições. Assim, operou-se a proclamação da normatividade principiológica. Tem-se, hoje, regras e princípios como espécies do mesmo gênero norma, apesar da natureza programática dos últimos. Os princípios passaram a se comportar como verdadeiras regras de aplicação, fato nuclear do chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo jurídico.¹³⁹

Logo, a atuação jurisdicional seguirá utilizando as regras, porém lidas sob a óptica dos princípios constitucionais. As regras continuam possuindo sua função importante no ordenamento: “a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos”¹⁴⁰.

Assim, na atividade jurisdicional, as regras constitucionais serão aplicadas diretamente pelo julgador. As regras infraconstitucionais, por outro lado, dependerão de análise prévia de sua adequação aos princípios constitucionais, que poderão agir no seu bloqueio, integração e/ou interpretação. Há ainda quem defenda a extrema possibilidade de princípios constitucionais afastarem a aplicação de regras constitucionais ou ainda restringirem ou ampliarem o seu escopo de aplicação por interpretação teleológica.¹⁴¹

A aplicação da espécie normativa regra, obedece, na atividade jurisdicional, ao mecanismo de subsunção: O juiz identificará os fatos e enquadrará os mesmos à hipótese descrita na regra. “A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo

¹³⁸ Idem, p. 34.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 4.

¹⁴¹ Idem.

ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer”¹⁴².

Por sua vez, a utilização de princípios ocorre, na atividade jurisdicional, por meio da ponderação: O julgador identificará os princípios aplicáveis e atribuirá pesos aos mesmos diante das peculiaridades do caso concreto: “Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato, podendo haver coexistência, em algum grau, de ambos”¹⁴³.

A subsunção trabalha com generalização do caso concreto, através de seu enquadramento a uma regra geral previamente estabelecida, em um contexto de chamada justiça geral. A justiça geral é, portanto, um modelo baseado em normas prévias, gerais e abstratas. Por sua vez, a ponderação exige a análise dos princípios colidentes diante do caso concreto. Assim, da utilização da ponderação decorre o advento de uma justiça particular, aquela estabelecida como norma específica, individual e concreta, aplicável àquele caso específico.¹⁴⁴

Em um modelo de predomínio das regras conduz à preponderância do Poder formulador da legislação, isto é, do Poder Legislativo ou, em determinados casos, do Poder Executivo, em sua atuação normatizadora. Por outro lado, a adoção de princípios, por ponderação e conseqüente primazia da justiça particular, conduz a uma primazia do Poder Judiciário, como construtor da norma específica aplicável ao caso concreto.

A adoção desse construto teórico no Brasil tem levado a uma expansão desmedida da intervenção judicial e a exageros hermenêuticos aptos a produzirem uma verdadeira afronta à separação dos poderes, além de trazer ineficiência e impor tratamentos anti-isonômicos, identificados inclusive pela doutrina portuguesa:

No Brasil, a Constituição (1988) estabelece direitos econômicos, sociais e culturais, em especial nos artigos 5º, 6º, 8º, 11º, 205º e 214º, os quais desenvolve com altíssimo nível de detalhe. É ainda possível vislumbrar-se a quimera da “constituição dirigente”, o que talvez justifique o forte ativismo judicial que se tem verificado neste Estado.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 34.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Curioso é também verificar que: (i) os direitos sociais e os direitos de liberdade resultam consagrados no Título II, sem distinções; (ii) a cláusula da aplicabilidade direta, no Brasil, se estende a todos os direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, § 1, da Constituição brasileira. (...) Assim, a maioria da doutrina e da jurisprudência advoga a unidade dogmática entre todos os direitos fundamentais, que possuem idêntico valor e estão submetidos ao mesmo regime jurídico. À semelhança da Constituição portuguesa, porém, as normas consagradoras de direitos fundamentais têm tipologias diversas, podendo ser de cariz precativo ou programático. Não obstante, uma parte considerável da doutrina brasileira, numa interpretação latíssima, entende que todas as normas de direitos sociais irradiam para as relações privadas e consagram genuínos direitos subjetivos a prestações. Não surpreenderá, por conseguinte, que o Brasil seja exemplo de forte ativismo judicial em matéria de direitos sociais, em especial os direitos à saúde, à educação, à assistência social, tutela ambiental, entre outros. (...) Não obstante, a efetivação dos direitos sociais é “temperada” pelo princípio da realização progressiva, segundo uma noção de “reserva de viabilidade” (viability reservation; reserva do possível), que não descarta o contexto económico, político e social existente. (...) Por tais razões, começam a surgir vozes que alertam para o perigo de um “messianismo” ou “emotividade” do poder judicial, em violação da separação de poderes constitucionalmente estabelecida.¹⁴⁵

A absurda realidade brasileira de populismo judicial e intervenção desmedida nas atribuições dos poderes legislativo e executivo está cada vez mais cristalina. Em recente participação no IX Fórum Jurídico em Lisboa, o Ministro José Antonio Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, afirmou que: “Eu entendo sinceramente que, na prática, nós já temos, no Brasil, um sistema semipresidencialista, com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁴⁶.

O controle judicial para ser considerado democrático deve abranger a análise de três importantes facetas: o procedimento, o contraditório e a investidura¹⁴⁷. Quando analisamos tais elementos sob o enfoque das decisões judiciais que intervêm na formulação e execução de políticas públicas de saúde, percebemos que há afronta aos três elementos.

¹⁴⁵ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 186-188.

¹⁴⁶ IDP. IX Fórum Jurídico Brasileiro – 16/11 – Auditório. Youtube, 16 nov. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=sXso93sW7c4>>. Acesso em 30 nov. 2021.

¹⁴⁷ FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBEC. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, janeiro/abril 2015, p. 893-914.

No que tange ao procedimento e ao contraditório, há contínuo desrespeito aos mesmos quando os magistrados tomam decisões provisórias, sem a oitiva do Poder Público e sem que haja a presença de direito líquido e certo, em clara afronta à legislação¹⁴⁸.

De igual modo, referida atuação traz grande ineficiência na alocação de recursos por coerção judicial provisória e sem contraditório, culminando com sequestro das contas públicas para custeio de medicamentos e procedimentos médico-hospitalares, em igual arrepio à lei, por ausência de procedimento licitatório, e à constituição, pela inobservância do rito de cumprimento de sentença contra o poder público por meio de precatórios ou requisições de pequeno valor.

Outrossim, nas decisões liminares em matéria de saúde, tendo em vista sua inerente característica de tutela de urgência extremada pura, o seu pressuposto de validade é semântico-situacional, arraigado de discricionariedade e sustentação substancial por autovalidação. Portanto, sem possibilidade de um raciocínio sistêmico e axiomático, imbuído de vinculatividade e adequação formal por heterovalidação, incumbe ao magistrado analisar de forma holística o perigo de dano, ou seja, de maneira contextualizada, sob pena de construir uma decisão deveras personalizada.¹⁴⁹

Essa análise ampla, passa, portanto, pelo impacto da decisão judicial sobre a preservação geral das contas públicas e das cadeias de proteção social construídas a partir das escolhas alocativas dos poderes legislativo e executivo:

Entretanto, algumas decisões judiciais não têm respeitado as escolhas feitas pelo Legislativo e pelo Executivo e, substituindo aos demais poderes, alguns juízes e tribunais procedem a outras escolhas, utilizando-se de preceitos isolados da Constituição e não tendo o conhecimento dos recursos disponíveis para tanto. As referidas decisões, além de violarem a separação de funções, estabelecida na Constituição, estimulam a judicialização e podem comprometer a sustentabilidade do sistema protetivo, haja vista seus efeitos econômicos, não apenas considerando o caso concreto, objeto da

¹⁴⁸ “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.” (BRASIL. Lei Nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em 05 dez. 2021).

¹⁴⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2011.

decisão, mas as repercussões que podem gerar, em razão da possibilidade de multiplicação de ações.¹⁵⁰

A multiplicidade de demandas, por sua vez, além de impactar a preservação das contas públicas, implica no atendimento dos pleitos por meio de ações individuais, que só resguardam direitos dos que, por privilégio, conseguem acesso ao Poder Judiciário, produzindo um tratamento anti-isonômico:

Ao reconhecer um direito que não existe no quadro do ordenamento jurídico, apesar de eventualmente ser ideal (no entender do magistrado), em uma ação individual, o juiz atua na criação de direitos para aquele demandante, com exclusão de todos os demais, ainda que em situações fáticas idênticas, em razão da eficácia da sentença atingir tão somente as partes, restando ferido o princípio da igualdade.¹⁵¹

Com isso, é possível vislumbrar que as ações individuais não são adequadas à efetivação do acesso à saúde, cuja concretização deve vir de políticas públicas gerais estabelecidas por gestores públicos detentores de legitimidade democrática ou, em não existindo essas políticas sociais, por meio da determinação de fixação de políticas gerais ou supressão de omissões legais, ordens estas impossíveis de serem tomadas por meio de demandas individuais.¹⁵²

Ademais, importa pontuar que a intervenção do Poder Judiciário é pautada pela ação concreta dos magistrados, cuja atuação impacta na harmonia entre os Poderes e na preservação das contas públicas. Isso ocorre pois, “na medida em que vem se fazendo um movimento no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos”¹⁵³, os magistrados brasileiros adotam uma postura de disposição “a sacrificar a previsibilidade e a imparcialidade das decisões judiciais em favor da

¹⁵⁰ PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. *Católica Law Review*, v.3, n. 1, jan. 2019, Universidade Católica do Porto, Porto, p. 167.

¹⁵¹ PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. “Criação do direito” e “criação de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito* 5, no. 2 (2019), p. 78-92.

¹⁵² PIERDONÁ, Zélia Luiza. O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, São Paulo, nov. 2009. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdf>. Acesso em 08 dez. 2021.

¹⁵³ FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, jan-jun 2012, p. 150.

‘justiça social’, tornando este um grande problema do ponto de vista econômico ao contribuir para o aumento dos custos judiciais”¹⁵⁴.

Além disso, os juízes tendem a simplificar questões complexas e, em alguns casos, o fenômeno da simplificação é tão acentuado que produz distorções na avaliação da realidade e, por conseguinte, produz decisões equivocadas. Tal fenômeno é ainda mais preocupante sob a égide do neoconstitucionalismo, doutrina jurídica condutora de substituição do legislador pelo julgador e sua subjetividade.¹⁵⁵ Exemplo disso está na postura de olvidar os amplos impactos econômicos de suas decisões em matéria de saúde, para olhar apenas a mera decisão individual de apoio a um paciente posto sob sua análise “salvadora” e seu poder “messiânico”.

Mesmo nas ações que são patrocinadas pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público não é possível verificar o atendimento aos requisitos de eficiência e isonomia. Na maioria das ações patrocinadas por defensores públicos no Estado de São Paulo, as demandas mais recorrentes são as de fornecimento de medicamentos, principalmente para diabetes, e insumos, como fraldas geriátricas, exclusivamente para determinados pacientes.¹⁵⁶

Embora sejam pleitos justos, esse modelo não promove as mudanças estruturais necessárias para atender a maioria da população carente, padrão para uma política pública eficiente e igualitária, socorrendo apenas as pessoas com maiores conhecimentos e informações que buscaram o apoio da defensoria e tiveram a possibilidade de serem atendidos, diferente de outra grande parte da população, como verificamos anteriormente.

No caso do Ministério Público, instituição onde as ações coletivas poderiam encontrar mais espaço e promover eficazes mudanças nas políticas públicas gerais, igualmente não há um tratamento eficaz e isonômico para a questão, pois as demandas têm focado em promover cuidados de média e alta complexidade em áreas já bem atendidas pela saúde básica e esquecido da promoção de implementação da atenção básica em regiões de grande carência por cuidados elementares. Os dados

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ MAGALHÃES, Lincoln Mattos; LEITÃO, André Studart; GUTIERREZ, Daniel Mota. A falibilidade das decisões judiciais sob o enfoque dos enviesamentos comportamentais cognitivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, p. 285-305, 2020.

¹⁵⁶ WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo. *SUR – International Journal on Human Rights*, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 159-179.

nos mostram que apenas 14% (catorze por cento) das ações em matéria de saúde patrocinadas pelo órgão em São Paulo atendem a distritos sanitários com as maiores carências em saúde, fato que adensa as desigualdades de atendimento e afronta o postulado da implementação progressiva dos direitos sociais.¹⁵⁷

Tudo isso ocorre sem que haja legitimidade democrática, com produção de ineficiência na alocação de recursos públicos por coerção judicial e com tratamento anti-isonômico entre os cidadãos jurisdicionados. Tal fato restará notório quando da análise do panorama da judicialização da saúde no Brasil, problema que clama por solução pautada em um novo paradigma de tomada de decisão judicial em matéria de acesso à saúde pública, que implemente um modelo garantidor de eficiência e isonomia, bem como respeite a legitimidade democrática dos poderes Executivo e Legislativo na formulação e execução de políticas públicas de saúde.

2.2.3 Panorama da Judicialização da Saúde no Brasil

Construir um panorama da judicialização da saúde no Brasil é importante instrumento para que tenhamos a dimensão exata do problema aqui exposto e dos seus impactos. Para tanto, utilizaremos dados empíricos colhidos de duas fontes indiretas, o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, exporemos informações obtidas por documentação direta mediante questionamentos enviados a todos os Tribunais de Justiça, Regionais Federal e Superior Tribunal de Justiça brasileiros: “Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?”.

No âmbito da corte de contas federal, há acórdão¹⁵⁸ com natureza de relatório de levantamento sobre a saúde pública no Brasil. O tema da judicialização da saúde foi enfrentando com dados relacionados à União Federal e ao Estado de São Paulo,

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/2020. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22>>. Acesso em 30 out. 2021.

sob o panorama do volume de gastos para atender às decisões judiciais e os custos indiretos da administração pública com a estrutura judicial.

A Corte de Contas aponta que o tema da judicialização é um dos maiores desafios para a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde brasileiro, gerando desorganização no planejamento orçamentário e financeiro para a União, para os Estados e para os Municípios.

Os custos com demandas e depósitos judiciais para aquisição de insumos estratégicos para saúde entre os anos de 2014 e 2018 perfazem 5,3 bilhões de reais ou 12,20% dos gastos com aquisições regulares, conforme se pode observar de tabela constante do referido acórdão:

Tabela 1: Gastos do Ministérios da Saúde com Demandas Judiciais (em R\$ milhões)

Ano	Aquisições Regulares (R\$ milhões)	Demandas Judiciais (R\$ milhões)	Depósitos Judiciais (R\$ milhões)	Demandas Judiciais + Depósitos Judiciais (R\$ milhões)	Demandas Judiciais + Depósitos Judiciais / Aquisições Regulares (%)
2014	4.867,38	703,44	141,92	845,36	17,37 (%)
2015	7.702,52	618,47	142,72	761,19	9,88 (%)
2016	9.667,59	1.252,21	72,11	1.324,32	13,70 (%)
2017	9.733,63	979,00	48,76	1.027,77	10,56 (%)
2018	11.541,02	1.316,47	33,00	1.349,48	11,69 (%)
Total	43.512,16	4.869,61	438,53	5.308,14	12,20 (%)

Fonte: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/2020. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22>>. Acesso em 30 out. 2021.

Há ainda custos envolvendo a gestão das demandas, incluindo o órgão do Ministério da Saúde que atua diretamente nos casos, a Coordenação-Geral de Gestão de Demandas Judiciais em Saúde (CGJUD), cuja estrutura anual custa 3,24 milhões de reais aos cofres públicos e, principalmente, os dispêndios orçamentários produzidos pela dispensa de licitação e pelos custos de instrução dos processos, seja para patrocinar a defesa da União, seja para manter a estrutura do Poder Judiciário.

Com relação ao Estado de São Paulo, entre 2016 e 2018 ocorreu uma redução nos gastos com demanda judicial de 1,09 bilhão de reais ou 5,18% dos gastos

totais com saúde para 700 milhões de reais ou 3,04% dos gastos totais com saúde. Por outro lado, mesmo em 2018, o volume de demandas, de 13.324; os gastos com aquisição de medicamentos pela via judicial, de 369 milhões de reais ou 31,26% dos gastos totais com tais aquisições; e os gastos administrativos para gestão da judicialização, de 937 milhões de reais, permanecem alarmantes.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, como integrante da série Justiça Pesquisa, promovida pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), encomendou importante levantamento¹⁵⁹ realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, sobre a judicialização da saúde no Brasil, com importantes dados acerca do perfil das demandas e suas causas.

Inicialmente, o documento aponta as dificuldades encontradas na consecução da pesquisa, tais como ausência de uniformidade nos portais dos Tribunais, sentenças e acórdãos, dificuldade na extração dos dados, impossibilidade de acesso a sentenças ou acórdãos, ou mesmo completa omissão no fornecimento de dados por alguns órgãos do Poder Judiciário.

Considerando as 17 justiças estaduais em que foram possíveis a obtenção de dados na primeira instância, foram identificados 498.715 processos versando sobre saúde. Já nas 15 justiças estaduais de segunda instância em que se obtiveram dados, existiam 277.411 processos. Tais demandas foram ajuizadas entre 2008 e 2017 e tiveram um crescimento anual de 130%, contra um aumento total de 50% no total de demandas gerais ajuizadas no país, o que demonstra o adensamento da judicialização da saúde.

Outros achados merecem destaque na pesquisa. As decisões são tomadas e beneficiam isoladamente os seus autores, vez que restou constatado o ínfimo volume de ações coletivas, correspondentes a apenas 2,3% das demandas. Soma-se a isso o fato da participação pequena de defensores públicos, além de poucas referências à insuficiência de renda dos autores das ações.

Outrossim, as decisões são tomadas sem fundamento técnico nos pareceres de órgãos específicos, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC), citadas em apenas 0,51% das decisões; o Núcleo de Apoio

¹⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019.

Técnico do Poder Judiciário (NAT), citado em apenas 0,29% das decisões; ou outros protocolos de órgãos técnicos como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), citados em 5,83% das decisões.

Por fim, nossos achados através de documentação direta traduzem uma enorme confluência entre todas as constatações já expostas pela documentação indireta. Como dito, os Tribunais foram instados a responder, além de outras questões a serem apresentadas no último capítulo, ao seguinte questionamento: “Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?” Apresentamos as respostas recebidas na tabela a seguir:

Tabela 2: Respostas dos Tribunais acerca do volume de processos em tramitação sobre acesso à saúde pública e/ou suplementar

TRIBUNAL	RESPOSTAS
TJ-AC	Informa que não há controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.
TJ-AL	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-AM	Executa o monitoramento pelo Sistema de Automação Judicial – SAJ e PROJUDI, apresentou dados sem distinção de instância, com total de 394 processos em tramitação sobre saúde, sendo 189 em saúde pública.
TJ-AP	O controle é realizado através da pesquisa e localização no Sistema Interno do Tribunal – TUCUJURIS, sem apresentação de dados de volume de processos e sem detalhamentos quanto ao acesso.
TJ-BA	Não enviou resposta à solicitação; o protocolo fornecido por e-mail quando consultado no sítio do tribunal tem como objeto pedido distinto do formulado; o e-mail da ouvidoria está inacessível.
TJ-CE	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-DF	O controle é feito pelo sistema de Processo Judicial Eletrônico – PJE e tratados pelo Núcleo de Estatísticas – NUEST, apresenta dados da primeira instância, com 1.410 processos sobre saúde pública e 49 sobre saúde suplementar.
TJ-ES	Informa que não dispõe de controle interno de processos judiciais que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.

TJ-GO	Segundo o painel “Processos Pendentes de Saúde”, teria 8.507 processos com o tema “saúde” (36,25% em Segundo Grau e 63,75% em Primeiro Grau), dos quais, segundo segmentação de tabela de assuntos do CNJ, 3.204 seriam referentes à saúde suplementar. Ressalta que os números podem ser considerados mitigados, tendo em vista que em muitos casos há a incorreta inclusão do tema pelas partes quando da protocolização.
TJ-MA	Informa que tendo em vista a dificuldade enfrentada pela pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, o controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar ainda se encontra em desenvolvimento.
TJ-MG	Entende que nada há a prover, no âmbito administrativo, quanto ao pedido de informações.
TJ-MS	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-MT	Informou que ainda não existem indicadores construídos que reflitam os quantitativos de processos.
TJ-PA	Informa que existe uma ferramenta de <i>Power BI</i> denominada Mapa da Judicialização da Saúde com monitoramento completo dos processos sobre o tema. Os dados foram fornecidos pelo Departamento de Planejamento, Gestão e Estatística, sem distinção entre saúde pública e suplementar, havendo 3.919 processos no acervo de primeiro grau e 410 processos no acervo de segundo grau.
TJ-PB	Informa que possui um painel interno de controle dos processos de Saúde, sem qualquer detalhamento de funções, fornecimento de dados ou acesso.
TJ-PE	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-PI	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-PR	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-RJ	Informa que o órgão responsável é o DGJUR-DEIGE, que fornece regularmente informações estatísticas para publicação na área relativa ao Comitê Estadual de Saúde, havendo catalogados atualmente 42.985 processos sobre saúde pública em tramitação no acervo geral. Como o monitoramento é realizado nas varas e juizados da fazenda pública, não há dados sobre saúde suplementar compilados.
TJ-RN	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-RO	Informa que não há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.

TJ-RR	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-RS	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-SC	Informa que não há um monitoramento uniformizado, porém que é possível realizar tal controle usando os filtros da tabela processual unificada do CNJ. Utilizando tal mecanismo, aponta a existência, em primeira instância, de 14.614 processos sobre saúde pública e 3.817 sobre saúde suplementar; já em segunda instância, 1.340 processos sobre saúde pública e 1.198 sobre saúde suplementar.
TJ-SE	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-SP	Apresenta respostas aos demais questionamentos, porém sem abordar o quesito sobre volume de processos em tramitação nos temas de acesso à saúde pública e/ou suplementar.
TJ-TO	Não houve resposta ao pedido de informação.
TRF1	Encaminha dados divididos por temas e sem filtros entre primeira e segunda instância, com um total de 2313 processos em tramitação.
TRF2	Informa que não há ainda um controle interno permanente específico das demandas de saúde pública.
TRF3	Informa, com o fito de efetuar uma das etapas de plano de ação para cumprimento da Meta 9 do Conselho Nacional de Justiça, que foi criado um Painel estatístico, contendo <i>Power BI</i> com dados de feitos relacionados à Saúde (LIODS - Direito da Saúde e Execução Fiscal). Os dados presentes na ferramenta contabilizam 3.741 ações sobre saúde.
TRF4	Encaminha dados compilados em planilha que apontam a existência de 5.776 processos sobre saúde pública e 134 sobre saúde suplementar em tramitação no primeiro grau; e 3.648 processos sobre saúde pública e 46 processos sobre saúde suplementar no segundo grau.
TRF5	Encaminha dados compilados obtidos no BI/TRF5, Painel Relatório de Inspeção - 2º Grau, 1º Grau, JEF e TR, acesso em 14/12/2021, efetuado com o filtro nos assuntos saúde pública e saúde suplementar dispostas na Tabela Processual Unificada, apontando a existência de 1.428 processos no primeiro grau e 633 processos no segundo grau.
STJ	Encaminha resposta apontando que haveria planilha anexa com informações que são relativas ao questionamento sobre o volume de processos em tramitação, sem apresentar tal anexo.

Fonte: Elaboração própria

Importa salientar que, na pesquisa direta junto aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça do Brasil, encontramos óbices semelhantes aos verificados pelos próprios Tribunal de Contas da União e Conselho Nacional de Justiça, apontados nos levantamentos de dados expostos anteriormente.

Tal situação demonstra a preocupante ineficiência administrativa da maioria dos órgãos do Poder Judiciário em promover o básico: a ordenação e catalogação das demandas envolvendo acesso à saúde, com acesso simples e direto. Sem sequer ter capacidade para gerir o mais elementar, não há como defendermos que tal braço estatal possa intervir de forma desmedida e pautar políticas públicas tão complexas como as de saúde.

Em virtude disso, no capítulo final aprofundaremos este panorama pelo estudo das visões, estratégias e decisões dos órgãos do Poder Judiciário, para propor um novo paradigma de intervenção judicial em políticas públicas de saúde. Antes, buscaremos compreender se um país que possui redes de proteção social construídas de forma mais densa, no contexto do Estado de bem-estar social europeu, como a Espanha, precisa lidar com intervenções judiciais na formulação e execução de políticas públicas para, ao cabo, analisar como os Poderes estatais espanhóis se comportam diante da judicialização da saúde.

3 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ACESSO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA ESPANHA

Anteriormente, analisamos o construto para montagem do atual modelo de saúde pública brasileira, bem como todos os impactos vivenciados pela judicialização da saúde. Efetivar direitos sociais, isto é, levar o prometido nos textos constitucionais e legais para o dia a dia dos cidadãos é um processo arraigado de historicidade e implementação progressiva, vez que dependente de financiamento advindo das receitas públicas.

O continente europeu, em especial a Europa Ocidental, é constantemente lembrado como modelo de construção de um Estado de bem-estar social, garantidor de uma gama de direitos sociais às suas populações, como é o caso dos seus sistemas de seguridade social, incluindo o direito à saúde pública.

Em virtude disso, buscaremos compreender como se deu a experiência espanhola na construção do direito à saúde, bem como de que forma a Europa Ocidental tem lidado com a preservação de um modelo de Estado de bem-estar social, mesmo diante de tempos de escassez econômica.

Por fim, será oportuno perceber se eventuais necessidades de redução das cadeias de proteção social desaguam em processos judiciais e como a Espanha lida com a judicialização do acesso à saúde, ou seja, em que medida o Estado espanhol aceita a intervenção judicial na formulação e execução de suas políticas públicas sanitárias.

3.1 Experiência Espanhola na Construção do Direito à Saúde

A trajetória espanhola na consecução de um direito à saúde encontra o seu auge com a Constituição Espanhola de 1978, que definiu o Estado espanhol como social e democrático de Direito. Diante disso, antes de 1978, as menções a um direito sanitário são bastante tímidas, verificadas na Constituição de 1812 e na Constituição de 1931, além da lei fundamental do regime ditatorial de Franco.¹⁶⁰

¹⁶⁰ EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-General for Parliamentary Research Services, González-Trevijano Sánchez, P. El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado: España. Oficina de Publicaciones, 2021.

A Constituição de Cádiz de 1812 é a primeira a fazer menção a um direito à saúde, quando inclui, dentre outros preceitos, a competência municipal para gerir a autoridade sanitária e cuidar dos hospitais, hospícios, asilos e outros estabelecimentos de caridade (artigo 321, 1º e 6º). Ainda assim, trata-se de um período de predomínio da caridade privada, que vai, paulatinamente, sendo substituída pela ação do poder público.¹⁶¹

Em 28 de novembro de 1855, a Lei de Saúde introduz a divisão entre saúde interior e exterior, além de estabelecer medidas para controle da saúde pública voltada às doenças infectocontagiosas, incluindo o dever de informar às autoridades municipais focos de enfermidades. Já em 1873, Instrução Geral de Saúde inicia o processo de coordenação entre ações públicas e de particulares, além de, em 1885, outra Instrução Geral de Saúde declara públicos os estabelecimentos de caridade privada que sejam sustentados pelos governos. Por sua vez, a Instrução Geral de Saúde de 1904 estrutura uma organização administrativa e de gestão da saúde pública mais ampla, incluindo Colégios Profissionais, Hospitais, Institutos Oficiais, Juntas Municipais e Provinciais de Saúde.¹⁶²

A Constituição de 1931, por sua vez, adensa algumas previsões como fruto das reivindicações sociais do período entre guerras. Nela há menção expressa à competência exclusiva do Estado espanhol para a execução direta da defesa sanitária quando afete a interesses extrarregionais (artigo 14, 15ª); o dever do Estado espanhol construir a legislação sanitária e a possibilidade das regiões autônomas executarem as bases mínimas da política sanitária (artigo 15, 7ª); a obrigação do Estado prestar assistência aos enfermos e anciãos (artigo 43, parágrafo sexto).¹⁶³

No Regime Ditatorial de Franco, houve um reconhecimento expresso do direito à saúde como prestação estatal, com o dever do Estado espanhol garanti-lo expresso no documento que fazia funções de lei fundamental do regime, denominado Fuero de los Españoles de 1945 (artigo 28) e também como integrante da Lei de Princípios do Movimento Nacional (princípio XII).¹⁶⁴

¹⁶¹ PÉREZ, José Luis Monereo; INIESTA, Guillermo Rodríguez (Dir.). Tratado de derecho de la seguridad social. T. 1. Murcia: Ediciones Laborum, 2017.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-General for Parliamentary Research Services, González-Trevijano Sánchez, P. El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado: España. Oficina de Publicaciones, 2021.

¹⁶⁴ Idem.

Há a criação da Lei de Bases da Saúde Nacional de 25 de novembro de 1944, que atribui ao Estado a função de prover saúde pública, com a colaboração de corporações locais, entidades não governamentais e particulares; reforça os cuidados com a medicina preventiva; institui combates a patologias específicas; reorganiza a assistência materno-infantil e o corpo médico de saúde nacional.¹⁶⁵

Por sua vez, a Lei 193 de 28 de dezembro de 1963 institui as Bases da Seguridade Social e se torna o marco da construção de um sistema de assistência à saúde tendente à universalidade, embora dependente para tanto de atingimento do pleno emprego, já que vinculado à proteção dos trabalhadores, o que impõe imediatas carências e problemas para uma efetiva universalização.¹⁶⁶

Nesse período a Espanha conviveu com um modelo de seguro obrigatório de enfermidades para todos os trabalhadores assalariados e seus familiares, que, além de contar com aportes governamentais, tinha custeio dividido entre empregado e empregador, que efetuava o pagamento da parcela e descontava do funcionário sua parte equivalente. O seguro garantia assistência médica geral e especializada, assistência farmacêutica e prestação econômica de 50% a 100% da renda do trabalhador incapacitado de exercer regularmente suas funções pelo problema de saúde por período superior a sete dias.

O modelo securitário será substituído pela visão de enxergar a saúde como direito social de todos os cidadãos, consagrado pela Constituição de 1978 e pelo atual Sistema Nacional de Saúde da Espanha.¹⁶⁷ Com a exposição dos passos dados pelo Estado europeu para a construção do seu sistema de saúde, além das demais influências europeias, cumpre ainda detalhar o funcionamento do atual Sistema Nacional de Saúde da Espanha.

No entanto, antes de tratar do atual modelo de saúde espanhol, investigaremos, de maneira mais ampla, como os Estados europeus têm se comportado para manutenção dos seus históricos paradigmas de bem-estar social, isto é, qual é o panorama dos direitos sociais na Europa Ocidental em tempos de

¹⁶⁵ BEJARANO, Macarena Hernández. La ordenación sanitaria en España. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

escassez financeira e a evolução da proteção à saúde em outros países relevantes da União Europeia e do Reino Unido.

3.1.1 A Construção do Estado de Bem-Estar Social e o Panorama dos Direitos Sociais na Europa Ocidental em Tempos de Crise

A teoria liberal é produto do pensamento de diversos autores que ganharam relevância após o adensamento das relações comerciais que carregaram a prevalência de uma figura com cada vez mais relevo na sociedade, o mercado. A ideia liberal clássica valoriza e preserva os interesses privados por acreditar que são eles que conduzem ao interesse coletivo:

Portanto, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade. As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar esta distribuição natural e muito vantajosa do capital.¹⁶⁸

Ocorre que a premissa que as leis de mercado seriam capazes de garantir o pleno funcionamento das sociedades começa a ser questionada em determinado momento histórico. Tal fato decorre da grande mudança social vivenciada no século XVIII, com o advento da Primeira Revolução Industrial e a consequente alteração da organização social. As indústrias trouxeram a possibilidade de produção de bens duráveis em larga escala, fazendo com que a divisão social passasse a viver a dicotomia entre os donos dos bens de produção, a ascendente burguesia, e os seus trabalhadores, o proletariado.

Em virtude disso, a luta dos trabalhadores por melhores condições laborais e de seguridade social é adensada, já que os ambientes de produção agregam esses grupos por meio do “chão de fábrica”. Sua melhor capacidade de coordenação, aliada às percepções de deficiências de mercado pela incapacidade de garantia de direitos sociais, faz eclodir ações reivindicatórias aptas a transformarem o próprio modelo de

¹⁶⁸ SMITH, Adam. A riqueza das nações. Trad. A. S. Lima. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 443.

Estado, pela força dessas lutas sociais e, ainda, pelas concessões das nações capitalistas temerárias com o avanço do socialismo no mundo.¹⁶⁹

Diante ainda da grave Crise de 1929, "imperfeições do liberalismo, associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado"¹⁷⁰. Logo, no próprio berço do capitalismo liberal, surgem teorias e programas que delimitarão a assunção dessas funções, como o "New Deal" nos Estados Unidos da América e as ideias do economista britânico John Maynard Keynes, para quem os interesses particulares podem se desviar e "produzir resultados diretamente opostos aos pretendidos"¹⁷¹. Vivemos, portanto, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social:

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo "constitucionalismo social" que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.¹⁷²

Surge um modelo de Estado que ficou conhecido como Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Esse paradigma, como dito, ganha grande força no continente europeu, trazendo para os textos das diversas novas Constituições dos Estados da Europa uma gama de direitos sociais, incluindo aqui os direitos relacionados à seguridade social, saúde, previdência e assistência. Ademais, com a formação e

¹⁶⁹ CECATO, Maria Aurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. In: *Prima Facie: Direito, História e Política* [Recurso eletrônico] / Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa: PPGCJ, v. 15, n. 29, maio/ago, p. 130-152. 2016.

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 20

¹⁷¹ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 313.

¹⁷² BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172 p. Tese (Livre Docência em Direito Econômico e Financeiro) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 11.

consolidação da União Europeia, o direito comunitário também passa a regular tais questões.

Especificamente dentro da seguridade social, o Direito Europeu se subdivide em direitos de harmonização, destinado aos Estados Membros com o objetivo de aproximar todas as legislações nacionais, e os direitos de coordenação, dedicados a resolver os conflitos entre leis em virtude da movimentação dos cidadãos como consequência da livre circulação de pessoas, garantindo proteção aos europeus fora do seu território nacional, de modo a não desencorajar o trânsito de pessoas pelo território europeu.¹⁷³ Referida harmonização pode ser verificada nas legislações dos principais países da comunidade europeia, muito embora:

De qualquer modo: grande ou pequena que seja a função positiva do estado (não só impedir mas também promover, não só proteger mas também exigir), a verdade é que já não basta mais a justiça comutativa (para retomar a distinção tradicional, sempre válida), que consiste em fazer corresponder ao bem (ou ao mal) realizado um bem (ou mal) igual e contrário com base no critério da igualdade aritmética. Para que uma sociedade qualquer permaneça reunida é preciso que se introduza também algum critério de justiça distributiva. Aqui, como todos sabem, começam as dificuldades. Distribuir: mas com qual critério? O debate atual sobre o estado social nasce da divergência de respostas a esta simples pergunta.¹⁷⁴

Em Portugal, a saúde é responsabilidade do Estado e dos indivíduos, em um modelo misto com iniciativas estatais, sociais e privadas. O Serviço Nacional de Saúde abrange as instituições e serviços de saúde vinculados e dependentes do Ministério da Saúde; os subsistemas de saúde públicos de apoio, com entidades públicas que desenvolvem ações de promoção, prevenção e tratamento de saúde; e as entidades privadas e profissionais liberais, que poderão atuar vinculados ou não ao Serviço Nacional de Saúde. Trata-se de um modelo de saúde descrito como universal, geral e tendente à gratuidade, embora admitindo coparticipação dos cidadãos no seu custeio.¹⁷⁵

O SNS português é composto, na atenção básica, das Unidades de Saúde Pública, órgão gerencial que atua como observatório da saúde populacional; das

¹⁷³ BUJ, Remedios Roqueta; ORTEGA, Jesus García (Dirs.). Derecho de la seguridad social. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004, p. 112.

¹⁷⁵ SOUSA, Paulino Artur Ferreira de. O sistema de saúde em Portugal: realizações e desafios. In: Acta Paulista de Enfermagem, 2009; v. 22 (Especial - 70 Anos), p. 884-894.

Unidades de Recursos Assistenciais Partilhados, que prestam serviços de administração dos serviços e encaminhamento à rede hospitalar; as Unidades de Saúde Familiar e de Cuidados de Saúde Personalizados, as quais atendem à população inscrita em determinada área geográfica com médicos generalistas e especialistas respectivamente; e as Unidades de Cuidados na Comunidade, com apoio psicológico e social domiciliar e comunitário, atendendo especialmente os grupos mais vulneráveis, população em situação de risco e com doenças que necessitem de acompanhamento mais direto.¹⁷⁶

Na França, o *Assurance Maladie* (AM) garante a cobertura de despesas e cuidados, tendo como princípios a igualdade de acesso, a qualidade dos cuidados e a solidariedade, com cobertura total ou parcial dos custos de serviços de saúde providos tanto pelo setor público como por agentes privados, exonerando ou reembolsando os custos. Em média, o Estado Francês assegura 70% dos valores para consultas e exames laboratoriais; 80% para atendimento hospitalar; 60% para óptica, órteses e próteses e 100% para medicamentos, com o restante sendo custeado por seguro complementar ou pagamento direto pelos cidadãos.¹⁷⁷

A cobertura complementar provém de alguns dispositivos distintos. No âmbito geral da *Protection Universelle Maladie* (PUMA) é garantido a todos os residentes legais o reembolso proporcional das despesas. Já por meio da *Couverture Maladie Universelle Complémentaire* (CMU-C), indivíduos com renda inferior a determinado patamar variável por renda familiar e lugar de domicílio tem afiliação gratuita a seguro complementar custeado pelo Estado. Ainda pela *Aide à l'Acquisition d'une Complémentaire Santé* (ACS), pessoas com até 35% acima do teto para integrarem o CMU-C possuem seguro parcial assumido pelo Estado. Por fim, o *Aide Médicale de l'État* possui serviços próprios que assumem os custos integrais da saúde de imigrantes em situação irregular. Ponto importante do sistema é que a cobertura total, sem exigência de copagamento e qualquer que seja a renda familiar, aplica-se aos tratamentos de doenças permanentes ou de longo prazo.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ CORDILHA, Ana Carolina; LAVINAS, Lena. Transformações dos sistemas de saúde na era da financeirização. Lições da França e do Brasil. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, 23(7), p. 2147-2158, 2018.

¹⁷⁸ Idem.

Na Alemanha, o *Gesetzliche Krankenversicherung* (GKV) é um sistema pautado pela solidariedade e baseado no modelo de seguro social. A assistência médica é concedida por meio de seguros sociais de saúde, chamadas de caixas de doença, de livre escolha pelos empregados. O seguro social de saúde é pago com valor percentual da renda dos trabalhadores, com contribuição paritária de empregado e empregador, sendo obrigatório para rendas inferiores a determinado patamar e abrange praticamente 90% da população. Os demais são atendidos pelos serviços privados ou seguros complementares.¹⁷⁹

A descentralização é marcante, existindo tanto para entes estatais federados como para entidades não-governamentais. A saúde é dividida em dois grandes setores, o ambulatorial, sob responsabilidade de médicos prestadores de serviços integrantes da Associação Nacional de Médicos das Caixas e consultórios integrantes do GKV, e o hospitalar, coordenado pelo Governo Central em parceria com os dezesseis Estados (*Bundesländer*). Além disso, o Ministério da Saúde atua exercendo o poder regulador no setor de saúde, incluindo a intensificação do estímulo à competição entre caixas de doença, maior ingresso de atores privados no sistema e instituição de coparticipação para equilibrar financeiramente o sistema.¹⁸⁰

Ainda que atualmente fora da União Europeia, a Inglaterra tem um sistema pautado pela universalidade, integralidade e gratuidade. O chamado *British National Health System* (NHS) surgiu inicialmente em 1948 centrado nas figuras dos *general practitioners* (GP's), médicos dedicados à atenção primária que serviam como porta de entrada obrigatória para o sistema de saúde. Há ainda os *NHS Walk-in Centres*, com atendimento de menor complexidade, complementar aos GP's; o *NHS Direct*, central telefônica vinte e quatro horas por dia, com direcionamento e informações por parte de enfermeiros; os *Care Trusts*, que vinculam a atenção à saúde com os cuidados de assistência social; os *Mental Health Trusts*, para tratamentos de saúde mental; os *NHS Trusts*, hospitais divididos em gerais, especializados e universitários; além de um serviço de transporte de pacientes chamado *Ambulance Trusts*.¹⁸¹

¹⁷⁹ STEGMÜLLER, Klaus. O agir econômico como motor da política de saúde na Alemanha: consequências para a prevenção e promoção da saúde. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, 14(3), p. 889-897, 2009.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ TANAKA, Oswaldo Yoshimi; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Reforma(s) e estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS. *Revista Saúde e Sociedade* v. 16, n. 1, p. 7-17, jan-abr 2007.

O sistema conta ainda com um serviço de redução de desigualdades regionais, com padronização de atendimento para todos os distritos, o *National Service Frameworks*; um instituto para produção e disseminação de protocolos clínicos padrões a serem cumpridos por todos os profissionais do NHS, o *National Institute for Clinical Excellence*; além de um instrumento para mitigar desigualdades das zonas com maior exclusão social, dando atenção especial apta a elevá-las ao mesmo patamar das demais regiões, o *Health Action Zones*.¹⁸²

Feitos os panoramas dos sistemas de saúde, importante mencionar que mesmo as cadeias de proteção dos portentosos Estados Europeus passaram em determinado momento recente por uma etapa de regressão. Resta notório que a evolução do Estado Social encontra seu auge na Europa Ocidental de meados do século XX, com um pujante “Estado-Prestador”. O final do século XX, no entanto, fez eclodir a constatação que o Estado que assumiu tantos encargos seria tomado pela incapacidade financeira e fiscal de promover, total ou parcialmente, o bem-estar social.¹⁸³

Logo, surge a percepção que o Estado não pode ser o único agente motor do progresso social, surgindo uma lógica de subsidiariedade social. Em tempo, o excesso de intervenção pública seguido de contextos de escassez financeiras e econômicas, trouxe a constatação que o Estado-Prestador expandiu sua atuação de tal maneira que o atendimento às necessidades coletivas de bem-estar foi levado a cabo apesar de serem ou não estritamente necessárias: Aquele Estado “apelidado de ‘Estado herói’ (heroischen Staates), que assumia a execução e promoção de tarefas hercúleas” vai passar “para um ‘Estado pós-herói’ menos interventivo, mas não menos empenhado”¹⁸⁴, pois:

Certamente a crítica ao Estado Fiscal é hoje um lugar comum. Do ponto de vista econômico, não parece ser o intervencionismo estatal a medida mais adequada para reativar a riqueza; e desde a perspectiva social, um estado paternalista não fomenta nada a longo prazo se não a passividade dos cidadãos. Parece, pois, que o Estado de bem-estar, degenerado em megaestado, em Estado Fiscal e, por último, em Estado Eleitoreiro, é hoje incapaz de encarnar na realidade social ao menos dois dos valores éticos que tem sido o estandarte da Modernidade: a igualdade e a liberdade. (...) O chamado Estado de

¹⁸² WHYNES, David K. Towards an Evidence-Based National Health Service?. *The Economic Journal*, V. 106, N. 439, p. 1702-1712, Nov. 1996.

¹⁸³ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

¹⁸⁴ Idem, p. 421.

Bem-Estar confundiu a proteção de direitos básicos com a satisfação de desejos infinitos, medidos em termos de maior bem-estar ao maior número. Mas confundir a justiça, que é um ideal da razão, com o bem-estar, que o é da imaginação, é um erro pelo que podemos acabar pagando um alto preço: esquecer que o bem-estar tem que ser custeado às expensas de cada um, enquanto a satisfação dos direitos básicos é uma responsabilidade social de justiça, que não pode ficar exclusivamente em mãos privadas, logo segue sendo indispensável um novo Estado Social de Direito – um Estado de Justiça, não de bem-estar – alérgico ao megaestado, alérgico ao eleitoreiro e consciente que deve estabelecer novas relações com a sociedade civil.¹⁸⁵

Não se advoga, portanto, o completo desmantelamento do Estado Social, mas sua transformação. Nessa seara, será interessante perceber de que maneira o Poder Judiciário tem atuado nos países que experimentaram o auge do modelo de Estado de Bem-Estar Social, em especial na Espanha, diante de um contexto de regressão na assunção dessas tarefas sociais pelos Estados.

Ressaltamos, por fim, que esse estudo comparativo acerca da gestão dos assuntos públicos na União Europeia contribui positivamente para o desenvolvimento da democracia e derivam de uma busca por resultados que permitam a interpretação, antecipação e adoção de políticas públicas em curso; o estabelecimento de mecanismos de controle para o aprimoramento de tais políticas; além de, finalmente, permitir a formulação de rápidas prescrições a serem adotadas pelos Estados Europeus, notadamente o Estado Espanhol, em comparação com o Estado Brasileiro.¹⁸⁶ Nesse norte, passaremos ao recorte específico de análise do atual Sistema Nacional de Saúde da Espanha, em uma análise comparativa com o modelo de Sistema Único de Saúde brasileiro.

3.1.2 O Sistema Nacional de Saúde da Espanha

Até a Constituição Espanhola de 1978 havia uma dicotomia entre saúde pública e assistência à saúde pelo sistema de seguridade social. Tal fato derivou de uma escolha política, incluindo a montagem do mencionado sistema de seguro saúde. Por outro lado, a bipartição não tinha razão técnica, tendo em vista que ambos os

¹⁸⁵ CORTINA, Adela. Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009, p. 71; 77, tradução nossa.

¹⁸⁶ JIMÉNEZ, Victoria Eugenia Plaza. La influencia de los lobbies en los poderes del Estado. 2020. Tese (Doutorado) – Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020.

sistemas acabavam por integrar um modelo de saúde majoritariamente financiado e gerido pelo Poder Público.¹⁸⁷

Por sua vez, a Constituição de 1978 passou a reconhecer expressamente em seus artigos 43 e 49 o direito de proteção à saúde como direito social inerente a todo cidadão espanhol, nos seguintes termos:

Artículo 43

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

Artículo 49

*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*¹⁸⁸

Por sua vez, a Lei 14, de 25 de abril de 1986, regulamenta a previsão constitucional no plano da legislação infraconstitucional, pretendendo unificar todas as cadeias públicas de proteção à saúde, integrando-as em um Sistema Nacional de Saúde, conforme dispõe o artigo 44, primeira parte: *“Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud”*, e segunda parte: *“El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley”*.¹⁸⁹

Como forma de melhor expor o atual modelo de saúde espanhol, entendemos ser útil ao norte investigativo deste trabalho sua apresentação relacionando-o ao Sistema Único de Saúde do Brasil, através do seguinte quadro comparativo:

¹⁸⁷ DÍAZ-CASTROVERDE, José M. Gómez y; LARRUGA, Javier Sanz (Dirs.); SANCHÉZ, Miguel Juane (Coord.). *Lecciones de derecho sanitario*. Corunha: Universidade da Coruña Servicio de Publicacións, 1999.

¹⁸⁸ ESPANHA. Constituição Española de 1978. Disponível em <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)>. Acesso em 03 jan. 2022.

¹⁸⁹ ESPANHA. Lei 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Disponível em <<https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>>. Acesso em 03 jan. 2022.

Tabela 3: Comparativo entre a saúde pública no Brasil e na Espanha

CRITÉRIO	BRASIL	ESPANHA
Marco legal	Artigo 196 da Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.	Artigo 43 da Constituição Espanhola de 1978; Lei nº 14, de 25 de abril de 1986.
Indicadores econômico-financeiros e de saúde	<p>Produto Interno Bruto de 1,44 trilhões de dólares em 2020;</p> <p>População de 212,55 milhões de habitantes em 2020;</p> <p>10% da população acima de 65 anos em 2020;</p> <p>Expectativa de vida ao nascer de 75,88 anos em 2019;</p> <p>Mortalidade infantil de 12 por mil nascidos vivos em 2019;</p> <p>Gastos totais com saúde de 848,39 dólares por pessoa em 2018;</p> <p>Gastos governamentais com saúde de 353,54 dólares por pessoa em 2018;</p> <p>Gastos com saúde pública de 3,96% do Produto Interno Bruto em 2018;</p>	<p>Produto Interno Bruto de 1,28 trilhões de dólares em 2020;</p> <p>População de 47,35 milhões de habitantes em 2020;</p> <p>20% da população acima de 65 anos em 2020;</p> <p>Expectativa de vida ao nascer de 83,58 anos em 2019;</p> <p>Mortalidade infantil de 3 por mil nascidos vivos em 2019;</p> <p>Gastos totais com saúde de 2.736,32 dólares por pessoa em 2018;</p> <p>Gastos governamentais com saúde de 1.926,46 dólares por pessoa em 2018;</p> <p>Gastos com saúde pública de 6,32% do Produto Interno Bruto em 2018;</p>

	<p>Gastos com saúde pública de 10,30% dos gastos gerais dos governos em 2018; 2,1 leitos de hospital por mil habitantes em 2017; 2,3 médicos por mil habitantes em 2019; 86% da população com acesso à água potável.</p>	<p>Gastos com saúde pública de 15,17% dos gastos gerais dos governos em 2018; 3,0 leitos de hospital por mil habitantes em 2018; 4,0 médicos por mil habitantes em 2018; 100% da população com acesso à água potável.</p>
Princípios do sistema	<p>Financiamento público, universalidade, atenção integral, gratuidade, descentralização, participação da comunidade, rede integrada ao sistema público de saúde.</p>	<p>Financiamento público, universalidade, atenção integral, gratuidade, descentralização, participação da comunidade, rede integrada ao sistema público de saúde.</p>
Modelo de gestão e estrutura	<p>O modelo de gestão do Sistema Único de Saúde é pautado pela descentralização das ações, com municipalização mais presente que na Espanha, embora com menos autonomia por parte dos Estados e Municípios. Há competências comuns às esferas de governos e outras específicas da União, dos Estados e dos</p>	<p>O modelo de gestão do Sistema Nacional de Saúde da Espanha tem forte descentralização, considerando o papel de protagonismo das 17 Comunidades Autônomas, que atuam com bastante autonomia na gestão e estruturação desses diversos subsistemas; porém as municipalidades não têm tarefas tão relevantes. O Estado Nacional fica com</p>

	<p>Municípios, conforme descritas na Lei nº. 8.080/1990: Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:</p> <p>I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;</p> <p>II - participar na formulação e na implementação das políticas:</p> <p>a) de controle das agressões ao meio ambiente;</p> <p>b) de saneamento básico;</p> <p>e</p> <p>c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;</p> <p>III - definir e coordenar os sistemas:</p> <p>a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;</p> <p>b) de rede de laboratórios de saúde pública;</p> <p>c) de vigilância epidemiológica; e</p> <p>d) vigilância sanitária;</p> <p>IV - participar da definição de normas e mecanismos</p>	<p>a coordenação geral, as políticas de saúde com relações internacionais e a legislação sobre fármacos, sendo das Comunidades Autônomas as funções de planejamento, ações de saúde pública e políticas de assistência à saúde. Para manter a coesão do Sistema, há articulação por meio de um Conselho de Saúde composto pelo Ministro da Saúde e por seus pares nas Comunidades Autônomas.</p>
--	--	--

	<p>de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;</p> <p>V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;</p> <p>VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;</p> <p>VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;</p> <p>VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;</p>	
--	---	--

	<p>IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;</p> <p>X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;</p> <p>XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;</p> <p>XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;</p> <p>XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios</p>	
--	--	--

	<p>para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;</p> <p>XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;</p> <p>XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;</p> <p>XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;</p> <p>XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;</p> <p>XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação</p>	
--	---	--

	<p>técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;</p> <p>XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995)</p> <p>§ 1º A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 14.141, de 2021)</p>	
--	--	--

	<p>§ 2º Em situações epidemiológicas que caracterizem emergência em saúde pública, poderá ser adotado procedimento simplificado para a remessa de patrimônio genético ao exterior, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 14.141, de 2021)</p> <p>§ 3º Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de que trata o § 2º deste artigo serão repartidos nos termos da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. (Incluído pela Lei nº 14.141, de 2021)</p> <p>Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:</p> <p>I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;.</p>	
--	---	--

	<p>II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);</p> <p>III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;</p> <p>IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:</p> <ul style="list-style-type: none">a) de vigilância epidemiológica;b) de vigilância sanitária;c) de alimentação e nutrição; ed) de saúde do trabalhador; <p>V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;</p> <p>VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;</p> <p>VII - participar das ações de controle e avaliação</p>	
--	---	--

	<p>das condições e dos ambientes de trabalho;</p> <p>VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;</p> <p>IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;</p> <p>X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;</p> <p>XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;</p> <p>XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade</p>	
--	--	--

	<p>para produtos e substâncias de consumo humano;</p> <p>XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;</p> <p>XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.</p> <p>Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:</p> <p>I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;</p> <p>II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;</p>	
--	--	--

	<p>III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;</p> <p>IV - executar serviços:</p> <p>a) de vigilância epidemiológica;</p> <p>b) vigilância sanitária;</p> <p>c) de alimentação e nutrição;</p> <p>d) de saneamento básico;</p> <p>e</p> <p>e) de saúde do trabalhador;</p> <p>V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;</p> <p>VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;</p>	
--	---	--

	<p>VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;</p> <p>VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;</p> <p>IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;</p> <p>X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;</p> <p>XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;</p> <p>XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.</p> <p>Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.</p>	
--	--	--

<p>Modelo de atenção básica</p>	<p>Focada nas chamadas Unidades Básicas de Saúde, que contam com equipe multidisciplinar, com médicos generalistas, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, auxiliar em saúde bucal ou técnico em saúde bucal, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde, entre outros profissionais em função da realidade epidemiológica, institucional e das necessidades de saúde da população local. Os médicos em geral não possuem especialização específica para atuar na atenção básica, os quais, via de regra, possuem outros vínculos com atuação em especialidade diversa ou são médicos generalistas em início de carreira ou cursando residência.</p>	<p>Focada nos chamados Centros de Saúde, que contam com equipe multidisciplinar, com médicos de família e pediatras, profissionais de enfermagem, fisioterapia, assistência social e administrativo, para atendimento descentralizado, de modo a estarem próximos geograficamente das comunidades atendidas. Os médicos possuem especialização para atuação na área da atenção básica, notadamente em medicina de família e comunidade ou medicina geral.</p>
<p>Modelo de atenção especializada</p>	<p>Há redes de assistência diagnóstica, terapêutica e</p>	<p>Há redes de assistência diagnóstica, terapêutica e</p>

	de reabilitação, ambulatorial e hospitalar, incluindo procedimentos de média e alta complexidade, com possibilidade de contratação pelo Poder Público na rede privada.	de reabilitação, ambulatorial e hospitalar, incluindo procedimentos de média e alta complexidade, com possibilidade de contratação pelo Poder Público na rede privada.
Modelo de atenção farmacêutica e de suprimentos médicos	Há disponibilização de medicamentos e insumos tidos como essenciais de forma integralmente gratuita, mediante prescrição médica, embora o processo de seleção, disponibilização, financiamento, suprimento, regulação e uso racional, dada a complexidade, volume de recursos e logística não ocorra a contento.	As prescrições realizadas durante internações ou atendimento ambulatorial são fornecidas sem ônus, enquanto as demais receitas contam com coparticipação dos usuários, salvo de alguns grupos com isenção de pagamentos; há ainda fornecimentos de órteses, próteses, transplantes, insumos para tratamento de infertilidade e planejamento familiar, custos de transporte de pacientes, produtos dietéticos, dentre outros.

Fonte: Elaboração própria, com dados de: BANCO MUNDIAL. Database of Health, Nutrition and Population (HNP) statistics. Disponível em <<https://data.worldbank.org/topic/health?locations=BR-ES>>. Acesso em 05 jan. 2022.

Feitas as exposições e comparações entre os dois modelos de sistemas de saúde da Espanha e do Brasil, compete investigar se o sistema espanhol padece, como o brasileiro, de uma intensa judicialização das políticas públicas de saúde, analisando se existem e como se dão as intervenções judiciais em matéria de saúde pública na Espanha.

3.2 Intervenções Judiciais em Direitos Sociais na Espanha

A atual Constituição da Espanha tem previsões bastante semelhantes às encontradas na Constituição do Brasil, em termos de sistema de saúde, como já visto, bem como em relação à justiciabilidade de direitos. O artigo 24.1 é bastante claro nesse sentido: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*¹⁹⁰

O juiz espanhol é igualmente visto como assegurador da democracia deliberativa; produtor de consenso e garantidor dos procedimentos de conciliação, mediação e pacificação social; assegurador de um processo integrador; garantidor do respeito ao princípio de freios e contrapesos; além de ser motor de transformação e evolução social.¹⁹¹

Apesar disso, o intenso fenômeno de judicialização da saúde pública não está presente no cotidiano do Estado espanhol, em cenário completamente diverso do que ocorre no Brasil. As posturas dos dois Poderes Judiciários serão analisadas em capítulo posterior, de modo a compreendermos como os magistrados têm se comportado e decidido casos concretos. Por ora, cumpre-nos investigar as bases teóricas que amparam este cenário na Espanha: os limites da reserva do possível, da separação dos Poderes e da natureza dos direitos sociais, constatações que se repetem em outros Estados europeus, dada a força dessas concepções na doutrina jurídica europeia.

As bases teóricas desse trabalho já trouxeram a Análise Econômica do Direito como norte para enxergar os direitos sob a óptica dos seus custos, vez que “direitos não nascem em árvores”. Outrossim, há muito a doutrina alemã já construíra a necessária acepção de uma reserva constitucional da capacidade real de prestação por parte do Estado, absorvida na jurisprudência pela noção de “reserva do possível

¹⁹⁰ ESPANHA. Constitución Española de 1978. Disponível em <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)>. Acesso em 30 jan. 2022.

¹⁹¹ TELLO, Pilar Jiménez; MALLOL, Manuel Ballbé. El juez como motor del cambio y de integración global. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana (Ed.). Cuestiones actuales del Derecho Público. Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies / Grupo de Investigación Derecho Público Global (UDC), p. 635-654, 2014.

ou do razoável”, em relação ao que os cidadãos poderiam exigir do Estado. Voltando-se o conceito para a sua inicial relação com os custos dos direitos, o olhar para as condições financeiras e orçamentárias do Estado faz nascer a “reserva do financeiramente possível”.¹⁹²

Compreende-se, no âmbito do Estado Social, a existência do limite constitucional da escassez de recursos. Diante disso, embora combatida pela utopia do populismo jurídico, a óbvia conclusão é que em situações de escassez e crise orçamentária, de natureza conjuntural ou estrutural, será inevitável “o reequilíbrio na alocação de recursos escassos, medida que pode reduzir o alcance ou o ritmo de implantação da proteção de alguns direitos sociais em favor da sustentabilidade do sistema de proteção social”¹⁹³.

Nesse diapasão, o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em diversas ocasiões¹⁹⁴, já se posicionou no sentido de que eventuais cadeias de proteção social podem ser revistas em virtude de problemas econômicos e financeiros. Para a Corte de Estrasburgo, não existem no direito europeu “restrições à liberdade de o Estado Contratante decidir consagrar ou não um esquema de segurança social, ou de escolher o tipo ou montante de benefícios a providenciar”¹⁹⁵. Além disso:

A este respeito, é usualmente atribuída ao Estado uma ampla margem de apreciação (...) quando em causa estão medidas de política económica ou social. Devido ao conhecimento direto da sua sociedade e das suas necessidades, as autoridades nacionais estão melhor posicionadas do que o juiz internacional para apreciar aquilo que será do interesse público em questões económicas ou sociais, e o Tribunal geralmente respeita a opção político-legislativa, a não ser que esta seja manifestamente desrazoável. Esta margem é ainda mais ampla

¹⁹² BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

¹⁹³ PIERDONÁ, Zélia Luiza, FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial. Revista Justiça Do Direito, 34(1), p. 57-75, 2020, p. 63.

¹⁹⁴ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, Queixas n. 62235/12 e 57725/12, 2a secção, 08.10.2013; Casos Skorkiewicz v. Polónia, n. 3960/98, 3a Secção, de 01.06.1999; Andrejeva v. Latvia, n. 55707/00, Grande Câmara, 18.02.2009; Carson e Outros v. Reino Unido, n. 42184/05, Grande Câmara, 16.03.2010; Kechko v. Ucrânia, n. 63134/00, 2a Secção, de 08.11.2005; Rasmussen v. Polónia, n. 388886, 4a Secção, de 28.07.2009; Panfile v. Roménia, n. 13902/11, 3a Secção, de 20.03.2012; Hutten-Czapska v. Polónia, n. 35014/97, Grande Câmara, 19.06.2006; Pentiacova e Outros 48 v. Moldávia, n. 14462/03, 4a Secção, 04.01.2005; Huc v. Roménia e Alemanha, n. 7269/05, 3a Secção, 01.12.2009; Koufaki e Adedy v. Grécia, n. 57665/12 e n. 57657/12, 1a Secção, 07.05.2013.

¹⁹⁵ CEDH *apud* BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p 466.

quando os assuntos envolvem uma avaliação das prioridades tais como a alocação de recursos limitados do Estado.¹⁹⁶

Notemos que o respeito da jurisdição comunitária pelas escolhas político-legislativas dos Estados Europeus caminha em conjunto com o primeiro importante elemento inibidor do intervencionismo judicial em matéria de formulação e execução de políticas públicas, em especial relacionadas ao direito social à saúde, isto é, a mencionada reserva do financeiramente possível.

Assim, temos um segundo fator relevante a manter hígdas as decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo, a saber, a valoração do princípio da separação dos poderes como impeditivo do avanço do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, funções estas típicas dos demais Poderes constituídos.

A jurisdição constitucional, em franca expansão, não pressupõe que o Poder Judiciário tem atribuições de colegislador, mas sim um papel de controle; a função de agir é reservada ao legislador, enquanto a de controlar que compete à jurisdição constitucional. Se o órgão judicante passa a exercer papéis tipicamente políticos, temos a usurpação da função política típicas dos Poderes Legislativo e Executivo; o Tribunal Constitucional é guardião da Constituição, não legislador constitucional em substituição.¹⁹⁷

Isso implica que a vinculação do juiz aos limites da separação dos Poderes implica na interpretação constitucional, não criação, da Lei; argumentação e fundamentação jurídicas, não políticas; resolução justa, mas nos limites das normas, o que implica em não “destronar o legislador”:

Uma teoria da interpretação que descansa em uma teoria constitucional adequada deve evitar essa ilegítima usurpação, que não seria só contrária à ordem constitucional como também à segurança jurídica. Essa teoria constitucional haverá de assegurar, do mesmo modo, que os valores constitucionais sejam interpretados de acordo com categorias jurídicas e não políticas. (...) É certo que o Tribunal Constitucional deve sopesar as consequências político-constitucionais das suas decisões, mas ele não tem por que tomar, necessariamente, uma decisão política, já que a teoria jurídica oferece outros meios (ponderação imparcial, o interesse mais fundamental, o princípio da maior convicção, os critérios de racionalidade e

¹⁹⁶ Idem, p. 466-467.

¹⁹⁷ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

razoabilidade etc.) para que a solução se adote de maneira que não quebre a certeza e a previsibilidade do decidir juridicamente.¹⁹⁸

Além disso, no específico tema da judicialização da saúde, o último elemento inibidor do intervencionismo judicial vincula-se a uma percepção que o Poder Judiciário não estaria autorizado a influir nas decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, em virtude da natureza jurídica dos direitos sociais: “a presença de direitos a prestações de nível constitucional pode levar a que uma crise económica conduza a uma crise constitucional”¹⁹⁹.

Na atual Constituição Espanhola, o constituinte optou por não atribuir à grande maioria dos direitos sociais, previstos no capítulo terceiro, características de direitos subjetivos a se beneficiarem de aplicação direta e imediata, deixando sua efetividade ser operacionalizada primordialmente pelo desenvolvimento legislativo, contendo, assim, a intervenção judicial na formulação e execução de políticas públicas:

*Artículo 53. (...) 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*²⁰⁰

Por sua vez, mesmo em nações europeias com previsões diversas da Espanha e mais próximas às da Constituição Brasileira, como é o caso de Portugal, não se admite interpretação usual na doutrina e jurisprudência brasileiras, no sentido de atribuir a todos os direitos sociais a característica inata de direitos subjetivos a prestações estatais diretas, imediatas e irrestritas.

Uma corrente mais contida irá defender que tais normas teriam caráter meramente programático, não possuindo eficácia e aplicação imediata. Por sua vez, mesmo para as correntes que advogam sua maior concretude, o entendimento muito dista do vivenciado na utópica realidade brasileira de compreensão que todas as normativas relacionadas aos direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos a prestações:

¹⁹⁸ ARAGON, Manuel. La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 6, n. 17, mai/ago, 1986, p. 85-136, p. 129, tradução nossa.

¹⁹⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa. V. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 44.

²⁰⁰ ESPANHA. Constitución Española de 1978. Disponível em <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)>. Acesso em 03 jan. 2022.

Uma grande parte da doutrina entende que os direitos sociais consagrados na Constituição portuguesa são “normas impositivas de legislação”. Não conferem, por conseguinte, direitos diretamente aplicáveis e sindicáveis judicialmente, apenas impondo ao legislador que tome as medidas necessárias para a promoção e proteção destes direitos. É de salientar que estes direitos sociais não conferem plena liberdade ao legislador, não lhe sendo admissível uma atitude de *non facere*. Esta classificação parece assentar na ideia de que os direitos sociais são mais do que meras normas programáticas (no sentido de meramente proclamatórias) e menos do que direitos subjetivos.²⁰¹

Além dessa postura intermediária majoritária entre a noção de meras normas programáticas e a de direitos subjetivos a prestações, o ápice será os categorizar “não apenas enquanto objectivos ou fins rectores de ação política”, mas também como “direitos fundamentais potencialmente subjetivos, e, logo, titulados por sujeitos concretos e dirigidos contra os poderes públicos vinculados, por definição, à observância das imposições constitucionais”²⁰², ainda, como dito, longe da latíssima interpretação vigente no Brasil.

Diante disso, percebemos que entender os direitos sociais como dependentes de recursos e limitados pela disponibilidade financeira, conduz à detida observância da separação dos poderes com atribuição das escolhas alocativas àqueles dotados de legitimidade democrática para tanto, além de trazer uma interpretação razoável à aplicabilidade imediata dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Esses elementos conduzem a uma atuação judicial completamente diversa da realidade brasileira e apontam para a necessidade de um novel desenho institucional do Poder Judiciário no Brasil, que dialogue com a postura adotada pelo Poder Judiciário na Espanha.

²⁰¹ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 150.

²⁰² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 29.

4 POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

Todas as análises e apontamentos realizados nos conduzem à conclusão que, para manter intacta a legitimidade democrática das escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo, há que se redesenhar o papel institucional do Poder Judiciário e repensar o seu comportamento interventor e dirigista, em especial no tema das políticas de saúde no Brasil.

A realidade brasileira de intensa Judicialização da Saúde ganhou contornos que ultrapassam qualquer limite razoável, isto é, de atuação para coibir excessos e corrigir omissões, tornando o Estado Juiz verdadeiro formulador e executor de políticas públicas, sem ter recebido um voto sequer que o autorize a promover tais atos de gestão do dinheiro público, nem estar sujeito ao controle social advindo das eleições periódicas.

A visão brasileira muito dista do vivenciado em casos postos sob análise do Poder Judiciário espanhol. Esse comparativo nos conduz à construção de um modelo de intervenção judicial em políticas públicas que limite o braço interventor do Judiciário brasileiro, superando o dirigismo institucional que aquele Poder impõe ao Brasil, para que a primazia das decisões alocativas de recursos públicos, em especial as relacionadas à formulação e execução de políticas públicas de saúde, retorne aos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal mudança institucional proposta será alcançada por meio do paradigma do minimalismo judicial e com a complementariedade, ao Estado Social, da caridade privada, entendidos como instrumentos de efetivação do acesso à saúde, sem usurpação democrática.

Passamos, então, a expor neste capítulo a resposta institucional dos Tribunais, confrontando a visão do Poder Judiciário Brasileiro com a do Poder Judiciário Espanhol. Na sequência, trataremos de apresentar um novo paradigma de decisão judicial, com a defesa de uma mudança institucional a superar o dirigismo e construir, pelo minimalismo judicial, um novo modelo de intervenção judicial em políticas públicas de saúde, que tenha como protagonistas os Poderes constituídos em base democrática, complementado pela sociedade civil organizada.

4.1 Análise da Resposta Institucional dos Tribunais

De modo a analisar empiricamente se o Poder Judiciário tem traçado estratégias e buscado refletir criticamente sobre o seu papel na formulação e execução de políticas públicas de saúde, buscamos levantar dados em todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal brasileiros e analisamos comparativamente com as atuações e intervenções do Poder Judiciário Espanhol em matéria de saúde.

Para tanto, obtivemos inicialmente as informações sobre o panorama da judicialização da saúde no Brasil e na Espanha, seja por documentação indireta e de forma mais geral no caso espanhol, seja de maneira mais detalhada, por documentação tanto indireta como direta, no caso brasileiro, cujos dados empíricos foram explicitados em análise de capítulos anteriores.

Por sua vez, apresentamos agora outros dados da pesquisa direta com os Tribunais Brasileiros, a saber, a visão crítica sobre esse panorama de intensa judicialização, bem como analisamos se foram traçadas estratégias para mitigar eventuais excessos institucionais, indagando se existe alguma política no âmbito dos Tribunais voltada especificamente para a Judicialização da Saúde.

Além disso, investigamos se há algum diálogo interinstitucional permanente entre cada órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde. Assim, os dados levantados serão expostos a seguir, divididos por Tribunal. Em seguida, faremos uma análise crítica das visões e estratégias expostas nas respostas aos questionamentos.

4.1.1 Visão e Estratégias do Poder Judiciário Brasileiro

Os Tribunais brasileiros foram instados a responder a outros dois importantes questionamentos, além do volume de processos em tramitação sobre acesso à saúde pública e/ou suplementar, apresentados em análise objeto de capítulo anterior, a saber: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os

Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Tabela 4: Respostas dos Tribunais acerca: 1- Da existência de política institucional para a Judicialização da Saúde; e 2- Da ocorrência de diálogo interinstitucional permanente com os demais Poderes constituídos.

TRIBUNAL	RESPOSTAS
TJ-AC	<p>1- Não há política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde;</p> <p>2- Há abertura para o diálogo interinstitucional entre os Poderes, especialmente com a Secretarias de Saúde, Estadual e Municipal, sempre que há necessidade, sem detalhar em que âmbito e com que frequência.</p>
TJ-AL	<p>Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.</p>
TJ-AM	<p>1- Existe o Comitê Estadual de Saúde do Amazonas – CES, instituído por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, sendo uma estrutura organizacional que compõe o Fórum Nacional da Saúde do CNJ, integrante do Comitê Executivo Nacional do CNJ, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade, a produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como, promover a integração dos entes envolvidos na assistência à saúde por meio do diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes às demandas de saúde, deliberar sobre o tema, propondo os encaminhamentos que julgar pertinentes, promovendo a solução dos conflitos judicializados de saúde e ações que visem a prevenção de judicialização da matéria, assim como, atuar no incentivo de boas práticas de prestação de atendimento eficiente à saúde prestado à sociedade, podendo ainda, mediar conciliações dos conflitos de saúde. O Comitê Estadual de Saúde do Amazonas possui em sua estrutura o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas – NATJUS-Am, setor instituído no âmbito de suas competências, por meio da Resolução 16/2018, de 29 de novembro de 2018, tendo a função de prestar informações técnicas aos Magistrados,</p>

baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, observando-se, na sua criação, o disposto no § 2º do art. 156 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, a fim de subsidiar as Decisões das demandas judicializadas de saúde pública.

- 2- Sim, o Comitê Estadual de Saúde do Amazonas, instituído no âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas, sendo órgão integrante do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas – NATJUS-AM. No âmbito Federal, Estadual, Municipal, por meio do Comitê Estadual de Saúde do Amazonas, instituído com a composição de membros de todos os entes citados, conforme cópia da portaria de composição o citado Comitê que segue anexa, e Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas NATJUS-AM, possuindo, este último, seu funcionamento por meio de Acordos de Cooperação Técnica 009/2018 – TJ e 010/2018 – TJ, firmados com a Prefeitura de Manaus, por meio da Secretaria Municipal de Saúde e com o Governo do Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Estado de Saúde, respectivamente. Dessa forma, as consultas às Secretarias de Saúde supracitadas por ocasião do acordo firmado, são realizadas diariamente, quando diante dos litígios em matéria de saúde que demandem manifestação técnica, a fim de subsidiar o Julgador nas Decisões pertinentes às demandas judicializadas de saúde pública, tendo até a presente data o total de 182 (cento e oitenta e duas) manifestações no transcorrer do corrente ano, sendo 162 (cento e sessenta e duas) Respostas Técnicas e 20 (vinte) Notas Técnicas, assim como, realização de diligências administrativas.

TJ-AP

- 1- Sim. Cumpre informar que existe uma política institucional no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá voltada especificamente para a Judicialização da Saúde executada pelo Comitê Estadual de Saúde e pelo Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário. Cabe ressaltar que o NATJUS funciona em parceria através de convênio celebrado entre o Tribunal de Justiça, Estado do Amapá e o Município de Macapá para a elaboração

de Notas Técnicas. O Comitê Estadual de Saúde e o Natjus - este regulamentado pela resolução 1111/2016 TJAP publicada no dia 13 de dezembro do ano de 2016, foram criados através da Resolução 107/2010 do CNJ que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, sendo alterada pela Resolução 238/2016 do CNJ que dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. E por último a Resolução 388/2021 do CNJ que dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ no 238/2016.

- 2- O diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde acontecem no âmbito do Comitê Estadual de Saúde, através de reuniões ordinárias que ocorrem mensalmente e havendo necessidade, em razão de urgência, são realizadas reuniões extraordinárias e ainda audiência de conciliação. Insta esclarecer, que desde a criação do Comitê no ano de 2017 até o momento, ocorreram 27 reuniões ordinárias e 41 reuniões extraordinárias - em função da pandemia, e também durante os meses de agosto e setembro de 2020 correram 4 reuniões de conciliação entre a Secretaria Estadual de Saúde e o Conselho Estadual de Saúde para tratar de assuntos administrativos. Os Entes que fazem parte do Comitê de acordo com o Art. 3º da resolução do CNJ 388/2021 e de forma voluntária são: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá / Justiça Federal / NATJUS / Ministério Público Estadual / Defensoria Pública do Estado / Procuradoria Geral do Estado / Secretária de Estado da Saúde / Secretaria Municipal de Saúde do Município de Macapá / Ministério da Saúde – SUS / Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA / Controladoria Geral do Estado / Conselho Estadual de Saúde – CES/ Ordem dos Advogados do Brasil – OAB / Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (PROCON) / Defensoria Pública da União- DPU / Ministério Público Federal- MPU / Ministério Público do Trabalho- MPT /

	<p>Procurador do Município – Macapá. E outras Representações são: Universidade Federal do Amapá – UNIFAP / Associação Médica Brasileira- AMB/AP / Associação de Pais e Amigos dos Autistas do Amapá / Federação do Comercio do Estado do Amapá / Bancada Federal do Estado do Amapá / Hospital São Camilo / Hospital UNIMED / Sindicato de Enfermagem e dos Trabalhadores da Saúde / Sindicato dos Trabalhadores do Comercio do Amapá / Assembléia Legislativa do Estado do Amapá / Conselho de Secretarias Municipais de Saúde / Conselho Regional de Medicina – CRM / Conselho Regional de Farmácia – CRF / Conselho Regional de Enfermagem – COREN.</p>
TJ-BA	<p>Não enviou resposta à solicitação; o protocolo fornecido por e-mail quando consultado no sítio do tribunal tem como objeto pedido distinto do formulado; o e-mail da ouvidoria está inacessível.</p>
TJ-CE	<p>Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.</p>
TJ-DF	<ol style="list-style-type: none"> 1- Publicação da Portaria GPR 1170 de 04 de junho de 2018, que instituiu, no âmbito do TJDFT, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS. Apesar de os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus já receberem processos judiciais da 1ª Instância pelo sistema do Processo Judicial Eletrônico - PJe, recentemente o Núcleo de Apoio à Gestão de Sistemas de 2ª Instância - NUAGE, em ação conjunta da Subsecretaria de Processo Judicial Eletrônico - SUPJe e da Coordenadoria de Gestão dos Sistemas de Segunda Instância - CGSIS, efetuou a expansão do NATJUS - Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário ao sistema PJe de 2º grau. Essa ação possibilitou às Secretarias dos Órgãos Julgadores da 2ª Instância o envio de processos que necessitavam de laudos relacionado à saúde via PJe. 2- Criação do Comitê Executivo de Saúde. As reuniões do Comitê tiveram início em 7 de abril de 2020, realizadas no ambiente virtual, inicialmente por intermédio da plataforma Zoom e, posteriormente, pela plataforma Teams, com periodicidade compreendida entre 10 a 20 dias e envolvendo os membros

TJ-ES

efetivos do Comitê, além de alguns convidados do sistema de saúde.

- 1- No âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, em atendimento ao referido regramento do e. CNJ, foi instituído, em 2011, o Núcleo de Assessoramento Técnica aos Magistrados (NAT) resultado de um convênio firmado com a Secretaria de Estado da Saúde, cujo objeto é prover os magistrados de subsídios técnicos que possam auxiliá-los no julgamento das demandas que tenham por objeto compelir o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames, diagnósticos, tratamentos médicos e insumos, cujo funcionamento encontra-se regulado pelo Ato Normativo TJES no 135/2011. Em suma, por meio deste instrumento, o Poder Judiciário Capixaba fornece o local físico onde o NAT funciona e a Secretaria de Estado da Saúde cede os servidores que prestação auxiliarão tecnicamente os magistrados.
- 2- A Resolução no 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça determinou que a criação de Comitês Estaduais de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada Estado. Com efeito, o Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde do CNJ é composto pelos membro indicados pelo Ato Normativo TJES no 097/2020 (atualizado pelo Ato Normativo TJES no 004/2021). Tal Órgão se reúne mensalmente, preferencialmente às últimas sextas-feiras de cada mês, visando organizar suas atividades, levantar dados, discutir temas e propor deliberações. Dada sua

composição multidisciplinar, o Comitê tem sido o local para discussão e análise de diversos pontos de vista, além de servir de interlocutor entre os diversos atores da saúde pública e suplementar.

TJ-GO

- 1- Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário. Posteriormente, foram criados os Comitês Estaduais de Saúde e os NATJUS, antigamente denominados de Câmaras de Saúde. Em Goiás, tanto o Comitê quanto o NATJUS existem desde janeiro de 2012. Hoje, o Comitê é regulado pela Resolução CNJ n. 388/2021. O Tribunal de Justiça de Goiás tem seguido estritamente as resoluções e recomendações do CNJ. Além disso, possui unidades especializadas em saúde pública na capital, tanto quanto à Fazenda Pública Municipal quanto a Estadual, instalou o Núcleo 4.0 em Saúde, formado por três juízes com competência em todos o estado para demandas envolvendo saúde pública municipal e suplementar, tem realizado eventos institucionais e interinstitucionais para debater a judicialização da saúde, promovido cursos internos, regulado a utilização do NATJUS (que atua também em recessos e em plantões, e tanto em saúde pública quanto suplementar), publicação de revista do Comitê Estadual de Saúde, a inclusão pela Corregedoria Geral da Justiça nos encontros regionais de um período para tratar apenas da judicialização da saúde, entre outras medidas. Desse modo, o Tribunal de Justiça possui política institucional clara alinhada ao plano nacional e tem realizado atividades que vão além do estatuído no intuito de qualificar a judicialização da saúde.
- 2- O Comitê Estadual de Saúde de Goiás do Fórum Nacional de Saúde do CNJ existe desde 2012, como dito, e constitui fórum permanente de diálogo interinstitucional envolvendo vinte e oito poderes, instituições, associações e entidades. Os encontros são habitualmente mensais e as atas das reuniões publicizadas também no mesmo espaço.

TJ-MA

- 1- O Comitê Estadual da Saúde foi instituído, no âmbito do Estado do Maranhão, para atender ao disposto na Resolução n. 238 do

Conselho Nacional de Justiça e tem, como atribuições, monitorar ações judiciais que envolvam prestação de assistência à saúde e as relacionadas ao Sistema Único de Saúde, bem como propor medidas voltadas à otimização de rotinas processuais, à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário. Nessa senda, e posteriormente, fora criado o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário para as demandas de saúde – NATJUS, que teve como fito, o de prestar apoio técnico aos magistrados de primeira e segunda instâncias nas demandas de saúde pública.

- 2- O Comitê Estadual de Saúde do Maranhão é composto por membro do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por magistrados estadual e federal, bem como por representantes do Ministério Público Estadual, Procuradoria do Estado, Defensoria Pública Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil, PROCON, ANVISA e Secretaria de Estado da Saúde. Nesse contexto, os diálogos interinstitucionais são feitos de forma extrínseca, uma vez que existem reuniões periódicas, e estas são marcadas com os membros que compõem o Comitê, sempre quando existem problemas evidenciados envolvendo a Judicialização da Saúde, sempre com o fito de dirimir o problema, a depender de cada caso concreto. Além disso, o Comitê Estadual de Saúde do Maranhão sempre se disponibiliza no que tange aos diálogos interinstitucionais, uma vez que não há impedimento na possibilidade de se fazer reuniões entre líderes dos órgãos questionados com o fito de solucionar problemas voltados à saúde. A Resolução-GP 972020 criou o Centro de Mediação das Demandas de Saúde Pública da Comarca da Ilha de São Luís, para atendimento das demandas do setor junto aos órgãos de saúde do Estado e dos municípios que integram a Comarca de Ilha de São Luís. Outrossim, o centro de mediação busca resolução consensual de questões sobre saúde não atendidas pelo segmento público correspondente, com foco na informação, mediação, instrução e fortalecimento do usuário,

TJ-MG

Entende que nada há a prover, no âmbito administrativo, quanto ao pedido de informações.

TJ-MS	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-MT	<p>1- Atualmente o Poder Judiciário de Mato Grosso atua com eficiência nas demandas referentes à judicialização da saúde por meio da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Várzea Grande, denominada Vara da Saúde, que possui competência estadual e exclusiva para ações desta natureza, com exceção daquelas onde a parte autora seja menor ou idoso. Também foi criado o CEJUSC da Saúde Pública, com de resolução de demandas da área da saúde pública de forma preventiva e proativa, bem como com o objetivo de centralizar a execução das demandas provenientes de unidades judiciárias de todo o estado, como forma de padronizar os trabalhos e garantir a eficiência na utilização dos recursos orçamentários disponibilizados pelo Poder Executivo.</p> <p>2- O Governo do Estado e o Poder Judiciário estão constantemente alinhados sobre políticas públicas que versam sobre a judicialização da saúde. Há, inclusive, orçamento específico do Poder Executivo para dar guarida às demandas que aportam na Vara da Saúde.</p>
TJ-PA	O Tribunal informou que assim que obtivermos as respostas referentes aos itens 1 e 2 as mesmas serão encaminhadas ao endereço eletrônico informado, sem que o fato tenha ocorrido.
TJ-PB	<p>1- De acordo com a Resolução CNJ no 238/2016 e Provimento da Corregedoria Nacional de Justiça no 84, de 14 de agosto de 2019. Temos o Comitê Estadual da Saúde, temos um Painel Interno com acesso aos Bancos de Dados, notas técnicas e julgados, e um Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário o (NAT-JUS).</p> <p>2- Encaminhou apenas hiperlink para a matéria: https://www.tjpb.jus.br/noticia/vice-presidente-do-tribunal-regional-federal-do-rio-de-janeiro-parabeniza-tjpb-pelo-painel . Nela há a informação sobre o “PJe-Saúde, que está funcionando em caráter experimental, acompanha processos relacionados à saúde, bem como tem a capacidade de reunir todos os dados dos feitos relativos ao segmento, para que magistrados e</p>

	<p>servidores possam solucionar as demandas de forma ainda mais célere e eficaz. O acesso ao painel será, inicialmente, apenas para magistrados e servidores, por meio de login na intranet. Com o aperfeiçoamento da ferramenta e após autorização da Presidência do TJPB, o Painel deve ser aberto ao público, seja jurisdicionado, seja para os grandes litigados como a Procuradoria do Estado, do Município, além da Defensoria Pública.”</p>
TJ-PE	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-PI	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-PR	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-RJ	O setor que recepcionou o expediente informou que as questões 1 e 2 não eram de responsabilidade do departamento receptor do medido e que por isso as informações não seriam prestadas.
TJ-RN	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-RO	<ol style="list-style-type: none"> 1- O Poder Judiciário publicou a Resolução n. 119/2019-PR, publicada no DJe 222, de 26/11/2019, que instituiu o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário em Saúde-NAT/JUS no âmbito do Estado de Rondônia. 2- O NATJUS faz realiza reuniões anuais na qual a participantes dos Poderes, com participação dos Juízes Estaduais e Juiz(a) Federal e representantes do Conselho de Medicina, da Procuradoria do Município, da Secretaria Estadual de Saúde Municipal e Estadual, da Defensoria Pública, de representantes da Saúde Suplementar do NATJUS. No ano de 2020, 2019 e 2018 houveram 2 reuniões, em cada ano. E outras nos anos 2017, 2016, 2015, 2012 e 2011.
TJ-RR	Sistema de acesso à informação inexistente, impossibilitando formular o pedido.
TJ-RS	Não houve resposta ao pedido de informação.
TJ-SC	<ol style="list-style-type: none"> 1- O Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC) foi criado em 2012 e tem seu fundamento nas

Resoluções 107 e 238, ambas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Com a edição da Resolução CNJ 388/2021, todos os Comitês Estaduais passaram a ter denominação padrão: "Comitê Estadual de Saúde" seguido da sigla do estado respectivo. O Comitê Estadual do Estado de Santa Catarina tem como objetivo elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento dos procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

- 2- Integram também o COMESC: representantes do Ministério Público Federal e Estadual, Procuradoria-Geral do Estado, Ordem dos Advogados do Brasil, Tribunal de Contas do Estado, Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina, Secretaria de Saúde do Município de Florianópolis, Conselho de Secretarias Municipais de Saúde, Defensoria Pública da União e do Estado, Federação Catarinense de Municípios, Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis, Conselhos Regionais de Classe, e outros segmentos do poder público, da sociedade civil e de comunidades interessadas que, voluntariamente, cumulam esta atividade com os seus respectivos trabalhos. São realizadas reuniões mensais, nas quais são buscadas soluções para conflitos na área da saúde. As diferentes organizações que compõem o Comitê permitem que a judicialização da saúde seja pensada por diversos pontos de vista. São promovidos debates e busca de consensos, de forma integrada e articulada, que dão ensejo a enunciados e recomendações que tratam sobre temas comuns nas ações judiciais emitidos posteriormente pelo COMESC. Essas medidas são de conhecimento público e encaminhadas aos magistrados pela Corregedoria-Geral da Justiça. Os enunciados uniformizam procedimentos a serem adotados pelos profissionais de saúde e do direito, priorizando a assistência à saúde, a organização do SUS e o desenvolvimento, de modo isonômico, das políticas públicas para todos que buscam o SUS.

TJ-SP

- 1- Existe o NATJUS, vinculado a Diretoria da área da saúde, que emite pareceres técnicos em saúde para apoio na fase processual. Hoje temos um sistema onde o magistrado poderá solicitar pareceres técnicos sobre tratamentos e procedimentos de saúde. O parecer é disponibilizado ao magistrado, com o apoio de nossos parceiros, Universidades e Sociedades Brasileiras de especialidades médicas.
- 2- Existe o ACESSASUS, vinculado a secretária de saúde do Estado, que emite pareceres na fase pré-processual, tentando evitar a judicialização de demandas vinculadas à saúde.

TJ-TO

Não houve resposta ao pedido de informação.

TRF1

- 1- Haja vista que a expressão "política institucional" está diretamente relacionada a diretrizes gerais que expressam os parâmetros dentro dos quais as ações da instituição e de seus integrantes devem se desenvolver, no cumprimento da missão para o alcance da visão, informa-se que houve diversas ações a respeito desse assunto no âmbito desta Justiça Federal da 1a Região, confira-se: 1) este Tribunal instituiu uma comissão de magistrados para avaliar, identificar e propor especialização de varas federais em matéria de saúde pública, no âmbito da 1a Região (Portaria Presi 362 de 23 de novembro de 2016), em atenção à Resolução CNJ 238 de 06 de setembro de 2016, que dispõe sobre a criação e a manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, bem como sobre a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública. 2) a partir dos estudos realizados pela Comissão, foram especializadas duas varas federais da Seção Judiciária do Distrito Federal em Saúde Pública (3a e 21a) por meio da Resolução Presi 12 de 03 de maio de 2017 e da Resolução Presi 28 de 15 de agosto de 2017 a referendou. 3) ante o grande volume de processos que versam sobre saúde, sobretudo a partir da eclosão da Pandemia da COVID-19, há estudos em curso para reavaliação e ampliação da especialização de varas deste Tribunal em matéria de saúde pública (PAe 0024971-81.2016.4.01.8000) 4) adicionalmente, informa-se que quando da análise da implementação de uma

vara especializada em demandas de saúde no Seção Judiciária do Amapá, verificou-se a possibilidade de utilização do Núcleo de Justiça 4.0 com competência regional para o atendimento das matérias que envolvam direito à saúde pública (13765840 e 14030106), a exemplo dos núcleos criados no TRF 2a Região (Resolução TRF2 35/2021) e TRF 4a Região (Resolução Conjunta TRF 4 1/2021). Ante o exposto, em referência ao princípio da supremacia do interesse público e ao princípio da indisponibilidade do interesse público, informa-se que as ações sobre esse assunto emanadas por este Tribunal visam, dentre outros, o integral cumprimento dos ditames da Resolução CNJ 238 de 06 de setembro de 2016 e da Resolução CNJ 388 de 13 de abril de 2021.

- 2- Nos termos da Resolução CNJ 388/2021, "O Comitê Estadual de Saúde é órgão colegiado e multidisciplinar responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação..." O inciso III do art. 2º dessa norma traz como finalidade desse Comitê, entre outras: "Viabilizar o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde." Com isso, em cada unidade federativa, funciona um Comitê Estadual de Saúde, com composição formada por representantes do sistema de justiça, do sistema de saúde, de órgãos executivos, comunitários e acadêmicos. Percebe-se que os membros dos Comitês Estaduais de Saúde são oriundos de diversos órgãos públicos ou de áreas distintas e a atuação desses Comitês se dá no âmbito de cada seccional, de forma descentralizada, conforme anteriormente informado. Dessa forma, além de magistrados indicados pelo Presidente deste TRF da 1a Região, em sua área de jurisdição, integram esses Comitês Estaduais os magistrados indicados pelos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça, os profissionais de saúde integrante do NatJus, membros do Ministério da Saúde, da Advocacia-Geral da União, da Secretaria de Estado de Saúde, Procuradores de Estado e de Municípios,

membro indicado pela Anvisa, membro do MPE indicado pelo PGJ, Procuradores da República, Defensores Públicos, membro indicado pelo Procon, membro indicado pelo Sistema de Saúde Suplementar, dentre outros integrantes. Assim, tendo em vista que a atuação dos Comitês Estaduais de Saúde se dá no âmbito de cada seccional, não havendo, até onde esta Secge tem conhecimento, controle centralizado no Tribunal, sugere-se solicitar as informações específicas sobre a existência de diálogos interinstitucionais permanente em matéria de acesso à saúde pública aos Comitês Estaduais de Saúde, ressaltando que há magistrados indicados pela Presidência deste Tribunal que integram esses Comitês, conforme mostra Portal do TRF1.

TRF2

- 1- O TRF da 2a Região de há muito adota iniciativas voltadas para a Judicialização da Saúde, dentre as quais podemos citar: - participação efetiva no Comitê Estadual de Saúde do CNJ no Rio de Janeiro; - cursos específicos sobre Direito Sanitário e Judicialização da Saúde organizados pela EMARF, inclusive em coordenação com a Escola Nacional de Saúde Pública/ENSP da FIOCRUZ; - acordo de cooperação firmado desde 2011 com a Secretaria Estadual de Saúde/RJ para criação do Núcleo de Assessoria Técnica da Magistratura - NAT, hoje denominado Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NAT JUS por força da Resolução 238/2016 do CNJ; - instituição de Núcleo de Justiça 4.0 específico para demandas da Saúde (Portaria TRF2- PTP-2021/00256); - instituição do CEJUSC SAÚDE, ainda em fase de instalação (Portaria TRF2-PTP-2021 /00275).
- 2- Sim. O diálogo interinstitucional permanente é garantido primariamente no âmbito do Comitê Estadual de Saúde do CNJ, que, no caso do Rio de Janeiro, conta ainda com a participação do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado, órgãos dos Poderes Legislativo Federal e Estadual. Sua composição e organização, bem como principais iniciativas, podem ser analisadas em sua página, albergada no site do TRF da 2a Região (<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/>). As reuniões são mensais.

TRF3

- 1- No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3a Região, não há ato normativo que regulamente o tema de Judicialização da Saúde. A Justiça Federal segue normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, tais como a Recomendação no 100, Recomendação no 92, Resolução no 238/2016 e Resolução no 388/2021. Consoante Resolução CNJ no 238/2016, posteriormente alterada pela Resolução no 388/2021, o TRF3 é integrante dos Comitês Estaduais da Saúde. Conta esta Corte, ainda, com informações técnicas dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS). <https://www.trf3.jus.br/natjus/> Nesse sentido, em 16/08/2018, o Tribunal Regional Federal da 3.a Região e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmaram o Convênio 01.008.10.2018 (link PDF). Através do PROVIMENTO CJF3R No 39, DE 03 DE JULHO DE 2020, foram criadas as Varas especializadas de Saúde.
- 2- O Poder Judiciário participa de discussões da temática de Saúde, através dos Comitês Estaduais da Saúde, consoante estabelecido pela Resolução CNJ no 238/2016, posteriormente alterada pela Resolução no 388/2021, com frequência mensal. A Coordenação do Comitê Estadual, a quem compete elaborar o calendário de reuniões, é realizada, no Estado de São Paulo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); e, no Estado do Mato Grosso do Sul, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS). Por ocasião da Pandemia do novo coronavírus, o TRF3 instituiu uma Plataforma Interinstitucional (Resolução no 349 de 12/05/2020), ocasião em que foram realizadas reuniões com diversos órgãos públicos e entidades, com a finalidade de aplicar a conciliação como forma de resolução de conflitos decorrentes da Covid-19, sobretudo para evitar a excessiva judicialização de questões relacionadas à pandemia.

TRF4

- 1- Não há política específica neste Tribunal. Há a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, mediante o Fórum da Saúde, nesses termos: "Com a finalidade de conduzir as atividades do Fórum da Saúde no sentido de elaborar seu programa de trabalho e funcionamento, foi instituído, por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, o Comitê Executivo Nacional. O Comitê Executivo

	<p>Nacional é constituído por magistrados e especialistas em direito sanitário, e atua como órgão de produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como busca promover a integração dos Comitês Estaduais de Saúde por meio de reuniões e encontros, assim como atuar na divulgação de boas práticas.".</p> <p>2- Há o Fórum Interinstitucional da Saúde do Tribunal Regional Federal da 4a Região, Resolução no 142/2021, cujas reuniões devem iniciar no início de novembro, com periodicidade trimestral.</p>
TRF5	Não encaminhou respostas para as questões 1 e 2.
STJ	<p>1- Em relação ao questionamento acerca da existência de política institucional voltada especificamente para a judicialização da saúde, as áreas técnicas, ao serem consultadas, informaram que não existe, no âmbito desta Corte, política voltada ao tema específico.</p> <p>2- Informamos que há a Resolução CNJ n. 349, de 23/10/2020, que instituiu o Centro de Inteligência do Poder Judiciário – CIPJ e a rede de Centros de Inteligência do Poder Judiciário, com o objetivo de identificar e propor tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa no Poder Judiciário brasileiro. Dentre as atribuições do CIPJ elencadas no artigo 2o estão a de encaminhar aos Tribunais Superiores, de forma subsidiária, informações sobre a repercussão econômica, política, social ou jurídica de questões legais ou constitucionais que se repetem em processos judiciais (inciso III) e a de articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos (inciso IX). Ainda, em seu artigo 5o, a Resolução CNJ n. 349/2020, dispõe que o CIPJ manterá banco de dados contendo currículos de especialistas, entidades especializadas ou pessoas diretamente afetadas em temas específicos de interesse do Poder Judiciário. Infere-se da norma o ideal da gestão nacional cooperativa, com envolvimento daqueles que integram o sistema de justiça, a partir da promoção de diálogo</p>

interinstitucional permanente entre os órgãos do Poder Judiciário com interações possíveis não só com os Poderes Executivo e Legislativo, mas com toda a sociedade. Conforme destacado, o Superior Tribunal de Justiça atua não só como destinatário de notas técnicas exaradas pelo CIPJ, mas participa diretamente dos debates dos Grupos Decisorio e Operacional, por meio do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas (COGEPAC) e pela assessora-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC), respectivamente. Para dar praticidade e efetividade aos seus propósitos, os membros do CIPJ foram divididos em alguns subgrupos para estudo dos temas atuais de mais impacto para os tribunais brasileiros, dentre os quais o intitulado Saúde - Tema 793, com o objetivo de, por meio de confecção de nota técnica, dirimir os conflitos decorrentes da aplicação da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 (Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde), cujo trabalho, iniciado em maio de 2021 e desenvolvido a partir de contribuições colhidas em reuniões quinzenais, ainda se encontra em curso. Com efeito, a judicialização da saúde no País compreende questões de alta complexidade e relevância para o cidadão e para o Poder Público, de modo a exigir a adoção de medidas para a uniformização do entendimento a ser aplicado pelos tribunais e juízos, a fim de concretizar os princípios da segurança jurídica e da efetiva prestação jurisdicional.

Fonte: Elaboração própria

Notamos das respostas apresentadas que as ações tomadas para solucionar eventuais problemas com o fenômeno da Judicialização da Saúde, quando existentes, compreendem a criação e manutenção dos Comitês Estaduais de Saúde, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, por força de determinações do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Acreditamos que essa visão e as estratégias traçadas não são capazes de mitigar suficientemente os efeitos deletérios da judicialização, razão pela qual

apresentaremos os motivos dessa crítica e buscaremos construir um novo paradigma para lidar com as intervenções judiciais em políticas públicas de saúde no Brasil. Antes, analisaremos o comportamento diverso do Poder Judiciário Espanhol diante da mesma questão.

4.1.2 Visão e Estratégias do Poder Judiciário Espanhol

Como visto, os elementos da reserva do financeiramente possível, higidez da separação dos poderes e concepção da natureza dos direitos sociais, conduzem a completa inexistência do deletério fenômeno da Judicialização da Saúde na Espanha. Apesar disso, algumas tentativas de buscarem uma intervenção do Poder Judiciário já produziram paradigmáticos casos concretos que ilustram de maneira clara a visão e as estratégias do Poder Judiciário Espanhol em matéria de saúde.

Algumas decisões mostram como a justiça na Espanha trata de casos envolvendo acesso à saúde, nas variadas correntes, razão pela qual apresentaremos tais âmbitos e casos paradigmáticos decididos pela Suprema Corte espanhola, o Tribunal Constitucional (TC), utilizando de pesquisa indireta realizada pelo Parlamento Europeu.

Tabela 5: Decisões do Tribunal Constitucional Espanhol em matéria de acesso à saúde.

TEMA	DECISÃO
O DIREITO À SAÚDE COMO PRINCÍPIO REITOR DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÔMICA	<p><i>STC 105/2017:</i></p> <p><i>Es lugar común, consolidado y constante en nuestra doctrina, que otros derechos y principios pueden confluir con los derechos fundamentales alegados a la hora de hacer el control de constitucionalidad en el proceso de amparo, requiriéndose exclusivamente para que así acontezca que la controversia que se suscita con base en los derechos mencionados en el artículo 53.2 CE quede asociada a los mismos.</i></p>
CONCEITUAÇÃO GERAL DO DIREITO	<p><i>STC 139/2016:</i></p> <p><i>En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el</i></p>

	<p><i>legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional.</i></p>
<p>DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE</p>	<p><i>STC 32/1983:</i></p> <p><i>La Constitución, en sus artículos. 43 y 51 (sin que sea necesario por nuestra parte entrar en aspectos de detalle o en la mención de preceptos laterales para nuestro propósito) reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), declara que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública” (art. 43.2), dispone que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la salud de los mismos” (art. 51.1) y establece que la “Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales” (art. 51.3).</i></p> <p><i>STC 106/2014:</i></p> <p><i>Por lo que toca a la protección de la salud, a la que todos los poderes públicos quedan obligados (art. 43.2 CE) y sin perjuicio de su conexión, ya señalada, con la protección del medio ambiente (art. 45 CE), conviene recordar que en materia de protección de la salud corresponde al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cantabria le corresponden las competencias que le atribuye su Estatuto, con arreglo a lo previsto en el art. 148.1.21 CE, esto es, el desarrollo legislativo y la ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca (art. 25.3 EA Cant.).</i></p>
<p>CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA SANITÁRIA</p>	<p><i>STC 98/2004:</i></p> <p><i>Efectivamente, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación</i></p>

uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (...). Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de "sanidad", para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 de la propia Ley 16/2003, que establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva.

STC 137/2013:

En efecto, el ‘Sistema Nacional de Salud’ tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa...

STC 136/2012:

En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la “cartera común”, permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el

ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia.

STC 98/2004:

[E]so sí, sin perjuicio, bien de las a normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (...), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.

**FINANCIAMIENTO DO
DIREITO À SAÚDE**

STC 136/2012:

“(...) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las “suplementarias” y de “servicios accesorios”) pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o “copago”). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional”.

**TUTELA JUDICIAL
EFETIVA**

STC 95/2000:

La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso [...] a la asistencia sanitaria

proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE.

La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no solo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos, sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada.

**CONFLICTOS NA
PROMOÇÃO DE OUTROS
DIREITOS
CONSTITUCIONALMENTE
PREVISTOS**

STC 120/1990:

A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.o; 2/1982, fundamento jurídico 5.o, 110/1984, fundamento jurídico 5.o), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho “más allá de lo razonable” (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.o), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean “necesarias para conseguir el fin perseguido” (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.o; 13/1985, fundamento

jurídico 2.o) y ha de atender a la “proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone” (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.o) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987. fundamentos jurídicos 4.o, 5.o y 6.o; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

Fonte: Elaboração própria, com dados de: EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-General for Parliamentary Research Services, González-Trevijano Sánchez, P. El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado: España. Oficina de Publicaciones, 2021.

Verificamos de forma notória que em todas as vertentes que o Tribunal Constitucional espanhol espelha a posição que permeia o Poder Judiciário espanhol, no sentido de garantir a primazia do Poder Legislativo no processo de escolhas alocativas para a efetivação do acesso à saúde. Mesmo quando promove uma tutela judicial efetiva, o Poder Judiciário só age sobre as competências típicas dos demais poderes nos limites da razoabilidade das decisões judiciais sobre a implementação e gestão de políticas públicas. Além disso, o Tribunal reconhece que, diante de recursos escassos, é necessário fazer escolhas alocativas para atender à efetivação de outros direitos sociais, devendo, neste caso, haver a preservação de um núcleo essencial e proceder a distribuição das verbas públicas pautadas pela razoabilidade.

4.2 Construção de um novo Paradigma de Intervenção Judicial em Políticas Públicas: Minimalismo Judicial e Caridade Privada como Instrumentos de Efetivação do Acesso à Saúde

A visão do Poder Judiciário brasileiro exposta anteriormente busca a solução para este complexo problema baseado em três alicerces construídos atendendo a determinações do Conselho Nacional de Justiça: os Comitês Estaduais de Saúde; os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; e os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário. A política se relaciona com dois pontos no processo de tomada de decisão em matéria de saúde, a saber, a ausência de legitimidade democrática - que seria garantida pelo diálogo institucional no âmbito dos Comitês de Saúde e

Centros de Soluções de Conflitos - e de preparo técnico nesse processo de tomada de decisão, a ser dada pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário.

Por outro lado, mencionada pesquisa²⁰³ realizada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça apontou dados alarmantes da efetividade dessas políticas, isto é, as decisões continuam sendo tomadas sem fundamento técnico nos pareceres de órgãos específicos, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC), citadas em apenas 0,51% das decisões; o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT), citado em apenas 0,29% das decisões; ou outros protocolos de órgãos técnicos como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), citados em 5,83% das decisões.

O diálogo institucional e a abertura para soluções consensuais de conflitos como forma de solucionar o critério democrático igualmente não encontra respaldo estatístico, sobretudo diante da impossibilidade de se estabelecer legitimidade democrática no âmbito de processos individuais. Essas demandas privilegiarão e atenderão individualmente os cidadãos que acessaram o Judiciário, em detrimento da isonomia, visto que as ações coletivas são apenas 2,3% das demandas, tem participação pequena de defensores públicos e há poucas referências à insuficiência de renda dos autores das ações. O processo individual promove claro tratamento anti-isonômico.

Quando verificamos que essas são as respostas do Poder Judiciário brasileiro a este grave problema, parece-nos adequado estabelecer uma relação entre este fato e o conceito de “*greenwash*”. O termo foi cunhado por ambientalistas para expor atitudes criadas por determinadas organizações e empresas com mero objetivo de entregarem uma aparência de preocupação socioambiental sem nenhuma efetiva política de preservação do meio ambiente. *Mutatis mutandis*, a adoção de políticas como as apontadas, sem respaldo de efetividade na solução da crescente judicialização da saúde no Brasil, parece ter o mesmo objetivo, uma “lavagem” de legitimidade democrática e precisão técnica, com o único intuito de manter intacta a superestrutura do Poder Judiciário, enquanto usurpa para si prerrogativas e funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, estes sim constituídos em base democrática e sujeitos a voto direito, secreto, universal e periódico, além de contarem

²⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019.

com uma vasta estrutura de técnicos superespecializados para criar e executar políticas públicas das mais diversas e complexas.

Do ponto de vista prático, é urgente desenvolver um modelo que estanque o intervencionismo desmedido do judiciário na formulação e execução de políticas públicas de saúde. Duas iniciativas já são impostas pela atual legislação brasileira para mitigar esses impactos. As decisões provisórias contra a Fazenda Pública dependem da existência de direito líquido e certo e não podem esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação, por força do artigo 1.059 do Código de Processo Civil e artigo 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Não há sentido na manutenção de adoção de decisões provisórias em temas tão complexos como os de acesso à saúde.

Além disso, o cumprimento de tais decisões implica em compras de insumos médico-hospitalares realizadas diretamente, afrontando diversos os preceitos fundamentais da Constituição Federal como princípio da independência e harmonia entre os Poderes (artigo 2º); a concretização progressiva do direito social à saúde (artigo 196); a regra constitucional da licitação (artigo 37, XXI); a regra do regime de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ordem cronológica de apresentação de precatórios (artigo 100); a vedação de transposição de dotações orçamentárias pelo Poder Judiciário (artigo 167, VI e X); e, ainda, o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV). Resta cristalino que a jurisprudência não pode permanecer desrespeitando sistematicamente os dispositivos legais e constitucionais já existentes.

Além deles, urge um avanço legislativo no sentido de aprimorar o sistema de processo coletivo no Brasil, já que as decisões individuais, como tratado, promovem sistemático desrespeito à isonomia. O microssistema processual coletivo amparado na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) precisa ter cada vez mais primazia. O processo coletivo é um mecanismo excepcional para promover um acesso à justiça otimizado e efetivo. Em uma só ação, diversos cidadãos se beneficiarão do provimento jurisdicional, sendo possível prever o impacto da decisão de forma completa sobre as contas públicas e a implementação progressiva dos direitos sociais, além de evitar que idênticas demandas sejam promovidas, aumentando o já enorme volume de processos a abarrotar a máquina judicial e gerar custos excessivos.

As ações sobre saúde englobam temas que envolvem outras diversas pessoas acometidas pelas mesmas patologias e necessidades, sendo o processo coletivo meio adequado para atender concomitantemente a todos os titulares daquele direito reconhecido judicialmente. É premente, portanto, que se repare uma grave equívoco na aprovação do atual Código de Processo Civil, a saber, o veto à conversão da ação individual em ação coletiva prevista no artigo 333²⁰⁴.

Com isso, para garantir a isonomia e a preservação das contas públicas, as demandas envolvendo acesso à saúde pública deverão ser analisadas apenas no âmbito dos processos coletivos, vedando-se a utilização de ações individuais para essa finalidade, as quais poderão ser convertidas em ações coletivas e julgadas com base na implementação progressiva do direito social.

Do ponto de vista teórico, o respaldo para este novo modelo de tomada de decisão judicial vem do minimalismo judicial e da teoria majoritarista, que pressupõe a recusa dos tribunais de julgarem as posições do legislativo ou executivo em temas moral ou politicamente controversos. Os majoritaristas garantem o benefício da dúvida aos outros poderes (executivo e legislativo) mantendo suas decisões, desde que não haja clara ofensa à Constituição, em elogio à representatividade democrática dos poderes políticos.²⁰⁵

Entre os excessos do ativismo judicial, que promove tribunais paternalistas ocupantes dos espaços destinados aos processos político democráticos, e da moderação judicial, que impede a proteção do pensamento contra-majoritário de proteção de direitos fundamentais aos grupos sociais minoritários, surge o minimalismo judicial, em seus aspectos procedimental e substancial:

O “minimalismo” possui dois aspectos, um “procedimental” e outro “substancial”. O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de

²⁰⁴ Artigo 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:
I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

²⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É “formal” no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”. Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)”.²⁰⁶

Um novo modelo de processo decisório em matéria de acesso à saúde pública pressupõe uma análise objetiva dos impactos econômicos daquela ação, que precisa verificar o valor a ser despendido pelo poder público para o atendimento de todo e qualquer cidadão, sob a mesma condição patológica, com aquele mesmo tratamento médico-hospitalar.

Argumentos teóricos acerca da “dignidade da pessoa humana” e do “acesso integral à saúde” não são capazes de garantir o concreto pagamento por meio de verbas públicas advindas dos tributos: “Muitos dos argumentos em favor do minimalismo são essencialmente pragmáticos. Eles envolvem os custos da decisão e os custos do erro.”²⁰⁷

Ademais, as escolhas alocativas desse novo paradigma precisam ser realizadas na esfera do debate democrático, em que haja ampla participação político-social. A seara ideal será, portanto, os poderes políticos, com primazia para o Poder Legislativo e, em segundo lugar, ao Executivo. Deve o Poder Judiciário mudar sua postura e agir tão-somente quando tiver mecanismo capaz de assegurar uma tomada de decisão racional, razoável e igualitária, aplicável a todos os cidadãos jurisdicionados: “Em processos democráticos, é apropriado e às vezes indispensável desafiar a prática existente em termos abstratos. O mesmo ocorre no direito constitucional.”²⁰⁸

Fixadas as bases práticas e teóricas desse novo modelo, resta, ainda, apontar soluções diante do forte apelo moral nas ações que socorrem pessoas desvalidas com

²⁰⁶ SUNSTEIN, Cass *apud* OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo Judicial, Auto-restrição Judicial e o “Minimalismo”* de Cass Sunstein. Londrina: *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, nov. 2008, p. 9.

²⁰⁷ SUNSTEIN, Cass. *Beyond Judicial Minimalism*. *Tulsa Law Review*, v. 43, p. 825-842. 2007, p. 825.

²⁰⁸ *Idem*, p. 839.

as mais variadas patologias, muitas de alta complexidade e com tratamentos experimentais de alto custo. Para os últimos, precisamos aprimorar e incentivar a ação da caridade privada como complementar ao estado assistencialista, evitando o dirigismo no setor de saúde.

Não se trata de completa assunção pela caridade privada das responsabilidades estatais de prover acesso à saúde, retornando aos modelos iniciais de construção dos sistemas de saúde tanto no Brasil como na Espanha, mas de entender que o Estado precisará escolher de forma estratégica como garantir a manutenção da vida para a maior quantidade de pessoas possível, diante dos limitados recursos disponíveis.

Mesmo quem defende uma intervenção estatal forte na atividade econômica, reconhece que: “O desenvolvimento é estratégico, e acontece com base no estudo do que se pretende investir”²⁰⁹. Assim, onde o Estado não deva ou não possa atuar (saúde de alta complexidade, farmacologia de alto custo, tratamentos experimentais e em países estrangeiros etc.), a iniciativa privada terá presença complementar, não cabendo ao Poder Judiciário intervir de forma ilegítima e ineficiente na distribuição dos recursos públicos para determinar tais custeios por coerção judicial.

Em tempos pandêmicos, as atuações do Poder Judiciário trouxeram ainda mais luzes sob esse deletério modelo brasileiro. Nos casos ocorridos sob a crise sanitária provocada pela pandemia do COVID-19, a ação estatal contra o descumprimento das ordens do Estado está muito mais ligada à necessidade de preservação da saúde pública que à mera proteção da figura da autoridade estatal. Por outro lado, é preocupante que ditos regramentos arraigados de restrição a direitos fundamentais, como de mobilidade e reunião, sejam impostos por entes sem legitimidade democrática ou não tenham o devido debate no foro adequado, o do Poder Legislativo.²¹⁰

É certo que a urgência pudesse impor uma ação direta e emergencial da parte dos Poderes constituídos, mas o cenário ideal que se aponta após mais de dois anos de pandemia é o de provocar uma discussão no âmbito do Poder Legislativo, de modo

²⁰⁹ PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SANTOS, Larissa Dias Puerta dos. A atuação estatal desempenhada para fomentar o desenvolvimento brasileiro. *Justiça do direito*, v. 31, n. 1, p.170-187, jan./abr. 2017, p. 174.

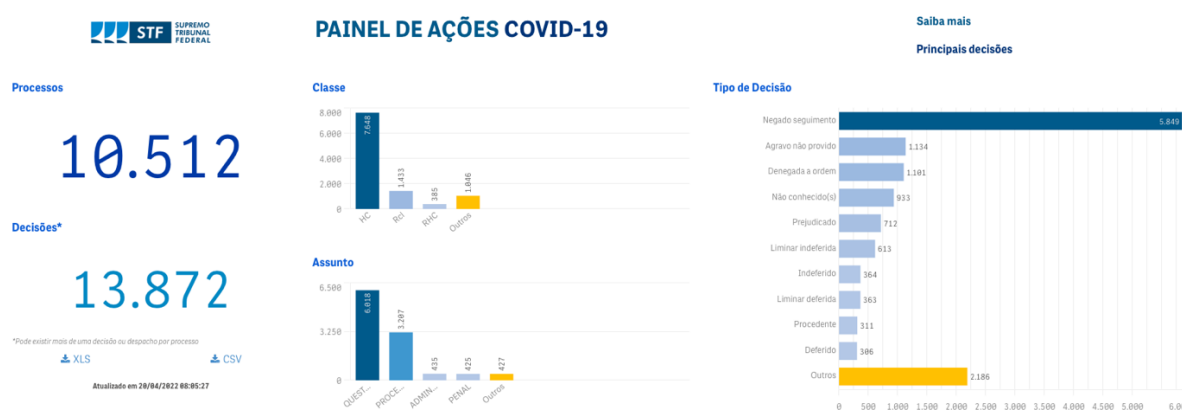
²¹⁰ OSTOS, José Martín (Dir.); RÍOS, Blanca Martín (Coord.) *Derecho y pandemias*. Sevilla: Astigi, 2021.

a se construir um completo estatuto legal especial aplicável a tempos de catástrofes públicas e pandemias, de modo a delimitar os direitos, deveres, limitações, garantias processuais e regime sancionador, como um marco regulador singular emanado do Poder que detém a maior legitimidade democrática para pôr a cabo essa discussão e aprovar essas normativas.²¹¹

Sem isso, tivemos que acompanhar durante mais de dois anos diversas provocações ao Poder Judiciário e decisões de limitações diversas às liberdades civis serem tomadas por magistrados não detentores de legitimidade democrática para realizar tais escolhas restritivas de direitos historicamente construídos e consolidados nas democracias ocidentais.

No Brasil, o fato ganha contornos dramáticos, considerando a já corriqueira e desproporcional judicialização da saúde. Um olhar para o sistema de monitoramento de processos sobre a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, mostra-nos o alarmante número de mais de dez mil processos e quase catorze mil decisões sobre a recente pandemia, apenas na Corte Constitucional brasileira:

Gráfico 2: Painel de Ações COVID-19 no Supremo Tribunal Federal



Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Painel de ações COVID-19. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em 20 abr. 2022.

Assim, o cenário pandêmico contribuiu igualmente para demonstrar a tendência do Judiciário brasileiro de se portar como “Superpoder”, em detrimento dos

²¹¹ Idem.

Poderes Legislativo e Executivo. Tal fato não ocorre em outras democracias sólidas e contribui com um cenário negativo no Brasil, sendo premente a defesa de um modelo de atuação judicial pautado pela moderação da ação desse braço estatal, com uma profunda mudança que suplante o dirigismo institucional patrocinado pelo Judiciário no Brasil, em especial nas demandas envolvendo a efetivação do acesso à saúde.

CONCLUSÃO

A ideia de que o desenvolvimento das nações deriva de suas instituições conduz à percepção que analisar e modificar a estrutura social e o estabelecimento das regras de conduta derivadas das instituições é fundamental para o crescimento das diferentes sociedades. Com isso, não há como dissociar o direito desse fenômeno notadamente econômico: a defesa de um critério de justiça compreendida como maximização de riquezas, na esteira de uma análise econômica do direito.

Para que possamos buscar esse ideal de justiça, há que se promover a alocação de recursos com o menor custo de transação possível. Por sua vez, a distribuição de recursos por coerção judicial derivada de decisões em ações individuais produz altos custos de transação para atender à individualização, ao cumprimento, ao processamento e à manutenção da coerência das decisões judiciais. Logo, esse modelo decisional se afasta do critério de justiça como maximização de riquezas, promovendo deficiência criada pelos altos custos de transação para repartição de crescentes receitas obtidas pelos tributos. Surge, assim, um cenário que impõe uma mudança institucional.

No específico tema dos direitos sociais, notadamente na efetivação do acesso à saúde pública, uma postura ativista do Poder Judiciário produz enormes deficiências na alocação de recursos públicos. É preciso estabelecer a noção que todo direito corresponde a um custo, bem como que cada decisão alocativa explícita é, ao mesmo tempo, uma decisão desalocativa implícita. Ou seja, todo ato de concessão de benesses estatais em um setor ou para algum indivíduo gera falta de recursos em outra área, que pode ter igual ou até maior importância fundamental para a construção das cadeias de proteção social. As escolhas, muitas vezes trágicas, de distribuição desses limitados recursos, precisam ficar sob decisão política geral, não jurídica individual, reduzindo os custos de transação e resguardando a isonomia e a legitimidade democrática nas decisões alocativas.

A construção de um sistema amplo de saúde pública de acesso universal, igualitário e gratuito, depende de implementação progressiva. O Estado irá paulatinamente garantir ao maior número possível de cidadãos jurisdicionados atenção à saúde básica, para, em seguida, avançar gradativamente para uma rede de proteção que contemple, no maior grau possível, os atendimentos de média e alta

complexidade. Ou seja, os Poderes políticos irão, pela edição e execução das leis orçamentárias, efetivar em escala cada vez mais ampla o direito social, realizando as escolhas políticas de alocação dos recursos públicos.

No Brasil, apesar de legal e constitucionalmente estabelecido, a realidade muito dista desse modelo. O Poder Judiciário tem usurpado competência dos Poderes políticos e adotado latíssima e utópica interpretação, para determinar por coerção judicial a efetivação ampla e irrestrita de direitos sociais, como o do acesso à saúde pública, olvidando dos custos e impactos orçamentários, da sua ilegitimidade democrática e da necessária implementação progressiva dos direitos sociais. A postura promove um modelo caótico de judicialização da saúde, impactando negativamente na preservação ampla do sistema sanitário.

Tal fato não ocorre em países com grande tradição na construção de Estados de bem-estar social, como as nações europeias. O modelo espanhol de saúde pública, semelhante ao brasileiro, não enfrenta intervenções desmedidas do Poder Judiciário, que deixa a critério dos poderes políticos a sua progressiva implementação. O mesmo ocorre com outras nações europeias e é uma postura adotada em vastos precedentes da própria Corte Europeia de Direitos Humanos.

Como dito, é importante salientar que as decisões alocativas para custeio desses tratamentos são também decisões desalocativas que promovem uma série de danos à saúde, em um país que padece com inexistência de saneamento básico e acesso à água potável em diversas regiões, ou mesmo da falta de insumos básicos nas redes de saúde. As vidas “invisíveis” perdidas para esses problemas básicos não podem ser esquecidas diante do apelo das vidas visíveis que igualmente padecem em busca de tratamentos médicos superespecializados no Judiciário.

Assim, a implementação progressiva dos direitos sociais precisa impor uma busca pela universalização dos acessos aos mais basilares meios de proteção à saúde e à vida, estancando a intervenção judicial a obrigar os poderes públicos ações pontuais na medicina de alta complexidade e alto custo. Esta prática promove, inclusive, dirigismo institucional patrocinado pelo Poder Judiciário, quando custeia experimentos da indústria farmacêutica e de órteses e próteses com as limitadas verbas públicas.

No caso do acesso à saúde de altíssima complexidade, farmacologia de alto custo, medicamentos e tratamentos experimentais ou cuidados médicos em instituições estrangeiras, resta lógico que, caso as escolhas alocativas realizadas pelos Poderes com legitimidade democrática – Executivo e Legislativo – não as contemplem, suas decisões políticas devem permanecer híidas, sem intervenção da parte do Poder Judiciário.

Nesses casos, restará a possibilidade de custeio com recursos próprios ou pelos valores oriundos do instrumento da caridade privada, em complemento ao Estado assistencialista, que precisa garantir, inicialmente, uma saúde básica de máxima qualidade para todos. Trata-se da estratégia de implementação de políticas públicas de saúde por meio da focalização, tão esquecida nas decisões judiciais sobre acesso à saúde pública no Brasil.

Importa pontuar também que a pesquisa abre norte investigatório futuro em dois âmbitos. No contexto das políticas públicas, pode ser ponto de partida para aplicação de estudos envolvendo outros direitos sociais, aptos a analisar se a intervenção judicial na formulação e execução dessas políticas é igualmente danosa, como verificamos em matéria de acesso à saúde.

Outrossim, investigações no campo da saúde suplementar podem igualmente ser levadas a cabo para aprofundar a percepção dos impactos da judicialização nos contratos de planos e seguros de saúde, de modo a perceber se a ação estatal judiciária ativista tem causado danos à sustentabilidade do segmento que atende importante parcela da população.

Concluimos, por fim, que a intervenção do Poder Judiciário em matéria de acesso à saúde pública deve ser pautada por um modelo decisional que privilegie o atendimento das demandas coletivas por meio de decisões de mérito terminativas que respeitem a implementação progressiva dos direitos sociais, em detrimento dos julgamentos individuais ou de decisões interlocutórias contra o Poder Público, os quais produzem ineficiente alocação de recursos públicos, tratamento anti-isonômico entre jurisdicionados e causam desequilíbrio na preservação e gradual implementação do próprio sistema público de saúde.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. V. I. Coimbra: Almedina, 2006.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGON, Manuel. *La interpretación de la constitucion y el caracter objetivado del control jurisdiccional*. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 6, n. 17, mai/ago, 1986, p. 85-136
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 1-19.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANCO MUNDIAL. **Database of Health, Nutrition and Population (HNP) statistics**. Disponível em <<https://data.worldbank.org/topic/health?locations=BR-ES>>. Acesso em 05 jan. 2022.
- BANCO MUNDIAL. **World Bank Open Data**. Disponível em <<https://data.worldbank.org>>. Acesso em 05 nov. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 25-65.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: **A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Vol. 1, n.1 (nov. 2008). Belém: ESM-PA, 2008.

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BEJARANO, Macarena Hernández. **La ordenación sanitaria en España**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 2003. 172 p. Tese (Livre Docência em Direito Econômico e Financeiro) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 11.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** - Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. 9. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. **Vniversitas**. Bogotá (Colombia), N° 131: 231-276, julio-diciembre 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRAGA, José Carlos de Souza; PAULA, Sérgio Góes de. **Saúde e previdência**: estudos de política de saúde. São Paulo: Hucitec, 1986.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em 05 dez. 2021

BRASIL. Ministério da Economia. **Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral 2020**. Brasília: Ministério da Economia, 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. IPEA. **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil**. Brasília, 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicado no DJE 76, em 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de ações COVID-19**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1487/2020**. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22>>. Acesso em 30 out. 2021.

BUJ, Remedios Roqueta; ORTEGA, Jesus García (Dirs.). **Derecho de la seguridad social**. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

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

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Douglas Dias Ferreira. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, vol. 786, São Paulo, abr. 2001, p. 108-128.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CECATO, Maria Aurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. In: **Prima Facie: Direito, História e Política** [Recurso eletrônico] / Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa: PPGCJ, v. 15, n. 29, maio/ago, p. 130-152. 2016.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CORDILHA, Ana Carolina; LAVINAS, Lena. Transformações dos sistemas de saúde na era da financeirização. Lições da França e do Brasil. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, 23(7), p. 2147-2158, 2018.

CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía**. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DÍAZ-CASTROVERDE, José M. Gómez y; LARRUGA, Javier Sanz (Dirs.); SANCHÉZ, Miguel Juane (Coord.). **Lecciones de derecho sanitario**. Corunha: Universidade da Coruña Servicio de Publicacións, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. V. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

DONNANGELO, Maria Cecília Ferro. **Saúde e sociedade**. São Paulo: Hucitec, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESCOREL, Sarah. **Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-General for Parliamentary Research Services, González-Trevijano Sánchez, P. **El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado**: España. Oficina de Publicaciones, 2021.

- ESPAÑA. **Constitución Española de 1978**. Disponível em <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)>. Acesso em 03 jan. 2022.
- ESPAÑA. **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad**. Disponível em <<https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>>. Acesso em 03 jan. 2022.
- FAUSTO, Boris. **Trabalho urbano e conflito social: 1890-1920**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1, jan-jun 2012, p. 148-169.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS**. Folha de São Paulo [online], 2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2012200709.htm>>. Acesso em 30 out. 2021.
- FONSECA, Cristina M. Oliveira. **Saúde no governo Vargas (1930-1945): dualidade institucional de um bem público**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Gênese e precursores do desenvolvimentismo no Brasil. In: BASTOS, Pedro P. Z.; FONSECA, Pedro C. D. (Org.). **A era Vargas: desenvolvimento, economia e sociedade**. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBEC**. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, janeiro/abril 2015, p. 893-914.
- FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; LIMA, Priscila Luciene Santos. Acesso à saúde no Brasil: o programa mais médicos e os problemas para efetivação da garantia constitucional. **Percurso**, Curitiba, v. 3, n. 30, p. 57-79, 2019.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2016.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. Tradução: Lígia Filgueiras. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- FURUBOTN, Erik; RICHTER, Rudolf. **Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics**. Ann Arbor: Michigan University Press, 1997.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCÍA, Belén Alonso-Olea. **Derecho de la protección social**: derecho de la seguridad social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2020.

GIOVANELLA, Ligia *et al.* Cobertura da estratégia saúde da família no Brasil: o que nos mostram as Pesquisas Nacionais de Saúde 2013 e 2019. **Ciência & Saúde Coletiva**, n. 26 (Supl. 1), 2021, p. 2543-2556.

GIRARDI, S. et al. **O trabalho em saúde**: tendências e perspectivas na estratégia da Saúde da Família. *Divulga Saúde Debate* 2010; p. 11-25.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 1, Santa Maria, 2018, p. 238-264. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29084/pdf_1>. Acesso em 15 fev. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, n. 28, Curitiba, 2012, p. 77-122. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/412/317>>. Acesso em 25 jan. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, n. 68, Florianópolis, Jan./Jun. 2014, p. 261-290. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HERITAGE FOUNDATION. **2020 index of economic freedom**. Disponível em <<https://www.heritage.org/index/>>. Acesso em 19 fev. 2021.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito?**: reflexões sobre o papel do direito e do jurista. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

IDP. **IX Fórum Jurídico Brasileiro** – 16/11 – Auditório. Youtube, 16 nov. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=sXso93sW7c4>>. Acesso em 30 nov. 2021.

JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover Publications, 1995.

JIMÉNEZ, Victoria Eugenia Plaza. **La influencia de los lobbies en los poderes del Estado**. 2020. Tese (Doutorado) – Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Derechos humanos: evolución en pro de la dignidad humana. In: LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez; COLÍN, Alfredo Islas (Orgs.). **Derechos humanos: La transformación de la cultura jurídica**. t. 4. Bogotá: Nueva Jurídicas, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? In: DICKSTEIN, Morris (Org.). **The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture**. Durham: Duke University Press, 1998.

MACHADO, Roberto; LOUREIRO, Angela; LUZ, Rogerio; MURICY, Katia. **Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

MAGALHÃES, Lincoln Mattos; LEITÃO, André Studart; GUTIERREZ, Daniel Mota. A falibilidade das decisões judiciais sob o enfoque dos viesamentos comportamentais cognitivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1014, abr. 2020, p. 285-305.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. Tradução: Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, Ludwig von. **A mentalidade anticapitalista**. Tradução: Adelize Godoy. Campinas: Vide Editorial, 2015.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 3, n. 2, 2002, São Paulo, p. 09-30.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo Judicial, Autorestrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein**. Londrina: Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-21, nov. 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Campinas: Vide Editorial, 2016.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**. N. 14, Alicante, 1993, p. 169-194.

OSTOS, José Martin (Dir.); RÍOS, Blanca Martín (Coord.) **Derecho y pandemias**. Sevilha: Astigi, 2021.

PATTERSON, Dennis. **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010.

PÉREZ, José Luis Monereo; INIESTA, Guillermo Rodríguez (Dir.). **Tratado de derecho de la seguridad social**. T. 1. Murcia: Ediciones Laborum, 2017.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. “Criação do direito” e “criação de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 5, n. 2, 2019, p. 78-92.

PIERDONÁ, Zélia Luiza, FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial. **Revista Justiça Do Direito**, 34(1), p. 57-75, 2020.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. **Católica Law Review**, v.3, n. 1, jan. 2019, Universidade Católica do Porto, Porto, p. 159-183.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, nov. 2009, p. 6042-6055. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdf>. Acesso em 08 dez. 2021.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. In: VILLATORE, Marco Antônio César; ROMERO, Francisca Moreno (Orgs.). **Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha**, v. 6, Ediciones Laborum, Madrid, p. 87-104.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SANTOS, Larissa Dias Puerta dos. A atuação estatal desempenhada para fomentar o desenvolvimento brasileiro. **Justiça do direito**, v. 31, n. 1, p.170-187, jan./abr. 2017.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSSAS, Cristina de Albuquerque. **Saúde e trabalho: A crise da previdência social**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981

ROMER, Christina D.; ROMER, David H. The macroeconomic effects of tax changes: estimates based on a new measure of fiscal shocks. **American Economic Review**, v. 100, n. 3, p. 763-801, jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção jurídica dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito**

constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. ed. ampl. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo; OLIVEIRA, Elizabeth M. de. **Prevenir e curar**: O controle social através dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução A. S. Lima. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm!. **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução: João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

SOUSA, Paulino Artur Ferreira de. O sistema de saúde em Portugal: realizações e desafios. In: **Acta Paulista de Enfermagem**, 2009; v. 22 (Especial - 70 Anos), p. 884-894.

STEGMÜLLER, Klaus. O agir econômico como motor da política de saúde na Alemanha: consequências para a prevenção e promoção da saúde. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, 14(3), p. 889-897, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução de Luiz Moreira, Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass. **Beyond Judicial Minimalism**. Tulsa Law Review, v. 43, p. 825-842. 2007.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Reforma(s) e estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS. **Revista Saúde e Sociedade** v. 16, n. 1, p. 7-17, jan-abr 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. O dilema da reforma sanitária brasileira. In: BERLINGUER, G.; TEIXEIRA, S. M. F.; CAMPOS, G. W. S. (org.). **Reforma sanitária Itália e Brasil**. São Paulo: Hucitec/Cebes, 1988.

TELLO, Pilar Jiménez; MALLOL, Manuel Ballbé. *El juez como motor del cambio y de integración global*. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana (Ed.). **Cuestiones actuales del Derecho Público**. *Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies / Grupo de Investigación Derecho Público Global (UDC)*, p. 635-654, 2014.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo. **SUR – Internacional Journal on Human Rights**, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 159-179.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría et al. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

WHYNES, David K. Towards an Evidence-Based National Health Service?. **The Economic Journal**, V. 106, N. 439, p. 1702-1712, Nov. 1996.

**ANEXO A – PROTOCOLOS DE PESQUISA NOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS**



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

STJ - Ouvidoria - Demanda enviada

1 mensagem

Ouvidoria do STJ <naoresponda@stj.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 22:25

Demanda enviada com sucesso em 27/10/2021 às 17:25.

O número da sua demanda é: **48730**.

Você receberá sua resposta no prazo máximo de 30 dias.

Atenciosamente,

Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com OUVIDORIA/TJAC

1 mensagem

TJAC <no-reply@tjac.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:34

Responder a: TJAC <no-reply@tjac.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Este é um e-mail automático.

Seu contato foi recebido pela OUVIDORIA/TJAC e registrado no Processo Administrativo 0007151-81.2021.8.01.0000 (Ouvidoria - Pedido de Informação).

A resposta será encaminhada, com a maior brevidade possível, para este endereço de e-mail.

> Formulário de Ouvidoria

>

> Data de Envio:

> 27/10/2021 06:34:28

>

> Nome:

> Lourenço de Miranda Freire Neto

>

> E-mail:

> lourencomiranda@gmail.com

>

> CPF:

> 085.327.654-40

>

> Estado:

> SP

>

> Cidade:

> São Paulo

>

> Deseja Retorno:

> Sim

>

> Mensagem:

> Prezados(as),

>

> Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

> POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

>

> Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

> 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

> 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

> 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

>
> Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.
>
> Atenciosamente,
>
> Lourenço de Miranda Freire Neto
> <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>
>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Nova Manifestação criada sob o protocolo no. 12915 via Web

1 mensagem

Ouvidoria Judiciária <ouvidoria@tjam.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:44

Para: lourencomiranda@gmail.com

Manifestacao de protocolo nº 12915, na qual o Sr(a) Lourenço de Miranda Freire Neto (CPF no. 085.327.654-40) registra um(a) Informação sobre Indefinido via Web.

Local: Não registrado

Nº Processo: Não registrado

Para acompanhar as movimentações de sua manifestação, acesse [Site Ouvidoria](#) / [Fale Conosco](#) / [Acompanhe sua Manifestação](#).

Manifestação:

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto

<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

TJAP Ouvidoria: Registro de Manifestacao: 1466

1 mensagem

ouvidoria@tjap.jus.br <ouvidoria@tjap.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:42

Responder a: ouvidoria@tjap.jus.br

Para: lourencomiranda@gmail.com

Prezado(a) Lourenço de Miranda Freire Neto
Registramos sua manifestação sob o número 1466.

Seu relato:

Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Em breve você estará recebendo uma resposta desta manifestação:

Informamos também que sua manifestação poderá ser acessada através do link https://sig.tjap.jus.br/control_ouvidoria/control_ouvidoria.php, informado o N° Protocolo: 1466 e senha: I0405I.

Atenciosamente,

Ouvidoria TJAP



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Abertura da Solicitação - TJBA

1 mensagem

Ouvidoria - TJBA <ouvidoria@tjba.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 19:46

OUVIDORIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

=====

A solicitação foi aberta pela Ouvidoria - TJBA.

Número da solicitação: 2/2021

Nome do solicitante: LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

Data: 27/10/2021 08:52:03

Informamos que seu e-mail foi registrado com o número da solicitação acima no sistema desta Ouvidoria Judicial.

Para consultar a solicitação acesse o site do Tribunal de Justiça e clique no ícone "Ouvidoria".

<http://www.tjba.jus.br/>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Acesso à Informação - Judicialização da saúde

2 mensagens

Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>
Para: ouvidoria@tjdft.jus.br

27 de outubro de 2021 20:04

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada “INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL”.

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?**
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?**
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?**

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto

<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

--
Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

--
Aviso legal: Esta mensagem eletrônica e seus respectivos anexos podem conter informações confidenciais. Se você não é o(a) destinatário(a) correto(a) e/ou o conteúdo do e-mail não lhe diz respeito, notifique-nos, respondendo este e-mail, e apague-o imediatamente. Ademais, fica, desde já notificado que, mesmo se for o(a) destinatário(a) correto(a), a utilização do conteúdo desta mensagem para qualquer fim, sem expressa autorização, é estritamente proibida e ilegal.

OUVIDORIA <ouvidoria@tjdft.jus.br>
Para: Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

27 de outubro de 2021 20:12

Senhor Lourenço,

Agradecemos por utilizar os serviços da Ouvidoria-Geral do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Informamos que o número de sua manifestação é **2021-146799**.

Ao registrar a sua manifestação por meio deste canal, você concorda com o tratamento de seus dados pessoais, em conformidade com a [Política de Privacidade dos Dados das Pessoas Físicas do TJDF](#) e com o [Termo de Uso da Ouvidoria-Geral](#).

Seus dados poderão ser compartilhados apenas nos casos em que a identificação seja imprescindível para a análise, pela unidade responsável, da manifestação apresentada à Ouvidoria.

Caso não concorde, nos informe, por gentileza, em até **2 (dois) dias úteis**, a partir do recebimento desta mensagem.

A ausência de resposta no prazo mencionado será considerada **anuência** ao Termo de Uso em sua totalidade.

No prazo de até **8 (oito) dias úteis**, a partir de sua concordância, a Ouvidoria entrará em contato para oferecer resposta preliminar ou definitiva, conforme a natureza e a complexidade da demanda.

Para consultar o andamento da manifestação, [clique aqui](#).

Agradecemos a confiança depositada.

OUVIDORIA-GERAL DO TJDF
0800 61 46466
O Tribunal de Justiça quer ouvir você!

De: Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>
Enviado: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 15:04
Para: OUVIDORIA <ouvidoria@tjdft.jus.br>
Assunto: Acesso à Informação - Judicialização da saúde

[Texto das mensagens anteriores oculto]



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Novo Formulario Manifestação - Portal

1 mensagem

ouvidoria@tjes.jus.br <ouvidoria@tjes.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 15:32

Bom dia,

Manifestação recebida com sucesso conforme dados abaixo.

Manifestação Recebida

Nome Completo: Lourenço de Miranda Freire Neto

E-mail: lourencomiranda@gmail.com

CPF: 085.327.654-40

Categoria do Usuário: Estudante

Estado: SP

Cidade: SÃO PAULO

Tipo: Pedido de Informação

Mensagem:

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada ?INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL?.

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Estamos à disposição.

Atenciosamente,

Ouvidoria Judiciária



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria - Confirmação de Cadastro

1 mensagem

Ouvidoria do Poder Judiciário do Estado de Goiás <ouvidoria@tjgo.jus.br>

27 de outubro de 2021 15:39

Para: lourencomiranda@gmail.com

Prezado(a) Lourenço de Miranda Freire Neto,

Sua manifestação foi registrada sob nº 213.191.893.343, em 27/10/2021 e será encaminhada para providências, com prazo de resposta previsto até 17/11/2021. Para consultar o andamento da sua manifestação acesse o link: [.?codigo=213191893343](https://tjgo.jus.br/ouvidoria/manifestacao/consultar?codigo=213191893343).

A Ouvidoria do Poder Judiciário do Estado de Goiás agradece a sua colaboração para a melhoria dos serviços prestados por esta Instituição e, na oportunidade, reitera a importância de sua participação na resposta à Pesquisa de Satisfação para avaliar nosso atendimento.

Participe da Pesquisa clicando na link abaixo.

<https://goo.gl/forms/QjAMwjzVtTSXPX0w1>

Pessoalmente ou Correspondências: Avenida Assis Chateaubriand, 195, Térreo, Setor Oeste - Goiânia-Goiás - CEP: 74130-011.

Atendimento telefônico ao público de 2ª a 6ª feira das 12h às 18h.

Telefone: (62) 3216-2940

Site:

Atenciosamente,

Desembargador Amaral Wilson de Oliveira
Ouvidor do Poder Judiciário do Estado de Goiás



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

OUVIDORIA TJMA - Confirmação de contato

1 mensagem

ATENDE <noreply@tjma.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 15:45

CONFIRMAÇÃO DE CADASTRO

Registro Ouvidoria/TJMA: 46052021

Prezado(a) Sr(a). Lourenço de Miranda Freire Neto,

A Ouvidoria do Poder Judiciário do Estado do Maranhão informa o recebimento de sua manifestação, a qual foi cadastrada sob o protocolo acima.

A sua manifestação será analisada e em caso de procedência, entraremos em contato com a unidade jurisdicional responsável para esclarecimentos e/ou solução do problema relatado e, dentro do prazo máximo de até 20 dias úteis, lhe repassaremos as informações obtidas e/ou medidas adotadas no intuito de solucionar a problemática.

Em caso de dúvidas quanto ao andamento de sua manifestação, o(a) Sr(a). poderá consultá-la pelo link <https://sistemas.tjma.jus.br/attende/xhtml/frmAvisoOuvidoria.jsf>, na seção "**Consulte a sua manifestação**" preenchendo os seguintes dados:

- 1 - Número da Manifestação;
- 2 - número de CPF ou CNPJ;
- 3 - e-mail.

Após o preenchimento dos dados solicitados, será enviado automaticamente relatório contendo todas as providências adotadas para solução da presente manifestação ao endereço eletrônico registrado.

Caso o(a) manifestante não possua e-mail, também poderá obter esclarecimentos ligando para o nosso call center, o Telejudiciário, através do 0800-7071581 ou ainda para os telefones (98) 31945842/5841/5838.

Atenciosamente,

Ouvidoria do Poder Judiciário do Estado do Maranhão
0800-7071581



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

CANAL INFORMAÇÃO - TJMG

1 mensagem

naoresponda@tjmg.jus.br <naoresponda@tjmg.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 16:15

Prezado(a) Lourenço de Miranda Freire Neto

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais agradece sua manifestação no Canal Fale com o TJMG. Informamos que sua(s) demanda(s) foi registrada(s) no processo(s) 0302180-44.2021.8.13.0000.

Para acompanhar o andamento da sua manifestação digite o número desse processo no campo 'Nº do Processo ou Documento', em seguida clique em 'Pesquisar'. [Acesse aqui](#).

Se necessário faremos contato pelo e-mail indicado no ato do seu cadastro.

Atenciosamente,

Canal Fale com o TJMG.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Protocolo Nº: 0051107-71.2021.8.11.0000

1 mensagem

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso - Ouvidoria <noreply@tjmt.jus.br> 27 de outubro de 2021 15:50
Para: lourencomiranda@gmail.com

Protocolo Nº: 0051107-71.2021.8.11.0000**Sigiloso:** NãoVocê pode acompanhar a sua manifestação clicando [aqui](#)**Tipo de Manifestação:** Pedido de Informação**Nome:** LOURENCO DE MIRANDA FREIRE NETO**E-mail:** lourencomiranda@gmail.com**CPF:** 085.327.654-40**Telefone(s):** (11) 9 9196-4121**Data:** 27/10/2021 - **Hora:** 09:50:30**Nº Processo/Código:** 0051107-71.2021.8.11.0000**Divulgação de Dados Pessoais:** Sim

Descrição: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>





Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria do TJEPa - Confirmação de Cadastro

1 mensagem

Ouvidoria do TJEPa <ouvidoria.judiciaria@tjpa.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 16:34

Prezado(a) Lourenço de Miranda Freire Neto,

Sua manifestação foi registrada sob nº 212.033.242.842, em 27/10/2021 e será encaminhada para providências, com prazo de resposta previsto até 17/11/2021. Para consultar o andamento da sua manifestação acesse o link: <https://apps.tjpa.jus.br/ouvidoria/externo/consulta.do>, digitando o nº de registro acima.

A Ouvidoria Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará confirma o recebimento da presente manifestação, que será analisada e, se for o caso, devidamente encaminhada ao setor competente para as providências e informações cabíveis.

Agradecemos o contato e colocamo-nos à disposição.

P.S.: Por gentileza, com objetivo de aprimorar cada vez mais o atendimento desta unidade judiciária, solicitamos que preencha o formulário de Pesquisa de Satisfação clicando no link abaixo:

<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/formularios/formulario.xhtml?idFormulario=84>

Pessoalmente ou Correspondências: Avenida Pedro Miranda, 1593, esquina com a travessa Angustura.

Bairro: Pedreira

Segunda a Sexta Feira, das 09:00 as 13:00 horas

Telefone: (91) 3131-1619 ou (91) 3131-1600

Fax:

Site: www.tjpa.jus.br

Atenciosamente,

Rosi Maria Gomes de Farias
Ouvidor do TJEPa



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria - Número e Senha da Manifestação

1 mensagem

ouvidoria@tjpb.jus.br <ouvidoria@tjpb.jus.br>

27 de outubro de 2021 16:29

Para: lourencomiranda@gmail.com

Lembrete: Abaixo seguem os dados da sua Manifestação.

Número da Manifestação: 8387

Senha: ScZp900

Acompanhe a Manifestação no seguinte endereço: <https://app.tjpb.jus.br/ouvidoria/listarAndamentos.xhtml>

[Início](#) > [Manifestação](#) > [Visualizar](#)

Detalhamento de Manifestação

Dados da Manifestação

NÚMERO DO PROTOCOLO	DATA DE CADASTRO	NATUREZA DO ATENDIMENTO
#5620	27/10/2021	NÃO DEFINIDO

TIPO DE RESPOSTA	TIPO DE USUÁRIO	PRIORIDADE LEGAL
E-MAIL	CIDADÃO	NÃO SE APLICA

DADOS SIGILOSOS?	L. A. I.	LEI 7115
Não	Sim	Não

NPU

-

DESCRIÇÃO DA MANIFESTAÇÃO

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE

SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL”.

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde?

Se sim, qual(is)?

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Anexos

Nenhum arquivo adicionado.

Histórico

27/10/2021
16:46



**EM
TRIAJE
M**

Criação da
Manifestação



← Voltar



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Registro de Manifestação

1 mensagem

no-reply@tjpr.jus.br <no-reply@tjpr.jus.br>

27 de outubro de 2021 16:41

Para: lourencomiranda@gmail.com

Sua manifestação foi registrada sob o número **2021-004700**.

Oportunamente, serão tomadas as medidas adequadas ao seu prosseguimento. Em breve entraremos em contato.

Para consultar o andamento da manifestação, [clique aqui](#).

E-mail enviado automaticamente. Por favor, não responda esta mensagem.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Fale Conosco Ouvidoria

1 mensagem

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro <ouvidoriageral@tjrj.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 17:03

Prezado(a) Sr(a) Lourenço de Miranda Freire Neto,

Sua manifestação foi recebida pelo Fale Conosco da Ouvidoria.

Guarde o número de sua manifestação para consultas posteriores.

Número: 2021.025677

Tipo de Manifestação: 7 - Lei de Acesso à Informação

Nome: Lourenço de Miranda Freire Neto

Canal de Acesso: 1 - Formulário Eletrônico

Telefone(s): NÃO INFORMADO

E-mail: lourencomiranda@gmail.com

Origem do Processo: NÃO INFORMADO

Processo: NÃO INFORMADO

Descrição da Manifestacao: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada ¿INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL¿. Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Manifestação Sigilosa: Não

Data\Hora: 27/10/2021 12:03:35

[Início](#) [Alterar senha](#) [Registrar pedido](#) [Consultar Pedido](#) [Ajuda](#) [Sair](#)

Visualizando o pedido

[Pedido](#) [Trâmites](#) [Providências](#) [Resposta](#)

Dados

Id: 494

Revisão: Atual

Forma de recebimento da resposta: Pelo sistema (com avisos por email)

Resumo da Solicitação: Pedido de Informações - Judicialização da Saúde

Detalhamento da Solicitação: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada *INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL*. Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Solicitante: Lourenço de Miranda Freire Neto

Solicitante email: lourencomiranda@gmail.com

Data do pedido: 27/10/2021 13:05:32

Download



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Abertura de Solicitação: 966881

1 mensagem

auto-resposta-sdm@tjrs.jus.br <auto-resposta-sdm@tjrs.jus.br>
Para: ouvidoria@tjrs.jus.br, lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 18:58

Abertura de Chamado

Prezado Sr.(a) Lourenço de Miranda Freire Neto,

Informamos da abertura de Solicitação: 966881

Resumo do Chamado: Pedido de Informações

Data de Abertura: 27/10/2021 13:58:52

Mensagem gerada de forma automática pelo Sistema. Por favor não responder.

Atenciosamente,

Central de Atendimento do Departamento de Informática - CADI

Inicial

Manifestação

Gerenciar

Sair

Sua manifestação foi registrada em nossa base de dados gerando o seguinte número de protocolo 20211000239 .

O andamento dessa manifestação poderá ser acompanhado no endereço eletrônico <http://www.tjse.jus.br/ouvidoria/> informando esse número.

Nº Protocolo

20211000239

Voltar



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

[TJSP] Solicitação 2021/00115484 - Comprovante

1 mensagem

cpa.notificacao@tjsp.jus.br <cpa.notificacao@tjsp.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 19:48



Olá, Lourenço de Miranda Freire Neto.

Informamos que o comprovante da solicitação **2021/00115484** encontra-se disponível no Portal.

1. [Informações do cidadão](#)

[Acessar Portal](#)

Esta é uma mensagem automática. Por favor, não responda este e-mail.

Portal de Solicitações - TJSP

Problemas com acesso ao Portal? Entre em contato com o suporte no 0800-770-5779





Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com OUVIDORIA/TJ-TO

1 mensagem

Ouvidoria/TJ-TO <ouvidoria@tjto.jus.br>

27 de outubro de 2021 19:55

Responder a: Ouvidoria/TJ-TO <ouvidoria@tjto.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Este é um e-mail automático.

Para confirmar sua solicitação clique no link abaixo, ou copie e cole o mesmo na barra de endereço do seu navegador:

<https://sei.tjto.jus.br/sei/modulos/tjto/ouvidoria/formulario/link.php?op=link&hash=eea8be483103aa6df5e7edf16d954609>

Dados da Solicitação:

Nome: Lourenço de Miranda Freire Neto

Sexo: Masculino

e-mail: lourencomiranda@gmail.com

CPF: 08532765440

Telefone: (11) 9919-64121

Estado: São Paulo

Cidade: São Paulo

Tipo de Manifestação: SIC - Serviço de informação ao Cidadão

Processos:

Mensagem: Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada ?INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL?.

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto

<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Data da Solicitação: 27/10/2021

AVISO:

Exclua este e-mail caso não tenha feito esta solicitação.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com OUVIDORIA/TRF1

1 mensagem

TRF1 <no-reply@trf1.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:22

Responder a: TRF1 <no-reply@trf1.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Este é um e-mail automático.

Seu contato foi recebido pela OUVIDORIA/TRF1 e registrado no Processo Administrativo 0085066-04.2021.4.01.8000 (Pedido de Informação).

A resposta será encaminhada, com a maior brevidade possível, para este endereço de e-mail.

> Formulário de Ouvidoria

>

> Data de Envio:

> 27/10/2021 08:22:14

>

> Nome:

> Lourenço de Miranda Freire Neto

>

> E-mail:

> lourencomiranda@gmail.com

>

> CPF:

> 085.327.654-40

>

> Telefone:

> (11) 99196-4121

>

> Estado:

> SP

>

> Cidade:

> São Paulo

>

> Deseja Retorno:

> Sim

>

> Mensagem:

> Prezados(as),

>

> Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

> POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

>

> Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

> 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

> 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo

e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

> 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

>

> Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

>

> Atenciosamente,

>

> Lourenço de Miranda Freire Neto

> <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

SIC - TRF2 - Pesquisas - Informação

1 mensagem

Formulário SIC <wordpress@www10.trf2.jus.br>
Responder a: lourencomiranda@gmail.com
Para: sic@trf2.jus.br, lourencomiranda@gmail.com

27 de outubro de 2021 13:25

**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO**

FORMULÁRIO**Órgão:** TRF2 **Assunto:** Pesquisas **Demanda:** Informação**Nome:** Lourenço de Miranda Freire Neto**E-mail:** lourencomiranda@gmail.com **CPF:** 08532765440 **OAB:****Telefone:** **Endereço:****Processo:****Relato:** Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

(*) Fica o solicitante ciente de que o prazo de resposta é de até 20 dias corridos desde a data da solicitação.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com OUVIDORIA/TRF3

1 mensagem

TRF3 <naoresponda@trf3.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:27

Responder a: TRF3 <naoresponda@trf3.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Seu contato foi recebido pela OUVIDORIA/TRF3 e registrado como Processo Administrativo nº 0313950-05.2021.4.03.8000 (Ouvidoria - Pedido de informação).

O prazo para resposta é de até 30 dias.

Após as providências internas devidas, a resposta será encaminhada para este endereço de e-mail. Caso não receba comunicação dentro do prazo acima, pedimos que retorne mensagem a esta Ouvidoria.

Agradecemos a sua iniciativa.

Atenciosamente,

Ouvidoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região

> Formulário de Ouvidoria

>

> Data de Envio:

> 27/10/2021 08:27:53

>

> Nome:

> Lourenço de Miranda Freire Neto

>

> E-mail:

> lourencomiranda@gmail.com

>

> CPF:

> 085.327.654-40

>

> Telefone:

> (11) 99196-4121

>

> Estado:

> SP

>

> Cidade:

> São Paulo

>

> Deseja Retorno:

> Não

>

> Mensagem:

> Prezados(as),

>

> Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

> POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL.

- >
- > Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:
- > 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- > 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- > 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?
- >
- > Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.
- >
- > Atenciosamente,
- >
- > Lourenço de Miranda Freire Neto
- > <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>
- >



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com OUVIDORIA/TRF4

1 mensagem

TRF4 <naoresponder@trf4.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:29

Responder a: TRF4 <naoresponder@trf4.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Este é um e-mail automático.

Seu contato foi recebido pela OUVIDORIA/TRF4 e registrado no Processo Administrativo 0009436-55.2021.4.04.8000 (Pedido de Informação).

A resposta será encaminhada, com a maior brevidade possível, para este endereço de e-mail.

> Formulário de Ouvidoria

>

> Data de Envio:

> 27/10/2021 08:29:55

>

> Nome:

> Lourenço de Miranda Freire Neto

>

> E-mail:

> lourencomiranda@gmail.com

>

> CPF:

> 085.327.654-40

>

> Telefone:

> (11) 99196-4121

>

> Estado:

> SP

>

> Cidade:

> São Paulo

>

> Deseja Retorno:

> Sim

>

> Mensagem:

> Prezados(as),

>

> Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

> POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

>

> Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

> 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

> 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

- > 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?
- >
- > Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.
- >
- > Atenciosamente,
- >
- > Lourenço de Miranda Freire Neto
- > <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>
- >
- > Relação com a Justiça Federal:
- > Cidadão
- >



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com SIC/TRF5

1 mensagem

TRF5 <no-reply@trf5.jus.br>

27 de outubro de 2021 13:31

Responder a: TRF5 <no-reply@trf5.jus.br>

Para: Lourenço de Miranda Freire Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Este é um e-mail automático.

Seu contato foi recebido pelo Serviço de Informações ao Cidadão/TRF5 e registrado no Processo Administrativo 0009039-59.2021.4.05.7000 (Pedido de Informação).

A resposta será encaminhada, com a maior brevidade possível, para este endereço de e-mail.

> Formulário de Ouvidoria

>

> Data de Envio:

> 27/10/2021 08:31:47

>

> Nome:

> Lourenço de Miranda Freire Neto

>

> E-mail:

> lourencomiranda@gmail.com

>

> CPF:

> 085.327.654-40

>

> Telefone:

> (11) 99196-4121

>

> Estado:

> SP

>

> Cidade:

> São Paulo

>

> Deseja Retorno:

> Sim

>

> Mensagem:

> Prezados(as),

>

> Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:

> POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

>

> Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

> 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

> 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

- > 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?
- >
- > Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.
- >
- > Atenciosamente,
- >
- > Lourenço de Miranda Freire Neto
- > <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>
- >

**ANEXO B – RESPOSTAS INSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS**



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

STJ - Ouvidoria - Resposta à demanda Pedido de Informação - Judicialização da Saúde

1 mensagem

Ouvidoria do STJ <naoresponda@stj.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

24 de novembro de 2021 16:47

Sua demanda foi respondida pela ouvidoria do STJ:

Prezado senhor,

Em atenção à manifestação encaminhada (n. 48730), e enviada às unidades responsáveis, solicitando subsídios para pesquisa de Doutorado quanto aos questionamentos abaixo, repassamos a seguir informações levantadas:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Em anexo, segue planilha com informações que são relativas ao **questionamento n.3** do questionamento feito.

Quanto ao **questionamento de número 2**, informamos que há a [Resolução CNJ n. 349, de 23/10/2020](#), que instituiu o Centro de Inteligência do Poder Judiciário – CIPJ e a rede de Centros de Inteligência do Poder Judiciário, com o objetivo de identificar e propor tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa no Poder Judiciário brasileiro. Dentre as atribuições do CIPJ elencadas no artigo 2º estão a de *encaminhar aos Tribunais Superiores, de forma subsidiária, informações sobre a repercussão econômica, política, social ou jurídica de questões legais ou constitucionais que se repetem em processos judiciais* (inciso III) e a de *articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos* (inciso IX).

Nos termos do artigo 3º, o CIPJ funcionará junto ao Conselho Nacional de Justiça e será constituído por um Grupo Decisório e um Grupo Operacional, cabendo ao primeiro fixar as diretrizes de trabalho do CIPJ e deliberar pela aprovação ou rejeição das notas técnicas que lhe sejam encaminhadas pelo segundo.

§ 1º São membros do Grupo Decisório:

I – o Presidente do Conselho Nacional de Justiça;

II – o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ou um dos Ministros do TST indicados pelo respectivo Presidente;

III – um dos Ministros representantes da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça;

IV – cinco Presidentes de Tribunal de Justiça, escolhidos pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça, em sistema de rodízio de dois anos;

V – um Presidente de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Conselho da Justiça Federal, em sistema de rodízio de dois anos, que poderá indicar o membro do Tribunal Regional Federal com competência na matéria.

§ 2º São membros do Grupo Operacional:

I – O Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica do CNJ;

II – dois Juízes auxiliares da Presidência do CNJ;

III – dois Juízes do Trabalho, indicados pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho;

IV – cinco Juízes de Direito coordenadores do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Tribunal de Justiça ou juízes integrantes de Centros de Inteligência dos Tribunais de Justiça escolhidos pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça, a partir de lista formada por indicações dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, em sistema de rodízio de dois anos;

V – dois Juízes Federais coordenadores do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Tribunal Regional Federal ou Juízes integrantes de Centros de Inteligência da Justiça Federal, em sistema de rodízio de dois anos, indicado pelo Corregedor do Conselho da Justiça Federal;

VI – dois servidores responsáveis pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Tribunais de Justiça, a partir de lista formada por indicações dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, em sistema de rodízio de dois anos;

VII – um servidor responsável pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Tribunais Regionais Federais, em sistema de rodízio de dois anos, indicado pelo Corregedor do Conselho da Justiça Federal;

VIII – o assessor-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça;

IX – um assessor-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, indicado pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho; e

X – um servidor responsável pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Tribunal Regional do Trabalho, em sistema de rodízio de dois anos, indicado pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3º Será facultada, a critério do Presidente do Supremo Tribunal Federal, a participação, como membro do Grupo Operacional, do assessor-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

§ 4º O Presidente do CNJ poderá delegar a presidência das reuniões a um dos Ministros integrantes do Grupo Decisório.

§ 5º As reuniões do grupo operacional serão realizadas preferencialmente por meio eletrônico ou virtual.

§ 6º O Centro de Inteligência do Poder Judiciário - CIPJ será coordenado pela Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica em alinhamento com a Secretaria-Geral.

§ 7º O coordenador poderá designar servidor da SEP para secretariar os trabalhos do Centro de Inteligência do Poder Judiciário - CIPJ.

Ainda, em seu artigo 5º, a Resolução CNJ n. 349/2020, dispõe que o CIPJ manterá banco de dados contendo currículos de especialistas, entidades especializadas ou pessoas diretamente afetadas em temas específicos de interesse do Poder Judiciário.

Infere-se da norma o ideal da gestão nacional cooperativa, com envolvimento daqueles que integram o sistema de justiça, a partir da promoção de diálogo interinstitucional permanente entre os órgãos do Poder Judiciário com interações possíveis não só com os Poderes Executivo e Legislativo, mas com toda a sociedade. Conforme destacado, o Superior Tribunal de Justiça atua não só como destinatário de notas técnicas exaradas pelo CIPJ,

mas participa diretamente dos debates dos Grupos Decisório e Operacional, por meio do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas (COGEPAC) e pela assessora-chefe do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC), respectivamente.

Para dar praticidade e efetividade aos seus propósitos, os membros do CIPJ foram divididos em alguns subgrupos para estudo dos temas atuais de mais impacto para os tribunais brasileiros, dentre os quais o intitulado **Saúde - Tema 793**, com o objetivo de, por meio de confecção de nota técnica, dirimir os conflitos decorrentes da aplicação da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 (**Tema 793** - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde), cujo trabalho, iniciado em maio de 2021 e desenvolvido a partir de contribuições colhidas em reuniões quinzenais, ainda se encontra em curso. Com efeito, a judicialização da saúde no País compreende questões de alta complexidade e relevância para o cidadão e para o Poder Público, de modo a exigir a adoção de medidas para a uniformização do entendimento a ser aplicado pelos tribunais e juízos, a fim de concretizar os princípios da segurança jurídica e da efetiva prestação jurisdicional.

Por fim, em relação ao **questionamento acerca da existência de política institucional voltada especificamente para a judicialização da saúde**, as áreas técnicas, ao serem consultadas, informaram que não existe, no âmbito desta Corte, política voltada ao tema específico.

Colocamo-nos sempre a disposição.

Atenciosamente,

Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça

Favor não responder esta mensagem. Para novos contatos acesse www.stj.jus.br/ouvidoria

Avalie o serviço desta Ouvidoria e nos ajude a melhorar clicando [AQUI](#)

48730cv

Não cabe recurso para esta demanda.

Caso necessite maiores informações, será necessário abrir uma nova demanda.

Atenciosamente,

Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça.

Timbre

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Gabinete da Presidência

Processo Administrativo nº : 0007151-81.2021.8.01.0000
Local : Rio Branco
Unidade : GAPRE
Interessado: : Lourenço de Miranda Freire Neto
Assunto: : Informações sobre intervenção judicial em políticas de saúde

Despacho nº 29620 / 2021 - PRESI/GAPRE

1. Trata-se de e-mail do pesquisador **Lourenço de Miranda Freire Neto**, solicitando informações sobre intervenção judicial em políticas de saúde, no âmbito deste Poder Judiciário.

2. Em resposta à solicitação cumpre informar que 1) Não há política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde; 2) Há abertura para o diálogo interinstitucional entre os Poderes, especialmente com a Secretarias de Saúde, Estadual e Municipal, sempre que há necessidade; 3) Não há controle interno do volume de processos em tramitação nesta Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.

3. Dê-se ciência ao requerente servindo o presente como ofício.

4. Após, encerre-se o feito nesta Presidência.

5. Cumpra-se.

Data e assinatura eletrônicas.

logotipo

Documento assinado eletronicamente por **Desembargadora WALDIRENE Oliveira da Cruz Lima CORDEIRO, Presidente do Tribunal**, em 20/12/2021, às 10:29, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

QRCode Assinatura

A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tjac.jus.br/verifica> informando o código verificador **1105124** e o código CRC **F6FE9A5C**.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
OUVIDORIA JUDICIÁRIA
ouvidoria@tjam.jus.br

Ofício nº 116/2021 OJ

Manaus, 04 de novembro de 2021

Excelentíssimo Senhor
Desembargador Domingos Jorge Chalub Pereira
Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

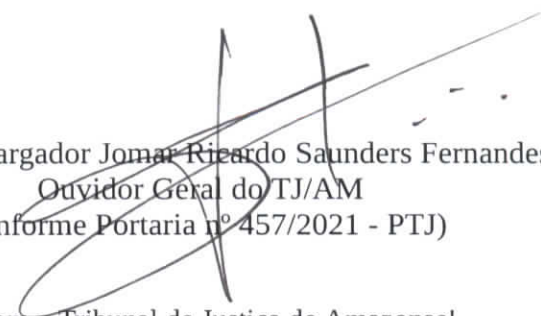
Assunto: Informação nº 12915/2021

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Pelo presente, informo a Vossa Excelência que foi registrada nesta Ouvidoria Judiciária, a manifestação nº 12915/2021, enviada pelo(a) Sr.(a) Lourenço de Miranda Freire Neto, solicitando informações, com base na Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011.

Desta forma, encaminho a referida manifestação protocolada, a fim de que tome conhecimento para os devidos fins.

Respeitosamente,


Desembargador Jomar Ricardo Saunders Fernandes
Ouvidor Geral do TJ/AM
(Conforme Portaria nº 457/2021 - PTJ)

Fale com o Tribunal de Justiça do Amazonas!
Telefones: 0800 72000 / 33035173
www.tjam.jus.br

**DADOS DA MANIFESTAÇÃO**

Protocolo	12915
Status	Ativa
Finalizada Em	-
Assunto	Exercício do Direito
Origem	Web
Local Relacionado	(GABINETE - AP - MAO) Presidência (Gabinete)
Tipo	Informação
Nome Manifestante	LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO
CPF/CNPJ Manifestante	085.327.654-40
Email Manifestante	lourencomiranda@gmail.com
Endereço Manifestante	
CEP Endereço Manifestante	
Telefone Manifestante	1199164121
Celular Manifestante	
Telefone para Contato	
Nº Processo Relacionado	
Partes do Processo	
UF Endereço Manifestante	SP
Cidade Endereço Manifestante	São Paulo
Relacionamento Conosco	Cidadão(ã)
Preferência de Resposta	Por E-mail
Criado(a) Em	27/10/2021 07:44
Criado(a) Por	Não configurado

Texto da Manifestação:

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

MOVIMENTAÇÕES DA MANIFESTAÇÃO #12915

Exibindo 1-1 de 1 resultado.

#	Estado	Agendamento	Criado(a) Em	Responsável	Texto Interno
1	Ñ Realizada	27/10/2021	27/10/2021 08:00	ricardo.barbosa-of.	Ofício à Presidência.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
NÚCLEO DE ESTATÍSTICA E GESTÃO ESTRATÉGICA

Tabela: Acervo processual em Direito da Saúde - TJAM, Novembro 2021.

Assunto	Acervo
DIREITO DA SAÚDE	2
Doação e transplante de órgãos, tecidos ou partes	0
Genética / Células Tronco	4
Mental	0
Internação compulsória	11
Internação involuntária	2
Internação voluntária	3
Pública	0
Fornecimento de insumos	0
Cadeira de rodas / cadeira de banho / cama hospitalar	6
Curativos/Bandagem	1
Fraldas	1
Fornecimento de medicamentos	0
Oncológico	6
Registrado na ANVISA	0
Não padronizado	8
Padronizado	6
Sem registro na ANVISA	4
Internação/Transferência Hospitalar	2
Leito de enfermaria / leito oncológico	6
Unidade de terapia intensiva (UTI) / unidade de cuidados intensivos (I	15
Sistema Único de Saúde (SUS)	1
Controle Social e Conselhos de Saúde	8
Convênio médico com o SUS	7
Financiamento do SUS	4
Reajuste da tabela do SUS	0
Repasse de verbas do SUS	0
Ressarcimento do SUS	2
Terceirização do SUS	0
Tratamento médico-hospitalar	0
Cirurgia	17
Eletiva	8
Urgência	28
Consulta	23
Diálise/Hemodiálise	1
Vigilância Sanitária e Epidemiológica	5
Suplementar	0
Planos de saúde	8
Fornecimento de insumos	28
Fornecimento de medicamentos	42
Reajuste contratual	12
Tratamento médico-hospitalar	123
Total	394

Fonte: SajEst e Projudi, Novembro 2021.

Timbre

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Av. André Araújo, S/N - Bairro Aleixo - CEP 69060-000 - Manaus - AM - www.tjam.jus.br

OFÍCIO Nº OFÍCIO 010.2021-NATJUS/TJAM

Ao Senhor

Pesquisador do Doutorado em Direito Político e Económico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convenio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

Manaus-Am

Assunto: Resposta aos questionamentos formulados por ocasião da pesquisa intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Senhor Pesquisador,

Cumprimento cordialmente Vossa Senhoria, sirvo-me do presente para encaminhar questionário respondido, avençado ao Ofício nº 116/2021 OJ, de 04 de novembro de 2021, para finalidades de pesquisa científica.

Nesse contexto, elucidamos acerca do Comitê Estadual de Saúde do Amazonas – CES, instituído por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, é uma estrutura organizacional que compõe o Fórum Nacional da Saúde do CNJ, integrante do Comitê Executivo Nacional do CNJ, estabelecido com a finalidade de conduzir as atividades do Fórum Nacional da Saúde e Políticas de Saúde.

O Comitê Estadual de Saúde do Amazonas – CES, criado por meio da Resolução 16/2018, de 29 de novembro de 2018, no âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas, atua como órgão responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de sua respectiva unidade da Federação, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade, a produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como, promover a integração dos entes envolvidos na assistência à saúde por meio do diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes às demandas de saúde, deliberar sobre o tema, propondo os encaminhamentos que julgar pertinentes, promovendo a solução dos conflitos judicializados de saúde e ações que visem a prevenção de judicialização da matéria, assim como, atuar no incentivo de boas práticas de prestação de atendimento eficiente à saúde prestado à sociedade, podendo ainda, mediar conciliações dos conflitos de saúde.

No que tange aos questionamentos elencados, seguem os esclarecimentos pontuados na pesquisa:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Sim, o Comitê Estadual de Saúde do Amazonas – CES, instituído por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, sendo uma estrutura organizacional que compõe o Fórum Nacional da Saúde do CNJ, integrante do Comitê Executivo Nacional do CNJ, estabelecido com a finalidade de conduzir as atividades do Fórum Nacional da Saúde. O Comitê Estadual de Saúde do Amazonas – CES, criado por meio da Resolução 16/2018, de 29 de novembro de 2018, atua como órgão responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de sua respectiva unidade da Federação, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade, a produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como, promover a integração dos entes envolvidos na assistência à saúde por meio do diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes às demandas de saúde, deliberar sobre o tema, propondo os encaminhamentos que julgar pertinentes, promovendo a solução dos conflitos judicializados de saúde e ações que visem a prevenção de judicialização da matéria, assim como, atuar no incentivo de boas práticas de prestação de atendimento eficiente à saúde prestado à sociedade, podendo ainda, mediar conciliações dos conflitos de saúde, presididas pela Magistrada Coordenadora-Geral do Comitê, Dra. Etelvina Lobo Braga.

O Comitê Estadual de Saúde do Amazonas possui em sua estrutura o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas – NATJUS-Am, setor instituído no âmbito de suas competências, por meio da Resolução 16/2018, de 29 de novembro de 2018, tendo a função de prestar informações técnicas aos Magistrados, baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, observando-se, na sua criação, o disposto no § 2º do art. 156 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, a fim de subsidiar as Decisões das demandas judicializadas de saúde pública.

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde?

Sim, o Comitê Estadual de Saúde do Amazonas, instituído no âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas, sendo órgão integrante do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas – NATJUS-AM.

2.1- Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Sim, No âmbito Federal, Estadual, Municipal, por meio do Comitê Estadual de Saúde do Amazonas, instituído com a composição de membros de todos os entes citados, conforme cópia da portaria de composição o citado Comitê que segue anexa, e Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas NATJUS-AM, possuindo, este último, seu funcionamento por meio de Acordos de Cooperação Técnica 009/2018 – TJ e 010/2018 – TJ, firmados com a Prefeitura de Manaus, por meio da Secretaria Municipal de Saúde e com o Governo do Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Estado de Saúde, respectivamente.

Dessa forma, as consultas às Secretarias de Saúde supracitadas por ocasião do acordo firmado, são realizadas diariamente, quando diante dos litígios em matéria de saúde que demandem manifestação técnica, a fim de subsidiar o Julgador nas Decisões pertinentes às demandas judicializadas de saúde pública, tendo até a presente data o total de 182 (cento e oitenta e duas) manifestações no transcorrer do corrente ano, sendo 162 (cento e sessenta e duas) Respostas Técnicas e 20 (vinte) Notas Técnicas, assim como, realização de diligências administrativas.

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre

efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Sim. Os sistemas de processamento das ações judiciais, Sistema de Automação Judicial SAJ e PROJUDI, sistemas utilizados pelo Tribunal de Justiça do Amazonas para processar e julgar as demandas judicializadas, seguindo os assuntos das tabelas processuais do CNJ, dentre as quais estão inseridas os temas referentes às demandas judicializadas de saúde, nos quais podem ser gerados relatórios de qualquer tipo de aferição de controle e tramitação de processos, por meio dos quais é realizado o controle e estatística de todos os processos entrados.


Sendo o que havia para informar, fazemos votos de sucesso na pesquisa e carreira, nos colocando à disposição para demais colaborações e registrando nosso interesse em ter acesso ao resultado da pesquisa em andamento.


Atenciosamente,

Luandy Lemos de Paula

Secretária do Comitê Estadual de Saúde do Amazonas

Secretaria do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas

 Documento assinado eletronicamente por **Luandy Lemos de Paula, Secretário(a)**, em 26/11/2021, às 12:59, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

 A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tjam.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0394877** e o código CRC **3079E87E**.

2021/000021714-00

0394877v2

Timbre

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
 Av. André Araújo, S/N - Bairro Aleixo - CEP 69060-000 - Manaus - AM - www.tjam.jus.br

INFORMAÇÃO

PROC. ADM.: 2021/000021714-00

ASSUNTO: Saúde Pública

Trata-se de solicitação, via Despacho Id. 0383340, para prestar informações constantes dos autos do processo administrativo em epígrafe, tendo como parte interessada o Sr. Lourenço de Miranda Freire Neto, conforme solicitado em Ofício Id. 0381730.

Informo que, referente ao item 3 do Ofício, o TJAM possui controle interno dos processos de saúde de acordo com suas classificações processuais de assunto, conforme definido nas Tabelas Processuais Unificadas do CNJ. Desta maneira, encaminhamos anexo Id. 0394941 com o quantitativo atual de processos da hierarquia "Direito da Saúde" em tramitação no TJAM.

É o que nos cabe informar, o Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica segue à disposição para maiores esclarecimentos.

Respeitosamente,

José Edson Ferreira Nunes Júnior

Coordenador do Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica

logotipo

Documento assinado eletronicamente por **JOSÉ EDSON FERREIRA NUNES JÚNIOR**,
Coordenador(a), em 26/11/2021, às 13:10, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

QRCode Assinatura

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tjam.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0394931** e o código CRC **E7FF0ED4**.

Timbre

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Av. André Araújo, S/N - Bairro Aleixo - CEP 69060-000 - Manaus - AM - www.tjam.jus.br**DESPACHO**

Trata-se de processo oriundo da Ouvidoria Judiciária, referente à manifestação registrada no Sistema SOJAM, em que solicita informações deste Tribunal de Justiça, com base na Lei de Acesso à Informação nº. 2.527/2011, a fim de subsidiar pesquisa de Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Certidão, às fls. 0394991, atestando a prestação de informações por parte da equipe do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário do Amazonas e do Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica.

Ante o exposto, de ordem do Senhor Secretário-Geral de Justiça, encaminham-se os autos a Secretaria de Expediente para cientificar o requerente quanto às informações às fls. 0394877, 0394931, 0394941.

Atenciosamente,

(Assinado digitalmente)

Marcos Henrique Jean de Mendonça

Analista Judiciário - Matrícula 0008.157-4B

logotipo

Documento assinado eletronicamente por **Marcos Henrique Jean de Mendonça, Analista Judiciário**, em 26/11/2021, às 14:01, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

QRCode Assinatura

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tjam.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0395037** e o código CRC **6F926FFF**.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

TJAP Ouvidoria: Resposta da manifestacao: 1466

1 mensagem

ouvidoria@tjap.jus.br <ouvidoria@tjap.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

18 de novembro de 2021 14:28

Prezado(a) Lourenço de Miranda Freire Neto
Segue abaixo a resposta da sua manifestação de número 1466.

Seu relato:

Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Resposta ao relato:

Resposta referente ao Processo Nº 202112991

De ordem, encaminho respostas do presente processo.

1 – Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)??

Sim. Cumpre informar que existe uma política institucional no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá voltada especificamente para a Judicialização da Saúde executada pelo Comitê Estadual de Saúde e pelo Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário.

Cabe ressaltar que o NATJUS funciona em parceria através de convênio celebrado entre o Tribunal de Justiça, Estado do Amapá e o Município de Macapá para a elaboração de Notas Técnicas. O Comitê Estadual de Saúde e o Natjus - este regulamentado pela resolução 1111/2016 TJAP publicada no dia 13 de dezembro do ano de 2016, foram criados através da Resolução 107/2010 do CNJ que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, sendo alterada pela Resolução 238/2016 do CNJ que dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. E por último a Resolução 388/2021 do CNJ que dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ nº 238/2016.

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Sim. O diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde acontecem no âmbito do Comitê Estadual de Saúde, através de reuniões ordinárias que ocorrem mensalmente e havendo necessidade, em razão de urgência, são realizadas reuniões extraordinárias e ainda audiência de conciliação.

**GABINETE
05 - DES.
5 CARLOS
TORK**

Insta esclarecer, que desde a criação do Comitê no ano de 2017 até o momento, ocorreram 27 reuniões ordinárias e 41 reuniões extraordinárias - em função da pandemia, e também durante os meses de agosto e setembro de 2020 correram 4 reuniões de conciliação entre a Secretaria Estadual de Saúde e o Conselho Estadual de Saúde para tratar de assuntos administrativos. Os Entes que fazem parte do Comitê de acordo com o Art. 3º da resolução do CNJ 388/2021 e de forma voluntária são:

Tribunal de Justiça do Estado do Amapá / Justiça Federal / NATJUS / Ministério Público Estadual / Defensoria Pública do Estado / Procuradoria Geral do Estado / Secretária de Estado da Saúde / Secretaria Municipal de Saúde do Município de Macapá / Ministério da Saúde – SUS / Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA / Controladoria Geral do Estado / Conselho Estadual de Saúde – CES/ Ordem dos Advogados do Brasil – OAB / Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (PROCON) / Defensoria Pública da União- DPU / Ministério Público Federal- MPU / Ministério Público do Trabalho- MPT / Procurador do Município – Macapá.

E outras Representações são:

Universidade Federal do Amapá – UNIFAP / Associação Médica Brasileira- AMB/AP / Associação de Pais e Amigos dos Autistas do Amapá / Federação do Comercio do Estado do Amapá / Bancada Federal do Estado do Amapá / Hospital São Camilo / Hospital UNIMED / Sindicato de Enfermagem e dos Trabalhadores da Saúde / Sindicato dos Trabalhadores do Comercio do Amapá / Assembléia Legislativa do Estado do Amapá / Conselho de Secretarias Municipais de Saúde / Conselho Regional de Medicina – CRM / Conselho Regional de Farmácia – CRF / Conselho Regional de Enfermagem – COREN.

3 - Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Sim, através da pesquisa e localização no Sistema Interno do Tribunal – TUCUJURIS. Ainda em pesquisa no site do TJAP é possível consultar todas as Notas Técnicas (https://sig.tjap.jus.br/sgpe_grid_saude/sgpe_grid_saude.php) que versam sobre Saúde Pública e Suplementar. O quantitativo de Notas Técnicas é de 1.402, sendo que aproximadamente 10% desse quantitativo é relacionado a pedidos sobre Saúde Suplementar.

Gostariamos de saber da sua satisfação sobre nosso atendimento. Clique no link [Pesquisa de satisfação](#). Informamos também que sua manifestação poderá ser acessada através do link https://sig.tjap.jus.br/control_ouvidoria/control_ouvidoria.php, informado o N° Protocolo: 1466 e senha: I0405I.

Atenciosamente,

Ouvidoria TJAP



Prêmio CNJ de Qualidade

Relatório de Ações

Eixo da Governança

Requisito VI – item “b” - Judicialização da
Saúde, Resolução CNJ no
238/2016, Provimento da Corregedoria
Nacional de Justiça no 84/2019
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos
Territórios - TJDFT

Data: 02/09/2021



ORIENTAÇÕES GERAIS

Este modelo de relatório deverá ser utilizado pelos órgãos participantes do Prêmio CNJ de Qualidade para fins de comprovação da realização de ações relacionadas a itens do regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade.

Neste relatório deverão constar apenas as ações realizadas no período entre **1º de setembro de 2019 e 31 de agosto de 2021**. Atividades fora desse prazo serão desconsideradas.

As ações realizadas deverão ser consolidadas em relatório único por item da Portaria, cabendo observar que todas as seções deste Relatório são de preenchimento obrigatório. Portanto, o tribunal deverá encaminhar apenas um Relatório de Ações por item, em formato "pdf".

Ressalta-se a importância do preenchimento de todos os campos da (s) ações (s) mencionadas pelo tribunal. Caso não seja possível o preenchimento completo, deve-se justificar a ausência no campo "Observações".

A ausência de informações e/ou documentos comprobatórios poderá acarretar perda de pontos ou, até mesmo, em não pontuação do item.

*** Prazo não aplicável às ações relacionadas ao requisito do Art. 5o, XI, que trata da Judicialização da Saúde.**



AÇÕES REALIZADAS

Liste as atividades realizadas pelo tribunal entre **1º de setembro de 2019 e 31 de agosto de 2020**.

Caso o tribunal tenha realizado mais de uma ação, deverá explicitar cada uma, conforme modelo a seguir:

AÇÃO 1: Ter realizado ações interinstitucionais para a redução da judicialização da saúde e ações que visem o apoio aos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário – NatJus (10 pontos)

OBJETIVO

Realização de 30 (trinta) reuniões do Comitê Executivo de Saúde (CEDS), no período compreendido entre setembro/19 e agosto/21, atendendo ao art.5º, VI, item “b” do edital.

PERÍODO E LOCAL DE REALIZAÇÃO

Datas de realização (2020): 07/04, 14/04, 28/04, 12/05, 22/05, 1º/06, 09/06, 19/06, 26/06, 17/07, 23/07, 29/07, 13/08, 04/09, 13/11, 1º/12, 04/12.

Datas de realização (2021): 22/01, 29/01, 15/03, 19/03, 30/03, 09/04, 20/04, 30/04, 10/05, 28/05, 25/06, 05/07, 09/08.

PROCEDIMENTO ADOTADO

- 1- Designação dos membros do Comitê (Portaria GPR 1395 de 4/08/20);
- 2- Criação do ambiente virtual para comunicação entre os membros (e-mails e whatsapp);
- 3- Registro de atas no SEI 0012370/2020;
- 4- Registro de expedientes (ofícios e requerimentos) no SEI 0007113/2021, 0006849/2020;
- 5- Alteração de composição do Comitê, por meio da Portaria GPR 896 de 20/05/21.

OBSERVAÇÕES

As reuniões do Comitê sob a coordenação do Desembargador Roberto Freitas Filho tiveram início em 7 de abril de 2020, realizadas no ambiente virtual, inicialmente por intermédio da plataforma Zoom e, posteriormente, pela plataforma Teams, com periodicidade compreendida entre 10 a 20 dias e envolvendo os membros efetivos do Comitê, além de alguns convidados do sistema de saúde.

AÇÃO 2: Produção de Recomendações Ter realizado ações interinstitucionais para a redução da judicialização da saúde e ações que visem o apoio aos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário – NatJus (10 pontos)

OBJETIVO

Elaboração de 4 (quatro) Recomendações, atendendo ao art. 5º, VI, item “b” do edital.

PERÍODO E LOCAL DE REALIZAÇÃO

Período compreendido entre 1º de setembro de 2019 e 31 de agosto de 2020.

PROCEDIMENTO ADOTADO

Discussão a partir da pauta da reunião, gerando a Recomendação, posteriormente ratificada pelos membros, devidamente registradas no no SEI 0012370/2020.

OBSERVAÇÕES

A **Recomendação 01/20** solicitou ao Sr. Secretário de Saúde do Distrito Federal que providenciasse a participação de um representante do Complexo Regulatório, preferencialmente em cargo de direção, em todas as reuniões do Comitê Executivo do Distrito Federal. A **Recomendação 02/20** recomendou ao Sr. Secretário de Saúde do Distrito Federal a implementação, no âmbito do Distrito Federal, da Câmara de Mediação em Direito à Saúde (CAMEDS), ambas encaminhadas diretamente à Subsecretaria de Saúde. A **Recomendação 03/20** recomendou a permanência e manutenção, em definitivo, na maior dimensão possível, das estruturas físicas, dos equipamentos, dos profissionais e dos insumos alocados para o Sistema de Saúde do Distrito Federal em função da pandemia de coronavírus. A **Recomendação 01/21** recomendou a todas as autoridades e operadores do Sistema de Justiça do Distrito Federal, nos âmbitos da Justiça Distrital e da Justiça Federal com atuação nessa Unidade da Federação, para que os pedidos e as decisões sobre o tema da internação de pacientes em UTI observem que todos pacientes tenham seu nome inserido no Sistema de Regulação de leitos da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, bem como seu efetivo acesso à internação no leito de UTI ocorra em conformidade com os critérios de prioridade clínica definidos pela Central de Regulação de Internação Hospitalar (CRIH) da Secretaria de Saúde, além de também recomendar à Secretaria de Saúde do Distrito Federal a disponibilização transparente, em tempo real, aos operadores do Sistema de Justiça do Distrito Federal, de informações sobre a dinâmica da regulação de leitos, bem como sobre a dinâmica de cumprimento das decisões judiciais.



AÇÃO 3: Possuir NATJUS implantado (10 pontos)

OBJETIVO

Em atendimento ao item "a" - implantação do NATJUS.

PERÍODO E LOCAL DE REALIZAÇÃO

TJDFT – Brasília/DF

Portaria publicada em 01/06/2018.

PROCEDIMENTO ADOTADO

Publicação da Portaria GPR 1170 de 04 de junho de 2018, que instituiu, no âmbito do TJDFT, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS.

OBSERVAÇÕES



AÇÃO 4: Base de dados do e-Natjus (10 pontos)

OBJETIVO

Em atendimento ao item “e” - manter a base de dados do e-NatJus atualizada quando o tribunal dispuser de sistema próprio de apoio técnico, (art. 1o, § 2o, Provimento CNJ no 84/2019) (10 pontos).

PERÍODO E LOCAL DE REALIZAÇÃO

TJDFT – Brasília/DF

Até a data de 01/09/2021

PROCEDIMENTO ADOTADO

Até a data de 01/09/2021, foram inseridas no sistema e-Natjus e no sistema local (<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/notas-laudos-e-pareceres/natjus-df>) 862 Nota Técnicas.

OBSERVAÇÕES



AÇÃO 4: Acesso ao PJE 2ª Instância

OBJETIVO

Implementar ações que visem o apoio aos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus.

PERÍODO E LOCAL DE REALIZAÇÃO

A partir de 09/06/2020. TJDFT

PROCEDIMENTO ADOTADO

A despeito de o Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus já receberem processos judiciais da 1ª Instância pelo sistema do Processo Judicial Eletrônico - PJe, recentemente o Núcleo de Apoio à Gestão de Sistemas de 2ª Instância - NUAGE, em ação conjunta da Subsecretaria de Processo Judicial Eletrônico - SUPJe e da Coordenadoria de Gestão dos Sistemas de Segunda Instância - CGSIS, efetuou a expansão do NATJUS - Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário ao sistema PJE de 2º grau.

Essa ação possibilitou às Secretarias dos Órgãos Julgadores da 2ª Instância o envio de processos que necessitavam de laudos relacionado à saúde via PJe.

OBSERVAÇÕES

REF: Processo SEI 0023841/2021

Ao Senhor Coordenador da COSIST,

Cuida o presente de solicitação encaminhada ao Núcleo de Estatística da 1ª Instância - NUEST referente ao quantitativo de processos em tramitação com os assuntos pertencentes às hierarquias 12481 - Saúde Pública e 12482 - Saúde Complementar, de acordo com a classificação presente nas Tabelas Processuais Únicas do Conselho Nacional de Justiça.

Em atenção à solicitação este Núcleo informa, preliminarmente, que a geração de dados estatísticos foi realizada a partir das informações registradas nos bancos de dados do sistema PJE deste Tribunal.

Utilizou-se como parâmetro os processos da 1ª Instância cujo o assunto principal está nas hierarquias 12481 ou 12482 e se encontravam em tramitação na data de 25 de novembro de 2021. Os resultados estão no quadro abaixo.

Hierarquia	Código	Assunto	Quantitativo
	12483	Fornecimento de insumos	26
	12484	Cadeira de rodas / cadeira de banho / cama hospitalar	0
	12485	Curativos/Bandagem	52
	12491	Fraldas	147
	12492	Fornecimento de medicamentos	0
	12493	Oncológico	8
	12494	Registrado na ANVISA	118
	12495	Não padronizado	226
	12496	Padronizado	83
	12497	Sem registro na ANVISA	0
	12498	Internação/Transferência Hospitalar	8
	12499	Leito de enfermaria / leito oncológico	1
	12500	Unidade de terapia intensiva (UTI) / unidade	120

Saúde Pública	12500	de cuidados intensivos (UCI)	150
	12501	Sistema Único de Saúde (SUS)	188
	12502	Controle Social e Conselhos de Saúde	11
	12503	Convênio médico com o SUS	146
	12504	Financiamento do SUS	23
	12505	Reajuste da tabela do SUS	3
	12506	Repasse de verbas do SUS	221
	12511	Ressarcimento do SUS	8
	12512	Terceirização do SUS	3
	12513	Tratamento Domiciliar (Home Care)	1
	12514	Tratamento médico-hospitalar	1
	12515	Cirurgia	0
	12516	Eletiva	3
	12517	Urgência	0
	12518	Consulta	1
	12519	Diálise/Hemodiálise	2
	Saúde Complementar	14759	Vigilância Sanitária e Epidemiológica
12486		Planos de saúde	26
12487		Fornecimento de medicamentos	8
12488		Reajuste contratual	0
12489		Tratamento médico-hospitalar	15
12490		Fornecimento de insumos	0
14760		Tratamento Domiciliar (Home Care)	0

Diante do exposto, submete-se o presente para conhecimento e posterior encaminhamento.

NUEST, assinado eletronicamente na data abaixo consignada.



Documento assinado eletronicamente por **Israel De Freitas Madureira, Analista Judiciário**, em 30/11/2021, às 02:05, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tjdft.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&acao_origem=documento_conferir&pt_BR&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **2112683** e o código CRC **000C7AAC**.

Timbre

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - PJES
RUA DESEMBARGADOR HOMERO MAFRA,60 - Bairro ENSEADA DO SUÁ - CEP 29050906 - Vitória - ES - www.tjes.jus.br

DESPACHO - TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESPIRITO SANTO
PRESIDENCIA
ASSESSORIA JURIDICA - SERVIDORES / MAGISTRADOS

Processo nº: 5161627102021

Trata-se de procedimento administrativo da Ouvidoria Judiciária, por meio do qual, encaminha solicitação de informação de pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, o qual realizou os seguintes questionamentos:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Ressalta ainda que tais informações serão utilizadas como importante fonte para pesquisa.

Tecidas estas considerações, a Resolução nº 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça determinou que a criação de Comitês Estaduais de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada Estado.

Com efeito, o Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde do CNJ é composto pelos membro indicados pelo Ato Normativo TJES nº 097/2020 (atualizado pelo Ato Normativo TJES nº 004/2021), cuja coordenação é realizada pela Exm^a. Desembargadora Elisabeth Lordes. Tal Órgão se reúne mensalmente, preferencialmente às últimas sextas-feiras de cada mês, visando organizar suas atividades, levantar dados, discutir temas e propor deliberações. Dada sua composição multidisciplinar, o Comitê tem sido o local para discussão e análise de diversos pontos de vista, além de servir de interlocutor entre os diversos atores da saúde pública e suplementar.

Ainda no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, em atendimento ao referido regramento do e. CNJ, também foi instituído, em 2011, o Núcleo de Assessoramento Técnica aos Magistrados (NAT) resultado de um convênio firmado com a Secretaria de Estado da Saúde, cujo objeto é prover os magistrados de subsídios técnicos que posam auxiliá-los no julgamento das demandas que tenham por objeto compelir o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames, diagnósticos, tratamentos médicos e insumos, cujo funcionamento encontra-se

regulado pelo Ato Normativo TJES nº 135/2011.

Em suma, por meio deste instrumento, o Poder Judiciário Capixaba fornece o local físico onde o NAT funciona e a Secretaria de Estado da Saúde cede os servidores que prestação auxiliarão tecnicamente os magistrados.

Por fim, esclareço que este e. Tribunal de Justiça não dispõe de controle interno de processos judiciais que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.

Ressalto ainda que maiores informações acerca do tema poderão ser encontradas no endereço eletrônico <http://www.tjes.jus.br/institucional/nucleos/comite-do-forum-nacional-da-saude/quem-somos/>.

Prestadas as informações, devolva-se os autos à Ouvidoria Judiciária.

Vitória, 08 de novembro de 2021.

Desembargador RONALDO GONÇALVES DE SOUSA
PRESIDENTE DO TJES

logotipo

Documento assinado eletronicamente por **RONALDO GONCALVES DE SOUSA, PRESIDENTE**, em 09/11/2021, às 13:02, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

QRCode Assinatura

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sistemas.tjes.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0964518** e o código CRC **D95BE1B2**.

5161627102021

0964518v10



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Presidência
Secretaria-Executiva da Presidência

OFÍCIO Nº 4393/2021 – SEP

Goiânia, 25 de novembro de 2021.

Ao Senhor

LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

Pesquisador e Doutorando em Direito Político e Econômico

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Brasília - DF

Assunto: Pedido de Informação com base na Lei de Acesso à Informação nº 213.191.893.343

Prezado Senhor,

De ordem do Desembargador Carlos Alberto França, Presidente desta Egrégia Corte de Justiça, encaminho Despacho e Documento (evento 05), constantes nos autos do PROAD nº 202110000302854, para conhecimento.

Atenciosamente,

ANDRYA FERREIRA BORGES QUEIROZ
Secretária-Executiva em Substituição
(Assinatura Digital)

AUTENTICAÇÃO(ÕES) ELETRÔNICA(S)

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Nº Processo PROAD: 202110000302854

ANDRYA FERREIRA BORGES QUEIROZ
ESCREVENTE JUDICIÁRIO III
SECRETARIA EXECUTIVA DA PRESIDENCIA - SECEXEC
Assinatura CONFIRMADA em 25/11/2021 às 15:00



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Gabinete da Presidência

Processo nº: 202110000302854
Nome / Interessado: OUVIDORIA DO PODER JUDICIÁRIO DE GOIÁS
Assunto: COMUNICAÇÃO

D E S P A C H O

A Ouvidoria deste Poder Judiciário encaminha o Pedido de Informação nº 213.191.893.343, formulado por Lourenço de Miranda Freire Neto, que requereu dados acerca das seguintes indagações que serão utilizadas como importante fonte de pesquisa:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Esta Presidência, por meio do Despacho constante do evento 4, amparada no Parecer nº 2224/2021 (evento 3), da lavra da Dra. Jussara Cristina Oliveira Louza, Juíza Auxiliar, determinou o encaminhamento dos autos deste procedimento administrativo ao Dr. Eduardo Perez Oliveira, Juiz de Direito e Coordenador do Comitê Estadual de Goiás do Fórum Nacional de Saúde do CNJ e Supervisor do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NATJUS GOIÁS, para

resposta, contando, para tanto, com a colaboração, em relação ao questionamento de ordem processual, da Diretoria de Estatísticas e Ciência de Dados deste Tribunal.

O Juiz de Direito e Coordenador do Comitê Estadual de Goiás do Fórum Nacional de Saúde do CNJ e Supervisor do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NATJUS GOIÁS, Dr. Eduardo Perez Oliveira, por meio da petição acessória inserida no evento 5, presta os devidos esclarecimentos acerca dos questionamentos formulados no expediente inaugural.

Prestadas as informações de interesse pelo setor técnico competente, com cópias deste despacho e do documento constante do evento 5, cientifiquem-se a Ouvidoria deste Poder Judiciário e o requerente Lourenço de Miranda Freire Neto no endereço eletrônico informado no evento 1.

Exaurida a finalidade a que se destinava este procedimento e, por inexistir outras medidas a serem adotadas neste feito, determino o seu arquivamento, nos termos do art. 52 da Lei Estadual nº 13.800/01.

Goiânia, *datado e assinado digitalmente.*

Desembargador CARLOS ALBERTO FRANÇA
Presidente

//AssAdM 19

ASSINATURA(S) ELETRÔNICA(S)

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Para validar este documento informe o código 474337980663 no endereço <https://proad-v2.tjgo.jus.br/proad/publico/validacaoDocumento>

Nº Processo PROAD: 202110000302854

CARLOS ALBERTO FRANÇA

PRESIDENTE

PRESIDENCIA

Assinatura CONFIRMADA em 24/11/2021 às 23:15



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO FRANÇA,
DIGNO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PROAD n.º 202110000302854

Assunto: informações sobre judicialização da saúde.

A par de cumprimentar Vossa Excelência, vimos, na qualidade de Coordenador do Comitê Estadual de Saúde de Goiás do Fórum Nacional da Saúde do CNJ, prestar as informações solicitadas pelo senhor Lourenço de Miranda Freire Neto no autos do PROAD epigrafado.

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário. Posteriormente, foram criados os Comitês Estaduais de Saúde e os NATJUS, antigamente denominados de Câmaras de Saúde.

Em Goiás, tanto o Comitê quanto o NATJUS existem desde janeiro de 2012. Hoje, o Comitê é regulado pela Resolução CNJ n. 388/2021, e sua finalidade está no art. 2º da norma:

Art. 2º O Comitê Estadual de Saúde é órgão colegiado e multidisciplinar responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade:

I – monitorar as ações judiciais que envolvam os sistemas de saúde pública e suplementar, propondo medidas voltadas à:

- a) otimização de rotinas processuais;
- b) organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- c) prevenção de conflitos judiciais; e
- d) definição de estratégias em matérias de direito sanitário.

II – auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), constituídos de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas

baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, observando-se, na sua criação, o disposto no [§ 2º do art. 156 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015](#);

III – viabilizar o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde;

IV – deliberar sobre as seguintes matérias, propondo os encaminhamentos que julgar pertinentes:

a) elaboração do seu Regimento Interno, exigida maioria qualificada para aprovação de eventual emenda, tudo a ser submetido à aprovação da presidência dos tribunais que dele participam;

b) tratamento a ser dado aos assuntos que lhe forem submetidos, podendo editar recomendações, que poderão ser encaminhadas ao Ministério Público, a Defensoria Pública, ao Conselho Estadual de Saúde e demais órgãos e entidades que tenham relação temática com o assunto;

c) apresentação de propostas para implementação e regulamentação de políticas públicas de saúde, inclusive emitindo recomendações;

d) realização de estudos, pesquisas, campanhas, debates e outras ações que objetivem articular e mobilizar a sociedade e o poder público em matérias afetas às suas competências;

e) acompanhamento de normas voltadas à regulamentação e implementação das políticas de saúde;

f) levantamento de informações e criação de banco de dados para subsidiar suas ações; e

g) constituição de:

1. comissões temáticas para análise de tema específico, podendo ser compostas por integrantes do Comitê e/ou por convidados indicados; e

2. comitês regionais, cabendo ao Comitê Estadual fixar sua competência e composição.

V – avaliar e propor outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional da Saúde.

Parágrafo único. Aplicam-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhes competir, as mesmas atribuições cometidas ao Fórum Nacional de Saúde, nos termos do [art. 2º da Resolução nº 107/2010](#).

O Tribunal de Justiça de Goiás tem seguido estritamente as resoluções e recomendações do CNJ. Além disso, possui unidades especializadas em saúde pública na capital, tanto quanto à Fazenda Pública Municipal quanto a Estadual, instalou o Núcleo 4.0 em Saúde, formado por três juízes com competência em todos o estado para demandas envolvendo saúde pública municipal e suplementar, tem realizado eventos

institucionais e interinstitucionais para debater a judicialização da saúde, promovido cursos internos, regulado a utilização do NATJUS (que atua também em recessos e em plantões, e tanto em saúde pública quanto suplementar), publicação de revista do Comitê Estadual de Saúde, a inclusão pela Corregedoria Geral da Justiça nos encontros regionais de um período para tratar apenas da judicialização da saúde, entre outras medidas.

Desse modo, o Tribunal de Justiça possui política institucional clara alinhada ao plano nacional e tem realizado atividades que vão além do estatuído no intuito de qualificar a judicialização da saúde.

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

O Comitê Estadual de Saúde de Goiás do Fórum Nacional de Saúde do CNJ existe desde 2012, como dito, e constitui fórum permanente de diálogo interinstitucional envolvendo vinte e oito poderes, instituições, associações e entidades, conforme se pode verificar no sítio do Tribunal de Justiça de Goiás (<https://www.tjgo.jus.br/index.php/natjus-composicao>).

Os encontros são habitualmente mensais e as atas das reuniões publicizadas também no mesmo espaço.

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Segundo o painel “Processos Pendentes de Saúde”, hoje o Tribunal de Justiça de Goiás apenas, sem considerar a Justiça Federal também atendida pelo NATJUS, teria 8.507 processos com o tema “saúde” (36,25% em Segundo Grau e 63,75% em Primeiro Grau), dos quais, segundo segmentação de tabela de assuntos do CNJ em contagem manual feita por este magistrado, 3.204 seriam referentes à saúde suplementar. Esses números podem ser considerados mitigados, tendo em vista que em muitos casos há a incorreta inclusão do tema pelas partes quando da protocolização, o que elevaria

sensivelmente esta quantidade e mudaria a equação entre saúde pública e suplementar, eis que a primeira é sensivelmente superior à segunda.

Segmentando apenas o ano de 2021, foram distribuídos 1 de janeiro até a data de 5 de novembro, 4.018 processos com o tema saúde, o que reforça a ideia de que esse número é inferior à realidade da real judicialização e possui maior acuidade a contar de períodos mais recentes.

Para que se tenha noção da expressividade do NATJUS, acostamos a progressão de número de pareceres emitidos ano a ano, observando que 2020 e 2021 foram períodos ainda de pandemia, com sensível redução de demandas:

Ano	2012	2013	2014	2015	2016
TOTAL	86	32	139	266	468

Ano	2017	2018	2019	2020	2021*
TOTAL	889	1226	2202	2081	2363

Para se ter uma ideia, em notícia veiculada este ano no sítio do Conselho Nacional de Justiça consta a informação de que o NATJUS do Tribunal de Justiça de São Paulo, sabidamente o maior tribunal do país, recebeu 326 solicitações no primeiro trimestre de 2021, enquanto no ano de 2020 todo recebeu 325 solicitações (<https://www.cnj.jus.br/nat-jus-de-sao-paulo-emite-mais-pareceres-no-1o-trimestre-que-no-ano-de-2020/>).

Só no ano de 2020, o NATJUS Goiás elaborou 2.081 pareceres, sendo de rigor fazer uma distinção entre “receber solicitações de consultas” e “responder solicitações de consultas”.

Sendo o que tínhamos a informar, despedimo-nos de Vossa Excelência reiterando os protestos de admiração e elevada estima e permanecendo à disposição para quaisquer esclarecimentos e informações que forem necessárias.

Anicuns, 22 de novembro de 2021.

Eduardo Perez

Oliveira Juiz de Direito

ASSINATURA(S) ELETRÔNICA(S)

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Para validar este documento informe o código sYZs4pArdzc no endereço <https://proad-v2.tjgo.jus.br/proad/publico/validacaoDocumento>

Nº Processo PROAD: 202110000302854

EDUARDO PEREZ OLIVEIRA

JUIZ DE DIREITO

CÂMARA DE SAÚDE - NATJUS-GO

Assinatura CONFIRMADA em 22/11/2021 às 09:06



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gab. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

INFORMA-GabDesJMGN - 12021
(relativo ao Processo 382862021)
Código de validação: E431E01466

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 38286/2021 - SÃO LUIS/MA
INTERESSADO(A)(S): LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO
OBJETO: PEDIDO DE INFORMACAO Nº 46052021
ASSUNTO: ACESSO À INFORMAÇÃO - LEI NO. 12.527/2011

INFORMAÇÕES

Trata-se de pedido formulado por Lourenço de Miranda Freire Neto.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica da Presidência encaminha o PARECER-AJP - 2206202, com as informações acerca da legalidade do pedido, no qual opina pelo deferimento.

Posteriormente houve o encaminhamento dos autos pelo Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa, Presidente desta Egrégia Corte de Justiça, a este gabinete com o fito de que sejam prestadas as informações pleiteadas.

Pois bem.

O interessado requereu as informações em via de questionário que passo a transcrever. *In exthensis:*

“ Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL. Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gab. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? (omissis)”

Assim, respondo abaixo o referido questionário.

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Resposta: Sim. De início, em 6 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais.

Por meio da Resolução n.º 238/2016, o CNJ determinou a criação e manutenção pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a criação de uma vara especializada em demandas da saúde.

Desse modo, o Comitê Estadual da Saúde foi instituído, no âmbito do Estado do Maranhão, para atender ao disposto na Resolução n.º 238 do Conselho Nacional de Justiça e tem, como atribuições, monitorar ações judiciais que envolvam prestação de assistência à saúde e as relacionadas ao Sistema Único de Saúde, bem como propor medidas voltadas à otimização de rotinas processuais, à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário.

O Comitê Estadual da Saúde do Estado do Maranhão é composto por membro do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por magistrados estadual e federal, bem como por representantes do Ministério Público Estadual, Procuradoria do Estado, Defensoria Pública Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil, PROCON, ANVISA e Secretaria de Estado da Saúde.

Nessa senda, e posteriormente, fora criado o Núcleo de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gab. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

Apoio Técnico do Judiciário para as demandas de saúde – NATJUS, que teve como fito, o de prestar apoio técnico aos magistrados de primeira e segunda instâncias nas demandas de saúde pública.

Sobremais, são atribuições do NATJUS, com fulcro no art. 2º I e II da Resolução-GP-502020, *“elaborar, mediante solicitação dos magistrados, notas técnicas, sem caráter vinculativo, visando subsidiá-los em suas decisões que envolvam a pertinência técnica de benefícios, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, diagnósticos, internações ou afins, relativos ao Sistema Único de Saúde - SUS, à luz da medicina baseada em evidências científicas, envolvendo a eficácia, eficiência, efetividade e segurança dos medicamentos ou tratamentos prescritos; informar a existência ou não de protocolo clínico no âmbito do SUS para tratamento da doença, quais os medicamentos existentes e disponíveis na política pública vigente, se há manifestação da CONITEC (Comissão de Incorporação de Tecnologias do SUS) a respeito, se há registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e, ainda, a adequação da tecnologia ou tratamento pretendido à vista do estágio da doença e do quadro clínico do paciente, se é caso de tecnologia ainda experimental, os riscos e benefícios, inclusive em se tratando de sobrevida, e a urgência do caso, citando, se necessário, as fontes consultadas”*.

Impende destacar, que pelo que consta no parágrafo único do referido artigo, não é atribuição do NATJUS a realização de Perícia Judicial para as demandas envolvendo saúde.

Não obstante, no dia 17 de dezembro de 2020, o presidente do TJMA, desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa, assinou, *ad referendum* do Plenário, a Resolução-GP 972020, que criou o Centro de Mediação das Demandas de Saúde Pública da Comarca da Ilha de São Luís, para atendimento das demandas do setor junto aos órgãos de saúde do Estado e dos municípios que integram a Comarca de Ilha de São Luís.

Outrossim, o centro de mediação busca de resolução consensual de questões sobre saúde não atendidas pelo segmento público correspondente, com foco na informação, mediação, instrução e fortalecimento do usuário, sendo que ao assinar o documento, o presidente Lourival Serejo considerou o compromisso constitucional com a formação de uma sociedade fraterna, comprometida com a solução pacífica das controvérsias, com o dever do Estado na prestação jurídica integral e a razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gab. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

sua tramitação.

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Resposta: Sim. O Comitê Estadual de Saúde do Maranhão é composto por membro do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por magistrados estadual e federal, bem como por representantes do Ministério Público Estadual, Procuradoria do Estado, Defensoria Pública Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil, PROCON, ANVISA e Secretaria de Estado da Saúde.

Nesse contexto, os diálogos interinstitucionais são feitos de forma extrínseca, uma vez que existem reuniões periódicas, e estas são marcadas com os membros que compõem o Comitê, sempre quando existem problemas evidenciados envolvendo a Judicialização da Saúde, sempre com o fito de dirimir o problema, a depender de cada caso concreto.

Além disso, o Comitê Estadual de Saúde do Maranhão sempre se disponibiliza no que tange aos diálogos interinstitucionais, uma vez que não há impedimento na possibilidade de se fazer reuniões entre líderes dos órgãos questionados com o fito de solucionar problemas voltados à saúde, uma vez que é previsto na Carta Magna de 1988, em seu artigo 196, que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Resposta: Tendo em vista a dificuldade enfrentada pela pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, o controle interno do volume de processos em tramitação nesta Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar se encontra em desenvolvimento, cujos números estatísticos, muito provavelmente serão publicados e disponibilizados no *site* do Tribunal, em página





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gab. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

vinculada ao Comitê Estadual de Saúde do Maranhão.

Desembargador JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO
Presidente do Comitê Estadual de Saúde do Maranhão
Matrícula 53991

Documento assinado. SÃO LUÍS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 16/12/2021 10:50 (JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gabinete do Diretor Geral

DESPACHO-GDG - 44532021
(relativo ao Processo 382862021)
Código de validação: 0EBDCAA913

INTERESSADO: LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

OBJETO: PEDIDO DE INFORMAÇÕES

Assunto: ACESSO À INFORMAÇÃO – LEI Nº 12.527/2011

INFORMAÇÕES

Em atenção ao pedido formulado junto a este Poder, encaminhamos, em anexo, as informações obtidas junto ao Comitê Estadual de Saúde do Maranhão.

Solicito desconsiderar o equívoco no nome do interessado no processo, observado nas informações prestadas pelo Comitê Estadual de Saúde do Maranhão.(ID 16)

Dessa forma, as informações permanecem inalteradas.

Após, archive-se.

MARIO LOBAO CARVALHO
Diretor Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça
Gabinete do Diretor Geral
Matrícula 128074

Documento assinado. SÃO LUÍS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 09/12/2021 11:29 (MARIO LOBAO CARVALHO)





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AV Afonso Pena , Nº 4001 - Bairro Serra - CEP 30130008 - Belo Horizonte - MG - www.tjmg.jus.br
Andar: 12

MANIFESTAÇÃO

À COMID.

Trata-se de documento subscrito pelo Sr. Lourenço de Miranda Freire Neto, pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por meio do Formulário Fale com o TJMG nº 1243/2021 (Evento SEI nº 6996062), no qual apresenta alguns questionamentos sobre a aplicação da judicialização da saúde no âmbito deste Egrégio Tribunal.

O expediente veio à SEGOVE para manifestação.

Cumprе ressaltar que o tema vem sendo tratado por este Tribunal por meio do [TJ Saúde](https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/tj-saude/#.Ybzc8GDMKUK), disponível no Portal do TJMG, cujo acesso é feito pelo endereço <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/tj-saude/#.Ybzc8GDMKUK> e onde estão concentradas informações sobre questões relacionadas à judicialização da saúde, para apoio a magistrados, profissionais do direito e da área técnica e demais interessados.

Diante dessas considerações, a SEGOVE entende que nada há a prover, no âmbito administrativo, quanto ao documento registrado no Evento SEI nº 6996062, devendo o expediente, por conseguinte, ser arquivado, com a devida comunicação ao Ex.^m o Superintendente de Saúde, Des. Bruno Terra Dias, bem como ao subscritor da manifestação.

Atenciosamente,



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Augusto Mendes do Valle**, **Secretário de Governança e Gestão Estratégica**, em 04/02/2022, às 19:09, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tjmg.jus.br/autenticidade> informando o código verificador **7489839** e o código CRC **6FBEE89C**.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
NUPEMEC



EXPEDIENTE: 0051107-71.2021.8.11.0000

Trata-se de manifestação direcionada à Ouvidoria do Poder Judiciário de Mato Grosso, encaminhada pelo Ilustríssimo Senhor Lourenço de Miranda Freire Neto, doutorando em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, solicitando informações referentes às demandas que versem sobre a judicialização da saúde no estado.

Desta feita, em atendimento ao expediente, transcrevo as questões encaminhadas e acrescento as respostas a cada uma delas, nos limites da atuação deste Núcleo.

1. Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Resposta: Atualmente o Poder Judiciário de Mato Grosso atua com eficiência nas demandas referentes à judicialização da saúde por meio da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Várzea Grande, denominada Vara da Saúde, que possui competência estadual e exclusiva para ações desta natureza, com exceção daquelas onde a parte autora seja menor ou idoso.

Também foi criado o CEJUSC da Saúde Pública, com de resolução de demandas da área da saúde pública de forma preventiva e proativa, bem como com o objetivo de centralizar a execução das demandas provenientes de unidades judiciárias de todo o estado, como forma de padronizar os trabalhos e garantir a eficiência na utilização dos recursos orçamentários disponibilizados pelo Poder Executivo.

2. Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
NUPEMEC



Resposta. O Governo do Estado e o Poder Judiciário estão constantemente alinhados sobre políticas públicas que versam sobre a judicialização da saúde. Há, inclusive, orçamento específico do Poder Executivo para dar guarida às demandas que aportam na Vara da Saúde.

- 3. Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?**

Ainda não há indicadores construídos que reflitam os quantitativos elencados nesta questão.

Sem mais, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos acerca da matéria.

Cuiabá, 18 de janeiro de 2022.

(assinado digitalmente)

João Gualberto Nogueira Neto

Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria do TJEP - Resposta Manifestação

1 mensagem

Ouvidoria do TJEP <ouvidoria.judiciaria@tjpa.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

17 de novembro de 2021 17:28

Prezado(a) Senhor(a) Lourenço de Miranda Freire Neto,

Segue resposta a sua manifestação, registrada na Ouvidoria do TJEP sob nº 212.033.242.842, em 27/10/2021:

Dados do Cadastro da Manifestação:

Código: 212.033.242.842
Data: 27/10/2021
Classificação: Informação
Assunto: Pedidos de Informações

Dados da Ocorrência do Fato:

Data: 27/10/2021
Unidade: Ouvidoria
Envolvidos:
Descrição: Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Dados da Resposta:

Data: 17/11/2021
Responsável: Mayra Kaled Moreira
Unidade: Ouvidoria
Resposta: Prezado Senhor,
Em atenção a presente solicitação, segue resposta parcial encaminhada pelo Departamento de Estatística do

TJE/PA:

"Ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus, Honrada em cumprimentá-los(as), considerando o pedido de informação encaminhado ao Departamento de Planejamento, Gestão e Estatística, formulado pelo Senhor Lourenço de Miranda Freire Neto, referente a informações relacionadas à temática da judicialização da saúde, encaminhamos resposta ao item 3, do referido pedido, com os seguintes dados:

- 1º grau: 3.919 processos no acervo;
- 2º grau: 410 processos no acervo.

Na oportunidade, informamos que os dados também podem ser acessados no painel "Mapa da Judicialização da Saúde", publicado no link <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZWQ0ODY1MDItZjE0Mi00NWY3LWJhMGQtZjgyMGY0YjVmZGExliwidCI6IjVmNmZkMTFILWnkZjUtNDVhNS05MzM4LWI1MDFkY2VmZWFiNSJ9>

Nesse sentido, encaminhamos o expediente a esse NATJUS, para que verifique a possibilidade de prestar as informações referentes aos itens 1 e 2, por se tratar de informações mais específicas relacionadas às competências do Núcleo.

Atenciosamente

Belém, 08 de novembro de 2021.

LUCIANA DA COSTA SOUZAASSESSOR DO DEPARTAMENTO DE PLANEJAMENTO, GESTAO E ESTATISTICA"

Informo que assim que obtivermos as respostas referentes aos itens 1 e 2 as mesmas serão encaminhadas ao endereço eletrônico informado.

Atenciosamente,

Mayra Kaled Moreira

A Ouvidoria Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará confirma o recebimento da presente manifestação, que será analisada e, se for o caso, devidamente encaminhada ao setor competente para as providências e informações cabíveis. Agradecemos o contato e colocamo-nos à disposição. P.S.: Por gentileza, com objetivo de aprimorar cada vez mais o atendimento desta unidade judiciária, solicitamos que preencha o formulário de Pesquisa de Satisfação clicando no link abaixo: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/formularios/formulario.xhtml?idFormulario=84>

Pessoalmente ou Correspondências: Avenida Pedro Miranda, 1593, esquina com a travessa Angustura. Bairro: Pedreira Segunda a Sexta Feira, das 09:00 as 13:00 horas

Telefone: (91) 3131-1619 ou (91) 3131-1600

Fax:

Site: www.tjpa.jus.br

Atenciosamente,

Rosi Maria Gomes de Farias
Ouvidor do TJEPa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
DIRETORIA ESPECIAL
GERÊNCIA DE PESQUISAS ESTATÍSTICAS

➤ **Judicialização da Saúde**

1- EXISTE ALGUMA POLÍTICA INSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL VOLTADA ESPECIFICAMENTE PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE? SE SIM, QUAL(IS)?

De acordo com a Resolução CNJ nº 238/2016 e Provimento da Corregedoria Nacional de Justiça nº 84, de 14 de agosto de 2019. Temos o Comitê Estadual da Saúde, temos um Painel Interno com acesso aos Bancos de Dados, notas técnicas e julgados, e um Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário o (NAT-JUS)

2- HÁ ALGUM DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL PERMANENTE ENTRE ESTE ÓRGÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE ACESSO À SAÚDE? SE SIM, EM QUE ÂMBITO, COM QUE ENTES E COM QUE FREQUÊNCIA?

<https://www.tjpb.jus.br/noticia/vice-presidente-do-tribunal-regional-federal-do-rio-de-janeiro-parabeniza-tjpb-pelo-painel>

3- HÁ UM CONTROLE INTERNO DO VOLUME DE PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO NA CORTE QUE VERSAM SOBRE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE PÚBLICA E/OU SUPLEMENTAR? SE SIM, QUANTOS SÃO ATUALMENTE EM CADA UM DOS ÂMBITOS?

Como falamos na pergunta 1, possuímos um painel interno de controle dos processos de Saúde.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Manifestação nº 2021-4700

1 mensagem

no-reply@tjpr.jus.br <no-reply@tjpr.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

11 de janeiro de 2022 22:52

Prezado Senhor Lourenço de Miranda Freire Neto,

Por determinação do Ouvidor-Geral da Justiça Desembargador Celso Jair Mainardi, e em resposta à sua manifestação, informamos-lhe que o expediente Sei nº 0124191-12.2021.8.16.6000 foi encaminhado à excelentíssima Desembargadora Vilma Régia Ramos de Rezende, representante do Cômite Executivo de Saúde do Paraná neste Tribunal, sem resposta até a presente data.

Deste modo, orientamos-lhe que caso seja necessário, o contato do gabinete encontra-se disponível no site do Tribunal de Justiça, por meio do link:

<https://www.tjpr.jus.br/magistrados>

Cumpra esclarecer que a Ouvidoria-Geral da Justiça tem como objetivo servir de canal de comunicação entre o cidadão e o Poder Judiciário do Estado do Paraná.

Desta forma, sendo estas informações a serem prestadas até o momento, encontra-se concluída a sua manifestação e será encerrada em nosso sistema.

SUA OPINIÃO É IMPORTANTE PARA A OUVIDORIA

Com o intuito de melhorar os nossos serviços, solicitamos, por gentileza, que participe da nossa pesquisa de satisfação, disponível no link abaixo:

<https://portal.tjpr.jus.br/portletforms/publico/frm.do?idFormulario=4445>

--

Agradecemos o seu contato e estamos à disposição por meio dos canais de acesso desta Ouvidoria. Atenciosamente,

Ouvidoria-Geral da Justiça

OBSERVAÇÃO: Este e-mail não recebe respostas e tampouco manifestações. Qualquer dúvida, entrar em contato via telefone ou nova manifestação.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

ENC: Fale Conosco Ouvidoria - Aviso de movimentação de manifestação

1 mensagem

Ouvidoria-Lei de Acesso <ouvidorialeideacesso@tjrj.jus.br>
Para: "lourencomiranda@gmail.com" <lourencomiranda@gmail.com>

4 de novembro de 2021 16:55

PREZADO(A) USUÁRIO(A), ATRAVÉS DO PRESENTE CORREIO ELETRÔNICO, A OUVIDORIA GERAL DO TJRJ ENCAMINHA A RESPOSTA REMETIDA PELO SETOR/ÓRGÃO COM ATRIBUIÇÃO.

A OUVIDORIA GERAL SALIENTA QUE NÃO TEM O DOMÍNIO SOBRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS E QUE A MANIFESTAÇÃO SERÁ ARQUIVADA.

De: Wedison Gonçalves Lauria
Enviada em: quinta-feira, 28 de outubro de 2021 14:59
Assunto: RE: Fale Conosco Ouvidoria - Aviso de movimentação de manifestação

Prezados,

Nos reportando ao item 3 que poderia ser de responsabilidade deste departamento:

"3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?"

Informo que o DGJUR-DEIGE fornece regularmente informações estatísticas para publicação na área relativa ao Comitê Estadual de Saúde, no site deste Tribunal (TJRJ)
(<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos>

Dados Estatísticos - Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

PALÁCIO DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - FÓRUM CENTRAL Av. Erasmo Braga, 115 - Centro / CEP: 20020-903 - Rua Dom Manuel, 37, Centro / CEP: 20010-090 / Tel.: (21) 3133-2000

www.tjrj.jus.br

□

Os dados ali apresentados são relativos às competências de Fazenda Pública e Juizados Fazendários, que são competências mais afetas à área de saúde pública, forma de classificação adotada antes da relativamente recente separação de assuntos do CNJ entre saúde suplementar e pública.

Atenciosamente,

WEDISON LAURIA

Serviço de Extração de Informações Estatísticas da 1ª Instância

Divisão de Coleta e Tratamento de Dados (DICOL)

Departamento de Informações Gerenciais (DEIGE)

Diretoria Geral de Estatística e Apoio à Jurisdição (DGJUR)

Número da manifestação: 2021.025677

Tipo de Manifestação: 7 - Lei de Acesso à Informação

Nome: Lourenço de Miranda Freire Neto

CPF: 08532765440 RG: 003267974

Canal de Acesso: 1 - Formulário Eletrônico

Telefone(s): NÃO INFORMADO

E-mail: lourencomiranda@gmail.com

Origem do Processo: NÃO INFORMADO

Processo: NÃO INFORMADO

Descrição da Manifestação: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)? 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se

sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Manifestação Sigilosa: Não

Tipo de Reclamação: ACESSO A INFORMAÇÃO

Movimento: 2

Situação: 4 - REMESSA

Orgão Destino: GABPRES - DPTO GOV. ESTRAT. E PLANEJ.

Descrição: SENHOR(A) RESPONSÁVEL, SEGUE MANIFESTAÇÃO DO JURISDICIONADO PARA CIÊNCIA, SOLICITANDO QUE SEJA ENVIADA RESPOSTA A ESSA OUVIDORIA GERAL, NO PRAZO DE 15 DIAS, ATRAVÉS DO CORREIO ELETRÔNICO ouvidorialeideacesso@tjrj.jus.br. A OUVIDORIA GERAL INFORMA QUE NÃO TEM DOMÍNIO SOBRE O CONTEÚDO DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO.

Data\Hora: 27/10/2021 14:34:59



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Pesquisa - POLÍTICAS DE SAÚDE no TJRO - SEI 0014247-24.2021

1 mensagem

Klauber Guedes Cardoso <klauber@tjro.jus.br>

11 de novembro de 2021 16:27

Para: lourencomiranda@gmail.com, ouvidoria TJRO <ouvidoria@tjro.jus.br>

Senhor Lourenço,

Em atendimento a consulta formulada via ouvidoria do TJRO, encaminho a Vossa Senhoria as informações abaixo sobre o tema:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Sim.

O Poder Judiciário publicou a Resolução n. 119/2019-PR, publicada no DJe 222, de 26/11/2019, que instituiu o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário em Saúde-NAT/JUS no âmbito do Estado de Rondônia.

O Núcleo:

- ✓ Elabora nota técnica, pareceres e respostas técnicas em saúde.
- ✓ Prestar esclarecimentos sobre a melhor evidência científica, de eficácia, de eficiência, de efetividade e de segurança.
- ✓ Informar sobre a existência de produto ou serviço similar nos protocolos clínicos do SUS.
- ✓ Prestar apoio técnico aos magistrados de 1º e 2º Grau, no âmbito do JTO, e nas demandas de instância na justiça federal seção Judiciária Rondônia.
- ✓ É utilizado a plataforma do e-NATJUS disponibilizada pelo CNJ.

No Estado de Rondônia o Magistrado Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa é o Coordenador do Comitê Estadual de Saúde.

Obs.: o NAT-JUS é composto por equipe multidisciplinar de profissionais de saúde do quadro de pessoal da Secretaria Estadual de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde e de outras equipes em cooperação.

Obs.: na Resolução há a designação dos membros (Resolução em Anexo)

Link para consulta:

1 - https://docs.google.com/document/u/1/d/e/2PACX-1vQQrkySRPZLxso0cEbb-gkPA6-x8TiONDZKuCxgoSL7LmnhmYB_uK1X7DiAZNER12StjRsx3na3gd_g/pub

2 - <https://www.tjro.jus.br/resp-cees> (Apresentação, composição, reuniões, atas e documentos, notas e pareceres técnicos, sistema E-NATJUS, enunciados e recomendações)

Telefone: (69) 3309-7061 - e-mail: comitedasaudetjro@gmail.com

(Gabinete da 2ª Vara da Fazenda Pública)

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Sim.

O NATJUS faz realiza reuniões anuais na qual a participantes dos Poderes, com participação dos Juízes Estaduais e Juiz(a) Federal e representantes do Conselho de Medicina, da Procuradoria do Município, da Secretaria Estadual de Saúde Municipal e Estadual, da Defensoria Pública, de representantes da Saúde Suplementar do NATJUS.

No ano de 2020, 2019 e 2018 houveram 2 reuniões, em cada ano. E outras nos anos 2017, 2016, 2015, 2012 e 2011, conforme Atas de Reunião link: <https://www.tjro.jus.br/cees-ml-cee/cees-ml-atas-doc>

Obs.: Há um trabalho que é desenvolvido pelos Juízes das Varas da Fazenda Pública de Porto Velho sobre o tema links:

<https://www.tjro.jus.br/noticias/item/7628-debate-sobre-a-judicializacao-da-saude-e-destaque-no-xli-fonaje>

<https://www.tjro.jus.br/noticias/item/7621-judicializacao-da-saude-publica-e-tema-de-palestra-no-tribunal-de-justica>

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Não. No entanto, pelo PJe pode-se filtrar as demandas conforme Classe e Assunto.


--

FAVOR ACUSAR O RECEBIMENTO.

Obs.: se houver SEI em andamento, favor citá-lo, caso haja resposta a essa comunicação.

Lotação - Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Rondônia

Telefone - 69-3309-6034

 **Res. 119-2019 NatJus.pdf**
114K



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

SOLICITAÇÃO 966881 - LOURENCO DE MIRANDA FREIRE NETO

1 mensagem

Ouvidoria - TJRS <ouvidoria@tjrs.jus.br>

14 de janeiro de 2022 18:33

Para: "lourencomiranda@gmail.com" <lourencomiranda@gmail.com>

Prezado Senhor Lourenco de Miranda Freire Neto

Encaminhamos a resposta da Corregedoria-Geral da Justiça sobre o referido assunto:

Atenciosamente,

Ouvidoria do Tribunal de Justiça RS.

Prezados,

De acordo com a Ordem de Serviço nº 003/2021-P, que estabelece o fluxo para tramitação de pedidos de autorização de acesso a dados, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, para pesquisas científicas ou acadêmicas, o pedido de autorização de acesso a dados para pesquisa científica ou acadêmica deverá ser encaminhado pelo interessado à Direção do Centro de Formação e de Desenvolvimento de Pessoas do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul (CJUD/PJRS).

Permanecemos à disposição.

Atenciosamente, Gabriela Morello
SEASSESP - Serviço de Assessoria Especial
Corregedoria-Geral da Justiça TJRS

Nome: LOURENCO DE MIRANDA FREIRE NETOEmail: lourencomiranda@gmail.com<mailto:lourencomiranda@gmail.com>

CPF: 08532765440

Data de Nascimento: 04/05/1989

Endereco: Al Ribeirão Preto, 410, apt 1002

Bairro: Bela Vista

Cidade: SAO PAULO

CEP: 01331000

UF: SP

Telefone: (11) 9919-64121

Resposta por: E-mail

Nome Mae: Ana Rita Lucena de Miranda Freire

Assunto: Pedido de Informações

Texto:

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL".

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto

<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria 2021-002708-03

1 mensagem

Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>

8 de novembro de 2021 23:04

Para: "lourencomiranda@gmail.com" <lourencomiranda@gmail.com>

**Ofício Eletrônico OPJ 2021-002708-03**

Serviço de Informação ao Cidadão. Informação. Accountability Judicial Institucional - Processual. Dados Estatísticos de Processos Judiciais. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. Núcleo de Monitoramento de Perfil de Demandas e Estatística - NUMOPEDE. Demanda direcionada. Pedido atendido. Acesso integral. Informação disponibilizada.

Senhor Lourenço De Miranda Freire Neto,

Encaminha-se retorno sobre a manifestação feita nesta Ouvidoria.

Com a finalidade de melhorar a prestação dos nossos serviços, a Ouvidoria convida a participar da nossa pesquisa de satisfação <https://app.tjsc.jus.br/pesquisaouvidoria/#/pesquisa/DS.Para> tanto, o protocolo da demanda deverá ser informado

Respeitosamente,

Ouvidoria do Poder Judiciário

De:**Enviado:** segunda-feira, 8 de novembro de 2021 18:02**Para:****Assunto:** RE: Ouvidoria 2021-002708-03

Senhor Ouvidor,

Em atenção ao Ofício Eletrônico OPJ 2021-002708-03, informo que o Numopede desconhece a existência de controle interno do volume de processos em tramitação que versem sobre a efetivação do acesso à saúde pública/suplementar.

Contudo, existe dentro do sistema judicial possibilidade de gestão dos processos prioritários, a partir dos dados complementares (portador de doença grave, pedido de antecipação de tutela, pessoa com deficiência etc.), combinados com os assuntos do processo, por meio do "Relatório Geral" do eproc.

Segue acervo em tramitação no 1º Grau, de processos que possuem assuntos das hierarquias abaixo (independentemente de ser o assunto principal do processo), relacionadas na Tabela Processual Unificada do CNJ:
12480 - Direito da Saúde|12481-Pública;
12480 - Direito da Saúde|12482-Suplementar.

E também dos anteriores (atualmente fora de uso):
9985 - Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público|10028 - Serviços|10064 - Saúde;
1156 - Direito do Consumidor|17771-Contratos de Consumo|6233 - Planos de Saúde.

Acervo	Processo com a situação "Em grau de recurso"?		Total Geral
	Não	Sim	
Assunto de qual ramo da Saúde?			
Pública	14614	1340	15954
Suplementar	3817	1198	5015
Ambos	110	46	156
Total Geral	18541	2584	21125

Em cópia à Secretária da Corregedoria para ciência.

Respeitosamente/Atenciosamente,

Silvane Dresch
Matr. 13265 – Chefe da Divisão Judiciária e integrante do Numopede
Corregedoria-Geral da Justiça
Tribunal de Justiça de SC
(48) 3287-2776
cgj.judiciaria@tjsc.jus.br
numopede@tjsc.jus.br

De: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Enviado: sexta-feira, 29 de outubro de 2021 19:02
Para:
Assunto: Ouvidoria 2021-002708-03

De: Ouvidoria Externa
Enviada em: sexta-feira, 29 de outubro de 2021 16:10
Para: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Assunto: Ouvidoria 2021-002708-03



Ofício Eletrônico OPJ **2021-002708-03**

À Senhora
Secretária da Corregedoria-Geral Silvana Zardo Vieira

Corregedoria-Geral da Justiça

Serviço de Informação ao Cidadão. Informação. Accountability Judicial Institucional - Processual. Dados Estatísticos de Processos Judiciais. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. Núcleo de Monitoramento de Perfil de Demandas e Estatística - NUMOPEDE. Demanda direcionada.

Senhora Secretária,

A solicitação atende aos requisitos da Lei 12.527/2011 e, como não é possível o atendimento imediato por esta Ouvidoria, há a necessidade de direcionamento da demanda à unidade que produz ou custodia a informação, no prazo de 48 horas.

Encaminha-se pedido, com base na Lei 12.527/2011, no qual se requer as seguintes informações sobre a política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a judicialização da saúde:

Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

O setor responsável pela produção ou pela custódia deverá, nos termos do art. 14 da Resolução 215/2015:

- a) em 48 horas, comunicar à Ouvidoria caso não possua a informação;
- b) em 15 dias, encaminhar a informação requerida, caso esta possa ser divulgada, a contar do recebimento do pedido, ou, no mesmo prazo, comunicar a impossibilidade de divulgar a informação requerida mediante justificativa;
- c) antes de 15 dias, solicitar prorrogação do prazo para resposta mediante justificativa.

Havendo dúvida quanto à classificação do documento, o pedido poderá ser encaminhado à análise da autoridade que esteja incumbida da classificação das informações, a qual deverá se manifestar em 10 dias (§ do art. 15).

Respeitosamente,
Ouvidoria do Poder Judiciário

De: Ouvidoria
Enviada em: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 14:54
Para: Ouvidoria Externa <>
Assunto: ENC: Demanda nº 2021-002708-01

De: Lourenço De Miranda Freire Neto [<mailto:remetente-externo@tjsc.jus.br>]
Enviada em: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 14:41
Para: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Assunto: Demanda nº 2021-002708-01

Protocolo da Manifestação: 2021-002708
Identificação: 2021-002708-01
Sequencial: 1
Canal: Formulário Eletrônico
Data de Cadastro: 27/10/2021 14:41
Sigilo: N
Demandante: Lourenço De Miranda Freire Neto
CPF/CNPJ: 085.327.654-40
Tipo Pessoa: PF
Documento Identidade: 3267974
Órgão Emissor: SSP/PB
Sexo: Masculino
Escolaridade: Mestrado
Ocupação: Empregado de Empresa Privada
E-mail: lourencomiranda@gmail.com
Telefone: (11) 99196-4121
Endereço: Al Ribeirão Preto
Número: 410
Complemento: Apt 1002
Bairro: Bela Vista
Município: São Paulo
CEP: 01331-000
Assunto: Dados Estatísticos de Processos Judiciais
Complemento Assunto: 1º e 2º Graus de Jurisdição
Tipo Processo: N
Tipo Manifestação: Informação

Relato: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa: [...] 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos? Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Ouvidoria 2021-002708-02

2 mensagens

Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>

11 de novembro de 2021 03:58

Para: "lourencomiranda@gmail.com" <lourencomiranda@gmail.com>



Ofício Eletrônico OPJ 2021-002708-02

Serviço de Informação ao Cidadão. Informação. Accountability Judicial Institucional – Organização e Funcionamento. Outro. Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Órgãos Administrativos. Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina. Demanda direcionada.

Senhor Lourenço De Miranda Freire Neto,

Noticia-se que o prazo de resposta foi prorrogado nos termos do art. 13 da Resolução n. 215 do Conselho Nacional de Justiça, que assim dispõe:

Art. 13. Recepcionado o pedido, em meio físico ou eletrônico, caberá ao SIC:

[...]

§ 1º Não sendo possível o atendimento imediato do pedido, o SIC deverá encaminhar a solicitação à unidade que produz ou custodia a informação no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, **bem como responder ao requerente, em prazo não superior a 20 (vinte) dias, contado do recebimento da solicitação.**

§2º O prazo para resposta previsto no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa da qual será cientificado o requerente antes do término do prazo inicial (sem grifo no original).

Respeitosamente,
Ouvidoria do Poder Judiciário

De:
Enviado: quarta-feira, 10 de novembro de 2021 18:35
Para: Ouvidoria
Assunto: Re: Ouvidoria 2021-002708-02

Prezados servidores da Ouvidoria,

Por determinação da Exma. Juíza Coordenadora do Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina – COMESC, Dra. Candida Inês Zoellner Brugnoli, solicito a prorrogação do prazo para resposta ao questionamento externado pelo pesquisador e Doutorado em Direito Público e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Sr. Lourenço de Miranda Freire neto.

Tal solicitação se dá em virtude da atual sobrecarga de trabalho na Vara da Fazenda Pública, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Jaraguá do Sul, da qual referida Juíza é titular, cuja unidade encontra-se, no período, em correição virtual pela Corregedoria-Geral da Justiça.

Cordialmente,



Rafaela Haverroth

Assessora Jurídica
(48) 3287-2526

Secretária do COMESC

De: Ouvidoria

Enviado: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 19:39

Para:

Assunto: Ouvidoria 2021-002708-02

De:

Enviada em: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 19:36

Para: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>

Assunto: Ouvidoria 2021-002708-02



Ofício Eletrônico OPJ **2021-002708-02**

A Sua Excelência a Senhora

Juíza Candida Inês Zoellner Brugnoli

Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina

Serviço de Informação ao Cidadão. Informação. Accountability Judicial Institucional – Organização e Funcionamento. Outro. Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Órgãos Administrativos. Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina. Demanda direcionada.

Senhora Juíza,

A solicitação atende aos requisitos da Lei 12.527/2011 e, como não é possível o atendimento imediato por esta Ouvidoria, há a necessidade de direcionamento da demanda à unidade que produz ou custodia a informação, no prazo de 48 horas.

Encaminha-se pedido, com base na Lei 12.527/2011, no qual se requer as seguintes informações sobre a política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a judicialização da saúde:

Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com quem e com que frequência?

O setor responsável pela produção ou pela custódia deverá, nos termos do art. 14 da Resolução 215/2015:

- a) em 48 horas, comunicar à Ouvidoria caso não possua a informação;
- b) em 15 dias, encaminhar a informação requerida, caso esta possa ser divulgada, a contar do recebimento do pedido, ou, no mesmo prazo, comunicar a impossibilidade de divulgar a informação requerida mediante justificativa;
- c) antes de 15 dias, solicitar prorrogação do prazo para resposta mediante justificativa.

Havendo dúvida quanto à classificação do documento, o pedido poderá ser encaminhado à análise da autoridade que esteja incumbida da classificação das informações, a qual deverá se manifestar em 10 dias (§ do art. 15).

Respeitosamente,
Ouvidoria do Poder Judiciário

De: Ouvidoria
Enviada em: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 14:54
Para: Ouvidoria Externa <>
Assunto: ENC: Demanda nº 2021-002708-01

De: Lourenço De Miranda Freire Neto [<mailto:remetente-externo@tjsc.jus.br>]
Enviada em: quarta-feira, 27 de outubro de 2021 14:41
Para: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Assunto: Demanda nº 2021-002708-01

**Protocolo da
Manifestação:** 2021-002708

Identificação: 2021-002708-01

Sequencial: 1

Canal: Formulário Eletrônico

**Data de
Cadastro:** 27/10/2021 14:41

Sigilo: **N**

Demandante: Lourenço De Miranda Freire Neto

CPF/CNPJ: 085.327.654-40

Tipo Pessoa: PF

**Documento
Identidade:** 3267974

**Órgão
Emissor:** SSP/PB

Sexo: Masculino

Escolaridade: Mestrado

Ocupação: Empregado de Empresa Privada

E-mail: lourencomiranda@gmail.com

Telefone: (11) 99196-4121

Endereço: Al Ribeirão Preto

Número: 410

Complemento: Apt 1002

Bairro: Bela Vista

Município: São Paulo

CEP: 01331-000

Assunto: Dados Estatísticos de Processos Judiciais

Complemento Assunto: 1º e 2º Graus de Jurisdição

Tipo Processo: N

Tipo Manifestação: Informação

Relato: Prezados(as), Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada "INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE: POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL". Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa[...] 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência? 3[...]Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários. Atenciosamente, Lourenço de Miranda Freire Neto <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>

Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Para: "lourencomiranda@gmail.com" <lourencomiranda@gmail.com>

19 de novembro de 2021 02:26



Ofício Eletrônico OPJ2021-002708-02

Serviço de Informação ao Cidadão. Informação. Accountability Judicial Institucional – Organização e Funcionamento. Outro. Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Órgãos Administrativos. Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina. Demanda direcionada. Pedido atendido. Acesso integral. Informação disponibilizada

Senhor Lourenço De Miranda Freire Neto,

Encaminha-se retorno sobre o pedido de informações feita nesta Ouvidoria.

Respeitosamente,
Ouvidoria do Poder Judiciário

De:
Enviado: quinta-feira, 18 de novembro de 2021 18:40
Para: Ouvidoria <ouvidor@tjsc.jus.br>
Assunto: Re: Ouvidoria 2021-002708-02

Prezados Senhores,

Em resposta ao questionamento formulado a esta ouvidoria pela pessoa de Lourenço De Miranda Freire Neto, presto as seguintes informações:

"Considerando o elevado número de ações judiciais relacionadas à assistência à saúde e a consequente necessidade de aprofundar estudos com vistas à prevenção de litígios e à adequada gestão dos processos em tramitação, o Supremo Tribunal Federal – STF, nos meses de abril e maio de 2009, realizou a Audiência Pública n. 04, cujo propósito foi o de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.

A partir dos resultados da referida audiência, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009) para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Dos estudos realizados pelo Grupo de Trabalho criado a partir dos resultados coletados na audiência pública n. 04, realizada pelo STF, o Plenário do CNJ aprovou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

Objetivo: elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da Saúde Pública e Suplementar." (Fonte: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/>)

É nesse contexto, que foram criados os Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados, com o objetivo de coordenar e executar ações específicas.

O Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC) foi criado em 2012 e tem seu fundamento nas Resoluções 107 e 238, ambas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Com a edição da Resolução CNJ 388/2021, todos os Comitês Estaduais passaram a ter denominação padrão: "Comitê Estadual de Saúde" seguido da sigla do estado respectivo.

O Comitê Estadual do Estado de Santa Catarina tem como objetivo elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento dos procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

A coordenação atualmente é exercida por esta magistrada, na qualidade de representante do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e a vice-coordenação pelo Juiz Federal Clenio Jair Schulze, representante do TRF 4ª Região.

Integram também o COMESC: representantes do Ministério Público Federal e Estadual, Procuradoria-Geral do Estado, Ordem dos Advogados do Brasil, Tribunal de Contas do Estado, Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina, Secretaria de Saúde do Município de Florianópolis, Conselho de Secretarias Municipais de Saúde, Defensoria Pública da União e do Estado, Federação Catarinense de Municípios, Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis, Conselhos Regionais de Classe, e outros segmentos do poder público, da sociedade civil e de comunidades interessadas que, voluntariamente, cumulam esta atividade com os seus respectivos trabalhos.

São realizadas reuniões mensais, nas quais são buscadas soluções para conflitos na área da saúde. As diferentes organizações que compõem o Comitê permitem que a judicialização da saúde seja pensada por diversos pontos de vista.

São promovidos debates e busca de consensos, de forma integrada e articulada, que dão ensejo a enunciados e recomendações que tratam sobre temas comuns nas ações judiciais emitidos posteriormente pelo COMESC. Essas medidas são de conhecimento público e encaminhadas aos magistrados pela Corregedoria-Geral da Justiça. Os enunciados uniformizam procedimentos a serem adotados pelos profissionais de saúde e do direito, priorizando a assistência à saúde, a organização do SUS e o desenvolvimento, de modo isonômico, das políticas públicas para todos que buscam o SUS.

Para maiores informações, acessar a página do Comitê Estadual de Saúde do Estado de Santa Catarina:

<https://www.tjsc.jus.br/comite-estadual-de-saude-do-estado-de-santa-catarina>

São estas as informações que reputo necessárias.

Att.,



Candida Inês Zoellner Brugnoli

Juíza de Direito

Coordenadora do Comitê Estadual de Saúde de SC

De:

Enviado: quarta-feira, 10 de novembro de 2021 23:58

Para: I

Assunto: Ouvidoria 2021-002708-02

[Texto das mensagens anteriores oculto]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, 11 de novembro de 2021

PROTOCOLO TJSP 2021/000115484

Prezado Senhor 085.327.654-40 - Lourenço de Miranda Freire Neto, boa tarde

Existe o NATJUS, vinculado a Diretoria da área da saúde, que emite pareceres técnicos em saúde para apoio na fase processual. Hoje temos um sistema onde o magistrado poderá solicitar pareceres técnicos sobre tratamentos e procedimentos de saúde. O parecer é disponibilizado ao magistrado, com o apoio de nossos parceiros, Universidades e Sociedades Brasileiras de especialidades médicas.

Existe o ACESSASUS, vinculado a secretária de saúde do Estado, que emite pareceres na fase pré processual, tentando evitar a judicialização de demandas vinculadas à saúde.

Caso exista mais dúvidas em relação ao questionamento por gentileza entrar com novo protocolo.

Atenciosamente

**SGP 1.1 - COORDENADORIA DE CONTROLE, MOVIMENTAÇÃO DE SERVIDORES E
PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA DE GESTÃO DE PESSOAS**



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

DESPACHO

Senhora Diretora da Secju,

Em cumprimento ao Despacho (14656575) seguem, no documento (14848322), dados estatísticos sobre o volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar.

Atenciosamente,

GUSTAVO STÊNIO SILVA SOUSA

Diretor da Diest



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Stênio Silva Sousa, Diretor(a) de Divisão**, em 18/01/2022, às 11:49 (horário de Brasília), conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.trf1.jus.br/autenticidade> informando o código verificador **14848324** e o código CRC **D8DB24D1**.

Data de Envio:

27/10/2021 08:22:14

Nome:

Lourenço de Miranda Freire Neto

E-mail:

lourencomiranda@gmail.com

CPF:

085.327.654-40

Telefone:

(11) 99196-4121

Estado:

SP

Cidade:

São Paulo

Deseja Retorno:

Sim

Mensagem:

Prezados(as),

Sou pesquisador do Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em convênio de cotutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca, com tese intitulada INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS DE SAÚDE:
POR UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISIONAL.

Diante disso, busco respostas aos seguintes questionamentos, as quais serão utilizadas como importante fonte para a pesquisa:

- 1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?
- 2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?
- 3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Grato desde já pelo encaminhamento das mesmas, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

Lourenço de Miranda Freire Neto
<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

DESPACHO

Senhora Diretora da Secretaria Judiciária;

Senhora Supervisora da Seouv,

Em atenção ao Despacho Secju 14420914 e ao Despacho Ouvidoria 15006378, relativas às demandas dos itens 1 e 2 encaminhadas pelo pesquisador Lourenço de Miranda Freire Neto, por meio da Ouvidoria deste Tribunal (14330905), temos a informar o que se segue.

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Haja vista que a expressão "política institucional" está diretamente relacionada a diretrizes gerais que expressam os parâmetros dentro dos quais as ações da instituição e de seus integrantes devem se desenvolver, no cumprimento da missão para o alcance da visão, informa-se que houve diversas ações a respeito desse assunto no âmbito desta Justiça Federal da 1ª Região, confira-se:

1) este Tribunal instituiu uma comissão de magistrados para avaliar, identificar e propor especialização de varas federais em matéria de saúde pública, no âmbito da 1ª Região ([Portaria Presi 362 de 23 de novembro de 2016](#)), em atenção à [Resolução CNJ 238 de 06 de setembro de 2016](#), que dispõe sobre a criação e a manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, bem como sobre a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

2) a partir dos estudos realizados pela Comissão, foram especializadas duas varas federais da Seção Judiciária do Distrito Federal em Saúde Pública (3ª e 21ª) por meio da [Resolução Presi 12 de 03 de maio de 2017](#) e da [Resolução Presi 28 de 15 de agosto de 2017](#) a referendou.

3) ante o grande volume de processos que versam sobre saúde, sobretudo a partir da eclosão da Pandemia da COVID-19, há estudos em curso para reavaliação e ampliação da especialização de varas deste Tribunal em matéria de saúde pública (PAe 0024971-81.2016.4.01.8000)

4) adicionalmente, informa-se que quando da análise da implementação de uma vara especializada em demandas de saúde no Seção Judiciária do Amapá, verificou-se a possibilidade de utilização do Núcleo de Justiça 4.0 com competência regional para o atendimento das matérias que envolvam direito à saúde pública (13765840 e 14030106), a exemplo dos núcleos criados no TRF 2ª Região ([Resolução TRF2 35/2021](#)) e TRF 4ª Região ([Resolução Conjunta TRF 4 1/2021](#)).

Ante o exposto, em referência ao princípio da supremacia do interesse público e ao princípio da indisponibilidade do interesse público, informa-se que as ações sobre esse assunto emanadas por este Tribunal visam, dentre outros, o integral cumprimento dos ditames da [Resolução CNJ 238 de 06 de setembro de 2016](#) e da [Resolução CNJ 388 de 13 de abril de 2021](#).

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Nos termos da [Resolução CNJ 388/2021](#), "O Comitê Estadual de Saúde é órgão colegiado e multidisciplinar responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação..."

O inciso III do art. 2º dessa norma traz como finalidade desse Comitê, entre outras: "*Viabilizar o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde.*"

Com isso, em cada unidade federativa, funciona um Comitê Estadual de Saúde, com composição formada por representantes do sistema de justiça, do sistema de saúde, de órgãos executivos, comunitários e acadêmicos. Percebe-se que os membros dos Comitês Estaduais de Saúde são oriundos de diversos órgãos públicos ou de áreas distintas e a atuação desses Comitês se dá no âmbito de cada seccional, de forma descentralizada, conforme anteriormente informado.

Dessa forma, além de magistrados indicados pelo Presidente deste TRF da 1ª Região, em sua área de jurisdição, integram esses Comitês Estaduais os magistrados indicados pelos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça, os profissionais de saúde integrante do NatJus, membros do Ministério da Saúde, da Advocacia-Geral da União, da Secretaria de Estado de Saúde, Procuradores de Estado e de Municípios, membro indicado pela Anvisa, membro do MPE indicado pelo PGJ, Procuradores da República, Defensores Públicos, membro indicado pelo Procon, membro indicado pelo Sistema de Saúde Suplementar, dentre outros integrantes.

Assim, tendo em vista que a atuação dos Comitês Estaduais de Saúde se dá no âmbito de cada seccional, não havendo, até onde esta Secge tem conhecimento, controle centralizado no Tribunal, sugere-se solicitar as informações específicas sobre a existência de diálogos interinstitucionais permanente em matéria de acesso à saúde pública aos Comitês Estaduais de Saúde, ressaltando que há magistrados indicados pela Presidência deste Tribunal que integram esses Comitês, conforme mostra Portal do TRF1 (<https://portal.trf1.jus.br/Setorial/Asmag/RelatoriosAsmag/representantesComiteSaude.php>).

Por fim, após a obtenção das respostas de ambos os questionamentos, considerando que o canal próprio e adequado de interlocução entre os cidadãos em geral (público externo) e o Poder Público se dá por meio da Ouvidoria, sugere-se ainda que essas informações sejam transmitidas pela Ouvidoria deste TRF da 1ª Região para o demandante.

Atenciosamente,

Wânia Maríça Araújo Vieira

Diretora da Secge



Documento assinado eletronicamente por **Wânia Maríça Araújo Vieira, Diretor(a) de Secretaria**, em 10/02/2022, às 18:27 (horário de Brasília), conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.trf1.jus.br/autenticidade> informando o código verificador **15014820** e o código CRC **5A11700A**.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

DESPACHO Nº JFRJ-DES-2021/31346

Referência: Solicitação de Informação - SIC Nº TRF2-SIC-2021/00284 , 27/10/21 - TRF2.
Assunto: Serviço de informação ao cidadão

SEÇÃO DE SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO,

Ilmo. Sr. Supervisor da Seção de Serviço de Informação ao Cidadão

Prezado Senhor,

Em resposta à solicitação de LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO, venho prestar as seguintes informações:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

Sim. O TRF da 2ª Região de há muito adota iniciativas voltadas para a Judicialização da Saúde, dentre as quais podemos citar:

- participação efetiva no Comitê Estadual de Saúde do CNJ no Rio de Janeiro.
- cursos específicos sobre Direito Sanitário e Judicialização da Saúde organizados pela EMARF, inclusive em coordenação com a Escola Nacional de Saúde Pública/ENSP da FIOCRUZ;
- acordo de cooperação firmado desde 2011 com a Secretaria Estadual de Saúde/RJ para criação do Núcleo de Assessoria Técnica da Magistratura - NAT, hoje denominado Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NAT JUS por força da Resolução 238/2016 do CNJ;
- instituição de Núcleo de Justiça 4.0 específico para demandas da Saúde (Portaria TRF2-PTP-2021/00256);
- instituição do CEJUSC SAÚDE, ainda em fase de instalação (Portaria TRF2-PTP-2021/00275).

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

Sim. O diálogo interinstitucional permanente é garantido primariamente no âmbito do Comitê Estadual de Saúde do CNJ, que, no caso do Rio de Janeiro, conta ainda com a participação do Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado, órgãos dos Poderes Legislativo Federal e Estadual.

Sua composição e organização, bem como principais iniciativas, podem ser analisadas em sua página, albergada no site do TRF da 2ª Região (<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/>). Nossas reuniões são mensais.



Assinado com senha por MARIA AMELIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO.
Documento Nº: 3267516-9155 - consulta à autenticidade em
<https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/public/app/autenticar?n=3267516-9155>

Classif. documental

40.01.01.05



JFRJDES202131346A

SIGA

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Não há ainda um controle interno permanente específico das demandas de saúde pública. O CEJUSC SAÚDE, em fase de instalação, se propõe a ter atuação preventiva, analisando junto com NUGEPNAC surgimento de demandas de massa para acionar ação de mediação, mas ainda não foram implementados mecanismos para tal atuação.

Sobre a possibilidade de pesquisa por parte do público externo e também para informar o número de demandas atualmente existentes, sugiro que essa parte da consulta seja respondida pelo Núcleo de Estatística.

Atenciosamente,

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2021.

- assinado eletronicamente -

MARIA AMELIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO
JUIZ FEDERAL
23ª VARA FEDERAL



Assinado com senha por MARIA AMELIA ALMEIDA SENOS DE CARVALHO.
Documento Nº: 3267516-9155 - consulta à autenticidade em
<https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/public/app/autenticar?n=3267516-9155>



JFRJDES202131346A



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Av. Paulista, 1842 - Bairro Bela Vista - CEP 01310-936 - São Paulo - SP - www.trf3.jus.br

INFORMAÇÃO Nº 8191680/2021 - GABPRES

Trata-se de comunicação eletrônica formulada por Lourenço de Miranda Freire Neto no que tange ao tema Judicialização da Saúde:

1- Existe alguma política institucional no âmbito do Tribunal voltada especificamente para a Judicialização da Saúde? Se sim, qual(is)?

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, não há ato normativo que regulamente o tema de Judicialização da Saúde.

A Justiça Federal segue normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, tais como a Recomendação nº 100, Recomendação nº 92, Resolução nº 238/2016 e Resolução nº 388/2021.

Consoante Resolução CNJ nº 238/2016, posteriormente alterada pela Resolução nº 388/2021, o TRF3 é integrante dos Comitês Estaduais da Saúde.

Conta esta Corte, ainda, com informações técnicas dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS). <https://www.trf3.jus.br/natjus/>

Nesse sentido, em 16/08/2018, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmaram o Convênio 01.008.10.2018 ([link PDF](#)).

Através do [PROVIMENTO CJF3R Nº 39, DE 03 DE JULHO DE 2020](#), foram criadas as Varas especializadas de Saúde.

2- Há algum diálogo interinstitucional permanente entre este órgão do Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo em matéria de acesso à saúde? Se sim, em que âmbito, com que entes e com que frequência?

O Poder Judiciário participa de discussões da temática de Saúde, através dos Comitês Estaduais da Saúde, consoante estabelecido pela Resolução CNJ nº 238/2016, posteriormente alterada pela Resolução nº 388/2021, com frequência mensal.

A Coordenação do Comitê Estadual, a quem compete elaborar o calendário de reuniões, é realizada, no Estado de São Paulo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); e, no Estado do Mato Grosso do Sul, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS).

Por ocasião da Pandemia do novo coronavírus, o TRF3 instituiu uma Plataforma Interinstitucional ([Resolução nº 349 de 12/05/2020](#)), ocasião em que foram realizadas reuniões com diversos órgãos públicos e entidades, com a finalidade de aplicar a conciliação como forma de resolução de conflitos decorrentes da Covid-19, sobretudo para evitar a excessiva judicialização de questões

relacionadas à pandemia.

3- Há um controle interno do volume de processos em tramitação na Corte que versam sobre efetivação do acesso à saúde pública e/ou suplementar? Se sim, quantos são atualmente em cada um dos âmbitos?

Com o fito de efetuar uma das etapas de plano de ação para cumprimento da [Meta 9](#) do Conselho Nacional de Justiça, foi criado Painel estatístico disponibilizado na página eletrônica do TRF3: <https://www.trf3.jus.br/estatistica-da-justica-federal-da-3a-regiao/>, contendo dados de feitos relacionados à Saúde (LIODS - Direito da Saúde e Execução Fiscal).

Essas as informações a serem apresentadas, as quais, gentilmente, solicito sejam repassadas ao solicitante.



Documento assinado eletronicamente por **Andreia Hamada, Chefe de Gabinete**, em 27/10/2021, às 18:50, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf3.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **8191680** e o código CRC **9BDFD0CB**.



Lourenço Neto <lourencomiranda@gmail.com>

Contato com TRF4 sobre Política de Saúde

1 mensagem

TRF4/APLANG <aplang@trf4.jus.br>
Responder a: TRF4/APLANG <aplang@trf4.jus.br>
Para: lourencomiranda@gmail.com

3 de novembro de 2021 15:01

Prezado Senhor Lourenço,

Acerca do item 1, não há política específica neste Tribunal. Há a coordenação do Conselho Nacional de Justiça*, mediante o Fórum da Saúde**, nesses termos:

"Com a finalidade de conduzir as atividades do Fórum da Saúde no sentido de elaborar seu programa de trabalho e funcionamento, foi instituído, por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, o Comitê Executivo Nacional.

O Comitê Executivo Nacional é constituído por magistrados e especialistas em direito sanitário, e atua como órgão de produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como busca promover a integração dos Comitês Estaduais de Saúde por meio de reuniões e encontros, assim como atuar na divulgação de boas práticas."

No que respeita ao item 2, há o Fórum Interinstitucional da Saúde do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Resolução nº 142/2021***, cujas reuniões devem iniciar no início de novembro, com periodicidade trimestral.

Quanto ao item 3, encaminho os dados solicitados em anexo.


Atenciosamente.

Links:

*<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/>

**<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/comite-executivo-nacional/>

***https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3018106&reload=false

 **Planilha_5824058_Dados.xlsx**
15K

Timbre

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO

INFORMAÇÃO

Em atenção ao despacho id. 2408342, venho informar os dados requeridos no item 3 do Formulário SIC 2395109.

Os dados foram obtidos no BI/TRF5, Painel Relatório de Inspeção - 2º Grau, 1º Grau, JEF e TR, acesso em 14/12/2021, efetuado com o filtro nos assuntos de código 12481 - Pública (com exceção do assunto de código 12511 e de seus filhos) e 12482 – Suplementar dispostas na Tabela Processual Unificada.

Cumprе destacar que um mesmo processo pode ter mais de um assunto cadastrado, por isso, o total geral de processos não corresponde a soma dos processos nos assuntos. Ademais, segue em anexo os quadros com os quantitativos e a lista de processos considerados.

Cordialmente,

logotipo

Documento assinado eletronicamente por **LARYSSA DOS REIS FERREIRA, DIRETOR(A) DE DIVISÃO**, em 16/12/2021, às 16:47, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

QRCode Assinatura

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf5.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **2492960** e o código CRC **D27D6C5F**.

Processos em tramitação sobre acesso à saúde pública e/ou suplementar

Quadro 1: Quantitativo de processos no 2º Grau no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Assuntos - 2º Grau	Processos
12487 - Fornecimento de medicamentos	86
12489 - Tratamento médico-hospitalar	464
12500 - Consulta	11
12502 - Eletiva	17
12503 - Urgência	36
12504 - Diálise/Hemodiálise	1
12505 - Leito de enfermaria / leito oncológico	5
12506 - Unidade de terapia intensiva (UTI) / Unidade de cuidados intensivos (UCI)	19
12519 - Vigilância Sanitária e Epidemiológica	6
Total Geral	633

Quadro 2: Quantitativo de processos no 1º Grau, JEF e TR no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Assuntos - 1º Grau, JEF e TR	Processos
12487 - Fornecimento de medicamentos	217
12488 - Reajuste contratual	3
12489 - Tratamento médico-hospitalar	29
12490 - Fornecimento de insumos	11
12493 - Sem registro na ANVISA	78
12494 - Padronizado	323
12495 - Não padronizado	254
12496 - Oncológico	393
12497 - Curativos/Bandagem	6
12498 - Cadeira de rodas / cadeira de banho / cama hospitalar	15
12499 - Fraldas	21
12500 - Consulta	68
12502 - Eletiva	46
12503 - Urgência	116
12504 - Diálise/Hemodiálise	6
12505 - Leito de enfermaria / leito oncológico	2
12506 - Unidade de terapia intensiva (UTI) / Unidade de cuidados intensivos (UCI)	29
12519 - Vigilância Sanitária e Epidemiológica	7
Total Geral	1428

ANEXO C – DECISÕES PARADIGMÁTICAS DOS TRIBUNAIS ESPAHÓIS

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9212 *Pleno. Sentencia 136/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009. Promovido por el Presidente del Gobierno con respecto a los artículos 14 y 15 de la Ley de la Comunitat Valenciana 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, bases y coordinación de la sanidad y Seguridad Social: nulidad de los preceptos legales que regulan la tasa autonómica por prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica a los afiliados a diferentes mutualidades de funcionarios.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2810-2009, promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. Han comparecido y formulado alegaciones el Gobierno de la Nación y las Cortes Valencianas, debidamente representados. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 25 de marzo de 2009, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat («Diario Oficial de la Comunidad Valenciana» núm. 5922, de 29 de diciembre de 2008), por vulneración de las competencias que el artículo 149.1 CE, en sus apartados 1, 14, 16 y 17, atribuye al Estado, contraviniendo en particular la normativa básica estatal dichas materias y el actual régimen de financiación autonómica. Además, solicita la suspensión de la vigencia de dichos preceptos al amparo del art. 161.2 CE.

2. Comienza el Abogado del Estado describiendo la finalidad de los preceptos impugnados, que respectivamente modifican los artículos 171 y 172 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

Los arts. 171 a 174 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat regulan la «tasa por prestación de asistencia sanitaria», cuyo hecho imponible lo constituye la

prestación de los servicios recogidos en el art. 173 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

El art. 14 de la Ley 16/2008 modificó el art. 171.1 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, con la finalidad de que la citada «tasa por prestación de asistencia sanitaria», sea exigible a los «asegurados y beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)». Previamente a su modificación, el art. 171.1 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat finalizaba con el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud». En consecuencia, tras su modificación por el citado art. 14 de la Ley 16/2008, la tasa será exigible a los asegurados de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que hayan sido adscritos a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud. El art. 15 de la Ley 16/2008 modificó a su vez el art. 172.2 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, para establecer que las citadas mutualidades serán sustitutas del contribuyente.

a) Expuestas las anteriores modificaciones, se describen a continuación el marco y los antecedentes de la controversia competencial. El Abogado del Estado comienza por recordar que, tras la entrada en vigor del modelo de financiación autonómica establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía (Ley 21/2001, en adelante), las Comunidades Autónomas tienen la responsabilidad financiera de los servicios de salud que gestionan, para lo que dicha ley prevé los correspondientes recursos. Pues bien, afirma en su escrito el Abogado del Estado que, pese a haber sido aprobado por unanimidad, la Comunidad Valenciana ha venido discutiendo dicho modelo de financiación en lo que se refiere a los servicios prestados por el Servicio Valenciano de Salud a los funcionarios de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que hubieran optado por recibir la prestación sanitaria recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud. Pretende así la Generalitat que el Estado le transfiera las cotizaciones que los mutualistas abonan a las mutualidades por la prestación del servicio sanitario. Sin embargo, se afirma en el escrito de demanda que las Comunidades Autónomas ya perciben esas cantidades, pues están incluidas en el modelo de financiación autonómica establecido tras la citada Ley 21/2001. Este contexto enmarca la controversia, pues la finalidad de la extensión de las tasas a las mutualidades administrativas citadas no es otra que intentar percibir una cantidad a la que sin embargo la Comunidad Autónoma no tiene derecho, pues el modelo de financiación aprobado en la Ley 21/2001 incluyó como población protegida a los funcionarios de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que hubieran optado por recibir la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, a efectos de calcular las necesidades de financiación. Es decir, el sistema de financiación autonómica expresamente ha previsto fondos para sufragar el gasto generado por el mutualismo administrativo, por lo que la imposición de la tasa implicaría, de percibirse por la Comunidad Autónoma, cobrar dos veces por lo mismo.

A partir de estas consideraciones generales, afirma el Abogado del Estado que los preceptos impugnados invaden la materia recogida en el art. 149.1.16 CE, «bases y coordinación general de la sanidad», vulnerando también el art. 149.1.1 CE, en relación con el ámbito prestacional sanitario, en conexión con el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE, que exige al Estado garantizar un nivel mínimo de prestaciones suficientes para hacer efectivo dicho derecho a todos los ciudadanos. En concreto, considera que los preceptos autonómicos recurridos vulneran la legislación básica estatal en materia de sanidad y de seguridad social (art. 149.1, apartados 16 y 17 CE), así como el sistema de financiación autonómica, y por tanto, el art. 149.1.14 CE y la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en adelante) en relación con el artículo 157.3 CE.

b) En relación con la vulneración de la legislación básica de la Seguridad Social y en materia de sanidad, comienza por destacar que, pese a la separación de títulos competenciales para sanidad (art. 149.1.16) y Seguridad Social (art. 149.1.17), confirmada por la STC 98/2004, de 25 de mayo (FJ 5), hay sin embargo una evidente conexión entre ambas competencias, por lo que los preceptos impugnados también vulneran la competencia estatal en materia de Seguridad Social. En fin, la disponibilidad de fondos públicos en materia de sanidad debe entenderse reservada al Estado en virtud del verdadero y eficaz alcance de ambos títulos competenciales.

A partir de ahí, se centra el alegato en las consecuencias que sobre dicho sistema de financiación de la sanidad suponen los preceptos impugnados, que implican el establecimiento de un «sistema de copago» de la asistencia sanitaria exclusivamente para los funcionarios públicos adscritos a las mutualidades (MUFACE, ISFAS y MUGEJU). Esto supone la quiebra del modelo sanitario vigente en el resto del territorio nacional, «en el que se prevé una prestación sanitaria universal, igualitaria y financiada íntegramente con cargo a los presupuestos públicos».

En particular, lo anterior se deduce del art. 10 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. De acuerdo con este artículo, las prestaciones sanitarias mínimas, esto es, la denominada «cartera básica» que establece el legislador estatal, son de responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, disponiendo para ello de los recursos establecidos en el sistema de financiación acordado. En consecuencia, la suficiencia para financiar esas prestaciones viene garantizada por los recursos asignados a cada Comunidad de acuerdo con la Ley 21/2001 (párrafos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). El art. 10.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece que las prestaciones establecidas en dicha ley «son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago». En su escrito, el Abogado del Estado precisa que la expresión «tercero obligado al pago» se refiere a los casos en los que los servicios públicos de salud reclaman el pago de las prestaciones sanitarias prestadas a aquellas personas que no están cubiertas por el Sistema Nacional de Salud. Cita como ejemplo el caso de un funcionario, perteneciente a MUFACE, MUGEJU o ISFAS, que, por decisión propia, haya quedado adscrito a recibir la prestación de entidades concertadas con la sanidad privada pero que reciba una prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

Establecido de esta forma el sistema de prestaciones sanitarias, las Comunidades Autónomas podrían mejorar dichas prestaciones, pero no empeorarlas, pues el legislador básico estatal ha optado por un modelo asistencial y no asegurativo de la sanidad, lo que se corrobora por el art. 86.2 b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Lo anterior no impide que pudieran establecerse fórmulas de copago, como prevén los arts. 46 d) y 79.1 c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS, en adelante), pero ello sólo podría hacerlo el Estado, no un legislador autonómico, pues con ello se rompería, en perjuicio de los destinatarios del servicio público, «la mínima igualdad exigible en la prestación sanitaria a que tienen derecho todos los residentes en el territorio nacional». Además, resulta en sí mismo contrario a la igualdad el gravamen, por la tasa autonómica impugnada, a los funcionarios pertenecientes a MUFACE, MUGEJU e ISFAS, que hayan optado por obtener la prestación sanitaria de la red del Sistema Nacional de Salud, con el resultado de que dichos funcionarios recibirían la prestación de forma más onerosa que el resto de usuarios.

Dicho tratamiento más oneroso no está además justificado, pues los funcionarios adscritos a las citadas mutualidades se computaron entre la población protegida que sirvió para definir la financiación correspondiente a cada Comunidad Autónoma para sufragar el gasto sanitario. Y puesto que la norma designa a los destinatarios del servicio como contribuyentes y a las mutualidades como sustitutas del contribuyente, de acuerdo con el art. 36 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, general tributaria (LGT, en adelante), el

sustituto (la mutualidad) podrá exigir el pago del mismo al contribuyente (el funcionario que recibe la prestación). Se rompe así con el modelo de financiación pública de los servicios sanitarios incluidos en el catálogo mínimo de prestaciones.

En conexión con lo anterior, la quiebra del sistema sanitario que la aplicación de la tasa a los referidos supuestos implica, vulnera además el principio de igualdad, no sólo porque se grava a un determinado grupo de beneficiarios de la sanidad pública, sino porque, en general, se infringen las normas dictadas por el Estado en ejercicio de las bases de sanidad (art. 149.1.16) en conexión con el título derivado del art. 149.1.1 CE. En particular, los arts. 3.2 y 16 LGS garantizan que el acceso a la sanidad será igual para todos. Además, el art. 3.3 de la misma ley dispone que la política de salud se oriente a la superación de los desequilibrios financieros, mandando en fin los arts. 12 y 81 de la misma Ley general de sanidad a los poderes públicos que orienten sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades territoriales y garantizando la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio del Estado. Por su parte, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud recoge dicho principio de igualdad, en su dimensión territorial, en su exposición de motivos, encontrando el principio reflejo en los arts. 2.1 a) y 23 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, además de en los arts. 33.2 y 71.1 g) y en la disposición adicional sexta.

En fin, se concluye, los preceptos impugnados invaden una materia que además de constituir una condición básica en garantía de la igualdad de todos los españoles en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 149.1.16 CE), es una condición básica en el ejercicio de un derecho constitucional (art. 149.1.1 en relación con el art. 43.1 CE).

c) Finalmente, los preceptos impugnados se reputan también contrarios al sistema de financiación autonómica, vulnerando en consecuencia el art. 149.1.14 CE, además de la LOFCA, en relación con el art. 157.3 CE.

Comienza el Abogado del Estado exponiendo los términos en que se negoció, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el sistema de financiación recogido en la supra citada Ley 21/2001, en la que por primera vez se contemplan de forma conjunta las competencias comunes y las sanitarias. Destaca que la financiación por los servicios sanitarios que prestan a los asegurados por las citadas mutualidades los servicios sanitarios autonómicos está ya incorporada al sistema de financiación. En consecuencia, la Comunidad Valenciana vulnera el modelo de financiación, ya que pretende establecer una tasa por la prestación de un servicio para el que ya están reservados fondos públicos en dicho modelo. Nada obsta a que una Comunidad Autónoma, que quiera ampliar su cobertura sanitaria, acuda a otras fuentes de financiación. Sin embargo, infringe el modelo de financiación, y por tanto el art. 149.1.14 CE en virtud del cual se establece, el que para la prestación de la cartera básica la Comunidad se aparte de las fuentes de financiación recogidas en la Ley 21/2001 y pretenda captar recursos directamente de determinados prestatarios del servicio.

Además, la norma autonómica es contraria al art. 7.3 LOFCA, pues las tasas están vinculadas a un servicio (STC 296/2004, de 10 de noviembre, FJ 4), basándose en el «principio de equivalencia» entre el coste del mismo y el importe de la tasa. Se desnaturaliza la tasa si su hecho imponible lo constituye la prestación de un servicio público cuyo coste ya está cubierto por recursos públicos que se encuentran afectos al mismo.

3. El Pleno del Tribunal, por providencia de 21 de abril de 2009, acordó la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad, así como dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, y a las Cortes y al Gobierno Valenciano, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse y formular alegaciones. Igualmente acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 CE, lo que, conforme al art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado. Por último también decidió publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat

Valenciana», lo que se verificó en el «BOE» núm. 104, de 29 de abril de 2009, y en el «DOGV» núm. 6007, de 6 de mayo de 2009.

4. Mediante escrito registrado el 29 de abril de 2009, el Presidente del Senado, comunicó la decisión de la Mesa de la Cámara de solicitar que se tenga por personada a la Cámara en el proceso constitucional y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Con fecha 5 de mayo de 2009 se registra el escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando la decisión de la Mesa de la Cámara de solicitar que se tenga por personada a la Cámara en el proceso constitucional y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El 13 de mayo de 2009 tiene entrada en el Registro General del Tribunal el escrito de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, por el que se solicita la prórroga del plazo concedido mediante la anteriormente citada providencia de 21 de abril.

7. El Pleno del Tribunal, por providencia de 14 de mayo de 2009, accedió a la solicitud del Gobierno Valenciano de prórroga del plazo para personarse en el presente proceso constitucional, ampliando éste en ocho días.

8. Las Cortes Valencianas, por escrito registrado el 29 de mayo de 2009, presentaron sus alegaciones.

9. El 2 de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal el escrito presentado por la Generalitat Valenciana, debidamente representada, en el que se formularon las siguientes alegaciones:

a) Se afirma, en primer lugar, que los preceptos impugnados encuentran apoyo legal en la facultad que tienen atribuida los servicios públicos de salud de reclamar el pago de los importes de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole a los «terceros obligados al pago», a que se refieren el art. 83 LGS, la disposición adicional vigesimosegunda del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, o el art. 10.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, entre otras normas.

De esta manera, las Comunidades Autónomas pueden solicitar el pago directo a determinadas entidades, tales como el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y empresas autoaseguradoras, en caso de asistencia sanitaria y farmacéutica derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; a otras Administraciones autonómicas por las prestaciones a sus ciudadanos (asistencia a desplazados); a las entidades extranjeras gestoras de regímenes de seguridad social de países de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo, Suiza o de países con los que España tenga suscrito convenios bilaterales en materia de asistencia sanitaria de la seguridad social (asistencia sanitaria internacional), o, finalmente, a las entidades aseguradoras privadas, en caso de asistencia sanitaria derivada de accidentes de tráfico, deportivos, escolares, festivos, etc.

En este contexto procede enmarcar la tasa recurrida, se aduce en el escrito, pues esta facultad de establecerla radica en la base misma de los convenios que suscriben las propias mutualidades administrativas (MUFACE, ISFAS y MUGEJU) con las distintas Administraciones autonómicas para la provisión de asistencia sanitaria en determinados supuestos a sus propios mutualistas.

b) Prosigue el alegato describiendo el funcionamiento del mutualismo administrativo y recalando en particular el significativo incremento en la Comunitat Valenciana, en el periodo 1999-2008, del colectivo de mutualistas de MUFACE, ISFAS y MUGEJU que han optado por recibir la asistencia sanitaria del servicio sanitario público valenciano. Esta circunstancia habría tenido una gran repercusión en la sostenibilidad financiera del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma, aserto que se acompaña con algunos datos económicos.

En este contexto, se afirma, por aplicación del principio de enriquecimiento injusto por parte de las mutualidades administrativas, la controvertida tasa no tiene otra finalidad que recuperar el coste económico de aquellas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que facilita la Administración sanitaria valenciana al citado colectivo de mutualistas.

Según la Generalitat, estas prestaciones quedan fuera del sistema de financiación común de los servicios públicos de salud por concurrir determinadas circunstancias, de las que se citan dos: tratarse de prestaciones no concertadas entre el INSS y las mutualidades, como es el caso de la prestación farmacéutica a pacientes no ingresados en centros hospitalarios; y tratarse de prestaciones que, estando incluidas en el ámbito material de los convenios de asistencia sanitaria entre el INSS y las mutualidades, tienen establecida una financiación específica dentro del sistema de financiación actual de los servicios públicos de salud, como es el caso de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole facilitadas con motivo u ocasión de accidente de trabajo, acto de servicio o enfermedad profesional. Es decir, la controvertida tasa no recaería sobre todas las prestaciones sanitarias, sino únicamente sobre las citadas.

Se afirma, en fin, que puesto que las mutualidades administrativas perciben ingresos por cotizaciones de sus mutualistas y del Estado como empleador, para atender específicamente la cobertura de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole de dichos mutualistas, entonces es lógico reclamarles a dichas mutualidades, que no a sus mutualistas, el pago de aquellas prestaciones.

c) A continuación, se niega la infracción del principio de igualdad, pues la norma otorga a las mutualidades administrativas idéntico tratamiento que a otras entidades, como por ejemplo las gestoras de regímenes de seguridad social extranjeros u otras citadas en el anterior apartado a).

d) Tampoco se vulnera el sistema de financiación autonómica pues el propio establecimiento de tasas por la prestación de servicios sanitarios está prevista en el art. 79 LGS. Además, tampoco se pretende gravar servicios ya financiados, pues en particular en los casos de accidente de trabajo o ante el coste económico de determinados fármacos, no hay tal financiación.

El alegato concluye con la afirmación de que no se ha vulnerado tampoco el principio de seguridad jurídica. Se adjuntan al escrito cinco anexos con información estadística y relación de normas de otras Comunidades Autónomas que avalarían las tesis defendidas en el mismo.

10. El Pleno del Tribunal, por providencia de 23 de junio de 2009, acordó incorporar a los autos los escritos de las instituciones autonómicas y, en cuanto a la solicitud de levantamiento de la suspensión, oír al Abogado del Estado y a la representación procesal de la Generalitat Valenciana, no así a las Cortes Valencianas, que se personaron y formularon sus alegaciones fuera del plazo concedido en providencia de 21 de abril de 2009.

11. Por ATC 221/2009, de 21 de julio, se acordó mantener la suspensión, en primer lugar, del art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, en cuanto modifica el art. 171.1 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, para suprimir el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud»; en segundo lugar, del art. 15 de la misma ley, que introduce en el art. 172.2 del citado texto refundido el inciso «la Mutualidad a la que pertenece el asegurado o beneficiario, para aquellas prestaciones de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica no concertadas con entidades aseguradoras privadas y que aquélla venga obligada, legal o reglamentariamente, a prestar. Respecto a aquellas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que deban ser facilitadas por la administración sanitaria valenciana en virtud de convenio o concierto suscrito entre la misma y la Mutualidad correspondiente, se estará a lo dispuesto en el concierto o convenio respectivo», y levantar la suspensión en todo lo demás.

12. Por providencia de 19 de junio de 2012 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, contra los arts. 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, preceptos que, respectivamente, modifican los artículos 171 y 172.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

Según ha quedado expuesto en los antecedentes, a juicio del recurrente los citados preceptos serían inconstitucionales por invadir las competencias del Estado en materia de bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y de Seguridad Social (art. 149.1.17), además de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que aseguran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Finalmente, los artículos impugnados se reputan también contrarios al sistema de financiación autonómica, vulnerando en consecuencia el artículo 149.1.14 CE, además de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en adelante) en relación con el artículo 157.3 CE.

Para la Generalitat Valenciana, los preceptos impugnados encuentran apoyo legal en la facultad que se atribuye a los servicios públicos de salud de reclamar el pago de los importes de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole a los «terceros obligados al pago», a que se refiere la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, entre otras normas. Además, la «tasa por prestación de asistencia sanitaria», que los preceptos controvertidos regulan, tiene como finalidad recuperar el coste económico de determinadas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que facilita la Administración sanitaria valenciana al colectivo de afiliados a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y que quedan fuera del sistema de financiación común de los servicios públicos de salud.

2. Hemos de comenzar por precisar tres aspectos previos del presente proceso constitucional.

a) Como ha quedado reflejado en los antecedentes, las Cortes Valencianas presentaron su escrito de alegaciones con fecha de 29 de mayo de 2009, superado el plazo de quince días que les había sido concedido en providencia de 21 de abril de 2009. Por ello, la providencia de 23 de junio de 2009, dictada por el Pleno del Tribunal, acordó por lo que respecta a dichas Cortes, no tenerlas por personadas ni por formuladas sus alegaciones, al resultar su escrito manifiestamente extemporáneo.

b) En cuanto al escrito de demanda, hemos reiterado en anteriores ocasiones que la impugnación de normas precisa de una fundamentación que contenga un análisis y una argumentación suficientes, pues «cuando lo que se encuentra en juego es la depuración del ordenamiento jurídico resulta carga de los recurrentes, no sólo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan, por lo cual, si no se atiende esta exigencia, se falta a la diligencia procesalmente requerida» (por todas, STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 1), y ello porque hay una presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley que no puede desvirtuarse sin más, prescindiendo de una razón suficientemente fundada [SSTC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2 b); y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 2 b)].

A partir de lo que antecede, no se advierte contenido argumentativo suficiente dirigido a la impugnación, en su totalidad, de los arts. 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas

16/2008 que, respectivamente, otorgan nueva redacción a los arts. 171 y 172.2 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat. En efecto, la argumentación del recurso se ciñe exclusivamente a uno de los supuestos en los que procede el pago de la «tasa por prestación de asistencia sanitaria», el que corresponde a los beneficiarios de las mutualidades administrativas (MUFACE, ISFAS y MUGEJU), que hayan optado por la red sanitaria pública. Es decir, aunque formalmente se impugnen ambos preceptos en su totalidad, lo que realmente se controvierte en el recurso es si la aplicación de la citada tasa a los mutualistas que opten por la sanidad pública invade las competencias del Estado en materia de sanidad y régimen económico de la Seguridad Social, y si es además contraria al sistema de financiación autonómica. No se cuestiona así el resto de supuestos a los que la tasa resulta de aplicación, ni tampoco otros aspectos de su régimen jurídico.

Por tanto, el examen de constitucionalidad se ceñirá al concreto objeto de impugnación, respecto del cual se contiene en la demanda la argumentación imprescindible para hacer posible el pronunciamiento de este Tribunal, y no a la totalidad de los apartados de los arts. 171 y 172 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, en la redacción otorgada por los artículos recurridos. El objeto del presente proceso constitucional se circunscribe así a la modificación operada por el art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, en el apartado 1 del art. 171 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, y por el art. 15 de esa misma norma legal en el inciso segundo del apartado 1 del art. 172.2 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, cuyo tenor se recoge en el correspondiente fundamento jurídico.

c) Según el planteamiento de la demanda, concurre en este proceso lo que hemos denominado «inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto» (por todas, STC 162/2009, de 29 de junio, FJ 2), pues la infracción del orden constitucional de distribución de competencias derivaría de su contradicción con la norma estatal básica. En consecuencia, para la resolución de la controversia será preciso que la norma estatal infringida tenga el carácter de norma básica, desde la doble perspectiva formal y material. Finalmente, deberá de tomarse como parámetro de control la legislación básica estatal vigente en el momento de dictar la correspondiente Sentencia, y no en el momento de interposición del recurso de inconstitucionalidad [por todas, SSTC 1/2003, de 16 de enero, FJ 2; y 26/2012, de 1 de marzo, FJ 2 c)]. Como se expondrá detalladamente en el correspondiente fundamento jurídico, la norma básica estatal pertinente al objeto de este proceso constitucional es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, reformada tras la interposición del presente recurso mediante el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

3. Debemos comenzar por ubicar la controversia en el marco competencial que le corresponde, pues el escrito de demanda afirma la incidencia que la «tasa por prestación de asistencia sanitaria» tendría tanto en la competencia estatal que se deriva del art. 149.1, apartado 16 («bases y coordinación general de la sanidad»), como del 17 («régimen económico de la seguridad social»), ambos de la Constitución, además de invocar, por conexión, la vulneración de la competencia sobre condiciones básicas de igualdad contenida en el art. 149.1.1 CE.

Según ha quedado expuesto, la tasa autonómica recae sobre la asistencia sanitaria, cuando se presta por los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma a un determinado grupo de contribuyentes; los asegurados y beneficiarios pertenecientes a MUFACE, MUGEJU e ISFAS, que hayan optado por recibir dicha prestación de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

Pues bien, desde la perspectiva de su encuadramiento competencial, esta controversia guarda similitud con la decidida en la STC 98/2004, de 25 de mayo, que enjuiciaba la Ley del Parlamento de Canarias sobre los precios de referencia en especialidades farmacéuticas. Entonces sostuvimos que en tanto que el precepto se

refería a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) que proporcionaba el Sistema Nacional de Salud, el marco conceptual y competencial específico aplicable debía ser el de la «sanidad» (art. 149.1.16 CE) y no el de la «Seguridad Social» (art. 149.1.17 CE), de manera que, afirmamos entonces, «[a] pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE)... En este sentido, se aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de 'caja única' por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso éste que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía)» (FJ 5).

Concluimos así que una medida que se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud debía ubicarse en el título del art. 149.1.16 CE, bases y coordinación de la sanidad, descartando por tanto el contenido en el art. 149.1.17, sobre Seguridad Social.

En el presente proceso constitucional, la tasa establecida por la Comunidad Valenciana incide sobre las prestaciones sanitarias, cuando éstas se dirigen a los beneficiarios de las citadas mutualidades administrativas (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) que opten por la sanidad pública. El mutualismo administrativo es uno de los regímenes especiales a que se refiere en el artículo 10 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por lo que existe indudablemente una conexión de la controvertida tasa con el régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, el centro de la controversia no radica en el sistema de financiación del mutualismo administrativo, sino en la sujeción a una tasa de la asistencia sanitaria recibida por los citados mutualistas, cuando opten por el sistema público.

Por tanto, y puesto que no se afecta de forma directa al régimen económico de la Seguridad Social, por las mismas razones recogidas en el citado fundamento jurídico 5 de la STC 98/2004, también en este caso debemos concluir que el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es la sanidad, y puesto que «ha de preponderar la regla competencial específica sobre la más genérica» (por todas, STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 3), el examen deberá partir de la misma.

En cuanto a la competencia estatal del art. 149.1.1 CE también invocada en la demanda, ya establecimos, que «dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia [del art. 149.1.1 CE] queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido» (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3). Razonamiento que también cabe aplicar al presente supuesto, por lo que el examen que sigue se ceñirá al ámbito competencial de sanidad.

4. Alcanzada la anterior conclusión sobre la materia en la que la norma impugnada se incardina dentro del orden competencial previsto en el bloque de la constitucionalidad, procede ahora examinar las competencias que sobre la misma ostentan tanto el Estado como la Comunidad Autónoma Valenciana.

El Estado, de acuerdo con el art. 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior», como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad».

Por su parte, el vigente Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, reformado mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece en su art. 54.1 la competencia exclusiva de la Generalitat para la «organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana», estableciendo el apartado 4 del mismo artículo que «[l]a Generalitat podrá organizar y administrar para aquellas finalidades, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes mencionadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y seguridad social».

En desarrollo del título competencial contenido en el art. 149.1.16 CE, el Estado ha dictado, entre otras, la citada Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, norma que establece las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud. La Ley dispone, como uno de sus principios, el de la «financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica» [art. 2 e) de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud], garantizando a los asegurados «[l]a asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud» (art. 3.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

En cuanto a la condición de asegurado, el art. 3.6 incluye entre ellos a los mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS, que mantendrán su régimen jurídico específico. La disposición adicional cuarta, apartado primero, de la misma ley, establece que las citadas mutualidades administrativas están obligadas a «garantizar el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en esta Ley». Esta disposición ha sido reformada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, aunque sin que la modificación haya alterado su contenido esencial, limitándose a recoger la mención específica de las tres citadas mutualidades. De acuerdo con el marco jurídico estatal, el único supuesto para el que la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud prevé un pago por parte de los mutualistas es el de aquéllos que, habiendo optado por recibir asistencia sanitaria mediante una «entidad de seguro» (es decir, privada), reciban sin embargo asistencia sanitaria en centros sanitarios públicos. En estos casos «el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente» (art. 3.6, segundo párrafo).

La Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su art. 7, establece el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es «garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención». Entre estas prestaciones de atención sanitaria el precepto cita «los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos». A partir de dicho catálogo, se define en los arts. 8 a 8 quater la denominada «cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud», y sus diferentes modalidades. El art. 8 define la citada cartera común como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. Esta cartera tiene tres modalidades: «cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud», «cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud» y «cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud» (arts. 8 bis, 8 ter y 8 quater de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Junto a la definición de las diferentes prestaciones que las integran, los citados preceptos regulan el sistema de financiación de dichas carteras. Así, se establece que el coste de la «cartera común básica», integrada por «las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente», sea cubierto «por financiación pública» (art. 8 bis 1), esto es, mediante todos los recursos del Estado y por tanto sin la exigencia de aportaciones directas del destinatario de la prestación sanitaria. Mientras que las carteras común suplementaria y de servicios accesorios, sólo estarán cubiertas parcialmente por financiación pública, pudiendo en este caso las prestaciones sanitarias

estar sujetas a «aportación del usuario» (el denominado «copago»), dentro de las condiciones y con los límites cuantitativos previstos en la propia Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (arts. 8 ter y quáter).

La cartera común de servicios, en todas sus modalidades, se acordará por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, aprobándose después por el Estado, mediante real decreto (art. 8.3 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). Las Comunidades Autónomas podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, aunque deberán incluir en todo caso la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, cartera que además deberá garantizarse «a todos los usuarios» (art. 8 quinquies, apartado 1).

De la anterior exposición de las normas básicas del Estado interesa resaltar, a efectos del presente proceso constitucional, que definen quiénes son los asegurados (art. 3, y para los mutualistas, art. 3.6 y disposición adicional cuarta, apartado primero, todos de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), fijando así quiénes habrán de tener acceso al Sistema Nacional de Salud. Asimismo, la ley estatal concreta las prestaciones sanitarias a que dichos asegurados tendrán derecho, mediante la definición de «carteras» comunes a todo el territorio de la Nación (arts. 7, y 8 a 8 quater). Finalmente, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece, como regla general, la «financiación pública del Sistema Nacional de Salud» [art. 2 e)], así como la garantía de su prestación a los asegurados «con cargo a fondos públicos» (art. 3.1), previendo expresamente en qué supuestos específicos procederá sujetar algunas de estas prestaciones, no integrantes de la cartera «básica», al pago de «aportaciones» del usuario en los términos definidos en la Ley (arts. 8 ter y 8 quáter).

5. Expuestas así las bases dictadas por el Estado en esta materia, debemos comprobar si, en el ejercicio de su competencia, el Estado ha satisfecho los requisitos exigibles de las normas básicas, entre los que debe distinguirse entre las exigencias de orden formal y material.

Para ello debemos partir de nuestra doctrina sobre las bases, que como hemos reiterado en numerosas ocasiones, deben ser en primer lugar expresamente identificadas como tales, de manera que «la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica» (por todas, STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4). Desde una perspectiva formal, el art. 3, los arts. 8 a 8 quinquies y la disposición adicional cuarta de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud se dictan al amparo de la competencia del art. 149.1.16 CE, según se afirma en la disposición final primera de la misma ley.

En segundo lugar, desde la perspectiva material, tempranamente establecimos que tendrán tal condición las normas dirigidas a «garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir [de los cuales] pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, doctrina recogida en la citada STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4).

Sobre el concreto alcance de las bases de la sanidad, nos pronunciamos en la citada STC 98/2004, de 25 de mayo, en la que afirmamos que la financiación pública del medicamento, constituye «un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado», quedando garantizada «una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» (FJ 7).

Constatamos también entonces que, en materia de sanidad, «la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos» (mismo FJ 7), doctrina que ha sido reiterada recientemente, en la *supra* citada STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3.

A partir de esta doctrina debemos considerar el carácter básico de art 2 e) de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece la garantía de financiación pública del sistema, del art. 3 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que define las personas aseguradas y que por tanto tienen derecho a las prestaciones sanitarias en los términos legalmente establecidos, de la disposición adicional cuarta, referida a los mutualistas, y de los citados arts. 7, y 8 a 8 , que recogen las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias, comenzando por las que constituyen el núcleo esencial o epicentro de la propia materia de sanidad, la denominada «cartera común básica», y finalizando por las prestaciones suplementarias y de servicios accesorios.

Pues bien, en aplicación de la doctrina *supra* recogida, cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia. En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la «cartera común», permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios).

Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.

Finalmente, dichas bases habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria. Éstas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios (art. 8 quinquies), y establecer servicios adicionales para sus residentes. Es decir, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo.

6. Sentado lo anterior, procede ahora examinar la «tasa por prestación de asistencia sanitaria», para determinar si se ha producido una invasión de la competencia básica en materia de sanidad. Debemos recordar, como se expuso en el fundamento jurídico 1, que no se impugnan todos los aspectos del tributo, sino únicamente su extensión a los mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que opten por la sanidad pública, que de acuerdo con el actual orden de distribución de competencias, será prestada por los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas.

Son así objeto de impugnación:

a) La nueva redacción dada por el art. 14 de la citada Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, al art. 171.1 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, en tanto que elimina el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud», lo que tiene como consecuencia la inclusión, como contribuyentes de la tasa, de «los asegurados y beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)».

b) La redacción dada por el art. 15 al art. 172.2 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, en tanto que incluye, como «sujetos pasivos sustitutos del contribuyente» a «[l]a Mutualidad a la que pertenece el asegurado o beneficiario, para aquellas prestaciones de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica no concertadas con entidades aseguradoras privadas y que aquélla venga obligada, legal o reglamentariamente, a prestar. Respecto a aquellas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que deban ser facilitadas por la administración sanitaria valenciana en virtud de convenio o concierto suscrito entre la misma y la Mutualidad correspondiente, se estará a lo dispuesto en el concierto o convenio respectivo».

Para el Abogado del Estado la norma autonómica ha establecido un «sistema de copago» de la asistencia sanitaria, aplicable exclusivamente al citado colectivo de mutualistas, lo que supone una quiebra del modelo sanitario vigente en el resto del territorio nacional. En particular, dicho sistema es contrario a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, norma de la que se desprende que el legislador básico estatal ha optado por un modelo asistencial y no asegurativo de la sanidad, es decir, por una asistencia sanitaria de financiación pública, que por tanto ha de ser financiada indirectamente por medio de impuestos y no directamente por la contribución del usuario. Esto se deduce del art. 10.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, precepto que establece que las prestaciones establecidas en dicha ley «son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago». Se precisa además en el escrito que la expresión «tercero obligado al pago», se refiere a los casos en los que los servicios públicos de salud reclaman prestaciones sanitarias, cuando éstas se prestan directamente a personas no directamente cubiertas por el sistema nacional de salud. Cita como ejemplo un funcionario perteneciente a MUFACE, MUGEJU o ISFAS que, por decisión propia, haya quedado adscrito a recibir la prestación de entidades concertadas de la sanidad privada pero que reciba una prestación sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud. Además, se vulnera también el modelo de financiación autonómica, al establecerse una tasa para financiar la prestación de un servicio para el que ya están reservados fondos públicos en dicho modelo.

Para la Generalitat Valenciana, los preceptos impugnados encuentran sin embargo apoyo legal en la facultad que tienen atribuida los servicios públicos de salud de reclamar el pago de los importes de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole a los «terceros obligados al pago», a que se refieren el citado art. 10.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, entre otras normas. Las Comunidades Autónomas pueden así solicitar el pago directo a determinadas entidades, tales como el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales y otros. Además, la tasa es necesaria para financiar la sanidad, debido al significativo incremento del colectivo de mutualistas de MUFACE, ISFAS y MUGEJU que han optado por recibir la asistencia sanitaria del servicio sanitario público valenciano, lo que ha tenido una gran repercusión en la sostenibilidad financiera del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma.

7. El hecho imponible de la tasa autonómica lo constituye la prestación de los «servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica» que se detallan en el art. 173 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat. Se incluyen entre dichos servicios diversas modalidades de prestaciones sanitarias, entre ellas: las «tarifas por procesos hospitalarios», las «tarifas por actividad», que se desagregan en «tarifas por actividad de hospitalización» (apartado A), «atención ambulatoria» (apartado B), los «Procedimientos diagnósticos y terapéuticos» (apartado C), «trasplantes, explantes e implantes» (apartado D), y «otros conceptos» (apartado E), entre ellos «transporte en ambulancia», «prótesis», y otros.

Según se expone en el art. 173 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, el importe de dichas tarifas se configura teniendo en cuenta el coste del servicio, en función del tipo de proceso sanitario de que se trate. Así, los denominados «procesos hospitalarios», que el art. 173.1, apartado 1 define como «las prestaciones sanitarias realizadas en un mismo centro hospitalario a un paciente en régimen de internamiento», conllevan la imposición de específicas tarifas en función de su naturaleza; por ejemplo, los denominados «procedimientos sobre válvulas cardiacas y otro procedimientos cardiotorácicos mayores con cateterismo cardiaco», designado con la clave GRD104, implican el pago de una tarifa de 22.281,33 euros; un «parto con complicaciones» (clave GRD372), asciende a 2.022,40 euros, mientras que en ausencia de complicaciones asciende a 1.641,79 euros (clave GRD373) o, finalmente, el proceso denominado «neonato, peso al nacer 750-999 gramos, alta con vida», asciende a 68.238,91 euros (clave GRD604). Idéntico proceso se sigue para la valoración del resto de prestaciones sanitarias contenidas en el art. 173 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

A partir de lo anterior, se constata que la tasa controvertida no es estrictamente un supuesto de «aportación del usuario», que en los términos establecidos en los arts. 8 ter y 8 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, implicaría que el prestatario del servicio sanitario aportase un porcentaje del coste (el denominado «copago»). Frente a ello, la tasa autonómica lo que persigue es sufragar el propio coste del servicio, finalidad que queda corroborada por las propias alegaciones de la Generalitat Valenciana, que defiende la necesidad de obtener financiación adicional para sufragar el gasto sanitario generado por la atención sanitaria a los mutualistas administrativos, asimilándolo a otros supuestos en los que también se solicita dicho pago, contemplados en el art. 171, apartados 2 a 7, del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

Además, según se desprende del análisis de su hecho imponible, la tasa recae tanto sobre las prestaciones básicas contempladas en la cartera común (arts. 7, 8 y 8 bis de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), como sobre las suplementarias o accesorias (arts. 8 ter y 8). En efecto, aunque los términos en que está redactado el art. 173 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat no son equivalentes a los de los arts. 8 bis a de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, es evidente tras la comparación de su contenido, que los servicios de asistencia sanitaria detallados en el precepto autonómico están incluidos en las mencionadas carteras de servicios comunes. Por tanto, la tasa autonómica recae directamente sobre prestaciones sanitarias que, de acuerdo con el marco básico estatal que se ha expuesto, deben ser de financiación pública o estar, en su caso, sólo parcialmente sujetas a aportaciones adicionales del usuario, sin que pueda repercutirse su coste íntegro a los prestatarios del servicio.

Esta conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones contenidas en el escrito de la Generalitat Valenciana que, tras justificar el establecimiento de la tasa en que el Estado no habría transferido el coste sanitario correspondiente a la prestación sanitaria pública a los mutualistas, afirma que la tasa no pretendería recuperar el coste económico de todas

las prestaciones, sino únicamente de aquéllas que quedan fuera del sistema de financiación común de los servicios públicos de salud por concurrir determinadas circunstancias. De dichas circunstancias se citan dos: que se trate de prestaciones no concertadas entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y las mutualidades, como es el caso de la prestación farmacéutica a pacientes no ingresados en centros hospitalarios; o que se trate de prestaciones que, estando incluidas en el ámbito material de los convenios de asistencia sanitaria entre el INSS y las mutualidades, tengan establecida una financiación específica dentro del sistema de financiación actual de los servicios públicos de salud, como es el caso de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de otra índole facilitadas con motivo u ocasión de accidente de trabajo, acto de servicio o enfermedad profesional.

Pues bien, el examen del hecho imponible de la tasa permite concluir que, frente al alegato de la Generalitat, la misma no se limita a sujetar a gravamen las citadas prestaciones específicas, sino que recae directamente sobre todas las prestaciones básicas establecidas por el Estado en los citados arts. 7 y 8 a 8 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

8. Constatado que el hecho imponible de la tasa lo constituyen las prestaciones sanitarias básicas, el examen de los sujetos pasivos del tributo permite también concluir que éstos coinciden con los asegurados del sistema de salud, de acuerdo con el art. 3 y la disposición adicional cuarta de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

En efecto, son sujetos pasivos de la tasa, de acuerdo con el art. 172.1 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, «a título de contribuyente, las personas a quienes se presten los servicios sanitarios a los que se refiere el artículo anterior», lo que incluye a los asegurados y beneficiarios de las tres mutualidades citadas que opten por recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud. Según se ha expuesto, antes de su modificación, el art. 171.1 finalizaba con el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud». La demanda considera que la eliminación de este inciso implica la sujeción de los mutualistas administrativos que opten por la sanidad pública, interpretación que confirma el escrito de la Generalitat Valenciana.

Dichas mutualidades serían, por su parte, «sustitutas» del contribuyente, lo que significa que serán éstas las principales obligadas al pago de la tasa, si bien podrán repercutir su importe sobre los mutualistas (contribuyentes). En efecto, según el art. 36 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT), norma de aplicación a todas las Administraciones tributarias (art. 1.1 LGT), mientras el contribuyente es el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible, el sustituto es el sujeto pasivo que «por imposición de la Ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma». Salvo precepto legal expreso en contrario, el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas (art. 36.3 LGT). Es decir, la regla general es la posibilidad de repercusión, del sustituto al contribuyente, de las cuotas soportadas por aquél. En consecuencia, y puesto que el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat nada dice en contra, hay que convenir con el Abogado del Estado cuando afirma que el pago de la tasa podrá corresponder a los mutualistas, por repercusión de las mutualidades.

Por tanto, el examen de su régimen jurídico permite concluir que la tasa autonómica recae sobre prestaciones sanitarias que, de acuerdo con el marco legal estatal expuesto, deberían estar cubiertas de forma completa y exclusiva por financiación pública para sus beneficiarios, entre los que deben incluirse, como quedó expuesto, los mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que opten por la asistencia sanitaria pública.

No desvirtúan la anterior conclusión el resto de alegaciones de la Generalitat Valenciana. En primer lugar, debe rechazarse la calificación que realizan de las mutualidades administrativas como «tercero obligado al pago», a que se refieren el art. 83

LGS, la disposición adicional vigesimosegunda del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, o el art. 10.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En efecto, como correctamente explica en su escrito el Abogado del Estado, la referencia a dicho tercero obligado al pago se refiere a aquellos casos en los que los servicios públicos de salud reclaman el coste de la asistencia sanitaria que ha sido prestada directamente a personas no directamente cubiertas por el sistema nacional de salud. De acuerdo con el régimen jurídico expuesto, no es posible interpretar que los asegurados de MUFACE, MUGEJU e ISFAS sean ajenos al sistema de salud público en los términos pretendidos por el alegato de la Generalitat, ni en consecuencia puede calificarse dichas mutualidades como «terceros».

Finalmente, tampoco altera la conclusión acerca de la controvertida tasa la justificación que se contiene en el escrito de la Generalitat Valenciana, en el sentido de que su establecimiento obedece a la insuficiente financiación prevista en el sistema de financiación autonómica, en el concreto supuesto de prestaciones sanitarias a los citados mutualistas que opten por la sanidad pública. Con este argumento, y sin cuestionar la competencia del Estado en materia de sanidad, se limita el alegato a exponer las razones por las que, desde una perspectiva económica, la tasa es una manera de compensar los gastos sanitarios incurridos por la Comunidad Autónoma en la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas administrativos, gastos que a juicio de la Generalitat no habrían sido debidamente computados en el sistema de financiación autonómica.

Pues bien, sin perjuicio de que, como aduce el Abogado del Estado, las Comunidades Autónomas sí obtienen dicha financiación para sufragar la atención sanitaria a los mutualistas, pues éstos fueron tenidos en cuenta como población protegida en el cómputo del coste sanitario integrado en el sistema de financiación autonómica, lo relevante es que este último argumento del alegato de la Generalitat no guarda conexión alguna con el problema constitucional que la tasa autonómica plantea. Que la finalidad de la tasa sea allegar recursos públicos no implica la competencia material para su establecimiento, sino que el razonamiento es justo el contrario. En efecto, como hemos reiterado, la competencia para la creación y regulación de las tasas se encuentra estrechamente ligada a la competencia material (por todas, STC 35/2012, de 15 de marzo, FJ 6), de manera que la tasa sigue al servicio. En consecuencia, la distribución de competencias en una materia determina la posibilidad de establecer tasas sobre la misma, así como su configuración. Descartado que la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y descartado también que pueda definir las prestaciones básicas del sistema nacional de salud o las condiciones en las que éstas se prestan, puede concluirse que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia.

Por tanto, debemos concluir que la «tasa por prestación de servicios sanitarios», en tanto que se extiende a los mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS cuando opten por recibir la prestación sanitaria de los servicios públicos de salud, invade la competencia estatal del art. 149.1.16 CE.

Procede en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, en tanto que otorga nueva redacción al art. 171.1 texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, eliminando la excepción que previamente se contenía en el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud», lo que tiene como consecuencia la sujeción de dichos mutualistas a la tasa; y del art. 15 de la misma ley, en tanto que modifica el inciso segundo del art. 172.2 apartado 1, inciso 2 del texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat.

Alcanzada esta conclusión, no procede examinar el resto de motivos de impugnación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de:

a) El art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, en cuanto modifica el art. 171.1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, en cuanto que suprime el inciso «cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud».

b) El art. 15 de la misma ley, en cuanto que introduce en el art. 172.2 apartado 1, el inciso 2 «la Mutualidad a la que pertenece el asegurado o beneficiario, para aquellas prestaciones de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica no concertadas con entidades aseguradoras privadas y que aquella venga obligada, legal o reglamentariamente, a prestar. Respecto a aquellas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que deban ser facilitadas por la administración sanitaria valenciana en virtud de convenio o concierto suscrito entre la misma y la Mutualidad correspondiente, se estará a lo dispuesto en el concierto o convenio respectivo».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7213 *Pleno. Sentencia 137/2013, de 6 de junio de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4764-2007. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, productos farmacéuticos y seguridad social: nulidad de los preceptos legales forales que alteran el deber de dispensación de medicamentos impuesto a los titulares de las oficinas de farmacia por la normativa básica estatal; interpretación conforme del precepto legal que hace referencia a las condiciones económicas de la atención farmacéutica como objeto susceptible de concertación entre los titulares de las oficinas de farmacia y el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (STC 136/2012).*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Parlamento de Navarra y el Gobierno de Navarra, así como el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 25 de mayo de 2007, complementado por otro de fecha 18 de junio de 2007, tuvo entrada el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA). Se acompaña testimonio del recurso de casación núm. 4018-2004 que se tramita ante dicha Sección.

2. Los hechos de los que trae causa esta cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) En el recurso contencioso-administrativo tramitado con el núm. 1168-2002, interpuesto contra el acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de mayo de 2002, por el que se aprueba el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia, se interesó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 29.2, 30.4 y 31.2 de la Ley Foral 12/2000.

b) El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 15 de febrero de 2004, con el Voto particular de uno de los Magistrados integrantes de la Sala, que consideró que debió haberse planteado la indicada cuestión de inconstitucionalidad.

c) En otrosí al escrito de formalización del recurso de casación interpuesto contra dicha Sentencia, tramitado con el núm. 4018-2004, se interesa nuevamente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ahora en relación con los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, por considerar que el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia es concreción y aplicación de los citados preceptos legales, que se consideran viciados de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación estatal básica, en concreto de los arts. 107.4 de la Ley general de Seguridad Social, 93 y 97 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en consecuencia por vulneración del art. 149.1, apartados 1, 16 y 17, CE, y de los arts. 53.1 y 54.1 a) LORAFNA.

d) Una vez concluida la tramitación del recurso de casación, y estando el proceso en trámite de Sentencia, la Sección, mediante providencia de 5 de diciembre de 2006, acordó conferir plazo común de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCT).

e) Evacuado dicho trámite, por Auto de 17 de abril de 2007 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1 a) LORAFNA.

3. El Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 2007, fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que, resumidamente, se exponen a continuación.

a) El acuerdo marco de concertación de las oficinas de farmacia aprobado por el Gobierno de Navarra el 13 de mayo de 2002, objeto de la *litis*, se limita a desarrollar y dar cumplimiento a los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, cumpliéndose por tanto los requisitos establecidos por el art. 35 LOTCT.

b) El Estado dispone de competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), en el establecimiento de las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), y en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE). Por su parte, según el art. 54 LORAFNA, a la Comunidad Foral de Navarra le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social, y la gestión de dicho régimen económico.

El Estado ha ejercido las citadas competencias mediante lo dispuesto, entre otros, en el art. 107 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social (LGSS) de 30 de mayo de 1974, precepto vigente según la disposición derogatoria única a 1) de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y la disposición adicional séptima de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. Dicho art. 107 establece que la dispensación de los medicamentos se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar tal dispensación, y que la Seguridad Social concertará con laboratorios

y farmacias, a través de sus representantes legales sindicales y corporativos, los precios y demás condiciones económicas.

La competencia estatal se ha ejercido, asimismo, mediante los arts. 93 y 97 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que reconocen el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, estableciendo que los mismos se dispensarán por las oficinas de farmacia.

Completa el régimen estatal el art. 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el establecimiento de los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su comunidad autónoma de residencia.

Con cita de las SSTC 124/1989, de 7 de julio, y 195/1996, de 28 de noviembre, y de la propia doctrina del Tribunal Supremo en relación con el art. 107.4 LGSS de 1974, deduce el Auto que, mediante la regulación citada, el Estado ha establecido un sistema de concertación general y universal para determinar las condiciones económicas en las que las oficinas de farmacia deberán dispensar los medicamentos financiados por el sistema público de Seguridad Social. Esa concertación, que ha de realizarse con los representantes de los farmacéuticos y que tiene carácter vinculante, persigue un doble objetivo: de un lado, evitar que los beneficiarios de la Seguridad Social tengan que adelantar en el acto de la dispensación del medicamento el importe total del mismo y, de otro, paliar la gran carga que representaría para la Seguridad Social atender al reembolso individualizado de todo o parte del precio de cada receta que se encuentre financiada por el seguro público.

c) Dicho régimen se ve sustancialmente alterado por los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, en diversos aspectos. El art. 28, al regular la Comisión de Atención Farmacéutica, no establece la composición paritaria entre farmacéuticos elegidos por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra y los demás miembros, según dispone el art. 107.4 LGSS 1974. Además, al regular la subcomisión negociadora del acuerdo marco, aunque se establece la composición paritaria, ésta se refiere a los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia y no a los representantes elegidos por el Colegio, cuando la legislación estatal se refiere a los representantes elegidos por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos.

El art. 29 reconoce a los farmacéuticos un derecho a la concertación, cuando en la materia tienen obligaciones ineludibles, y refiere la eficacia y el valor de la concertación únicamente a los propietarios titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco. Con ello se altera el sistema establecido por la legislación estatal, que regula un sistema unitario y universal que garantice a todos los ciudadanos la dispensación de medicamentos en condiciones de efectiva igualdad, sin olvidar que no se regula la situación en que quedarían las farmacias que no se adhieran al acuerdo marco, ni la forma en que esas farmacias dispensarían los medicamentos, ni si los usuarios pueden acudir a ellas, y en qué condiciones.

El art. 30, además de referirse a los órganos regulados en el art. 28 cuya composición no resulta conforme con la normativa estatal, mantiene la distinción entre farmacias adheridas y no adheridas, sin previsión alguna para las farmacias no adheridas en caso de desacuerdo total o ausencia de acuerdo marco, lo que no resulta compatible con el régimen unitario y universal establecido en la legislación estatal.

El art. 31 extiende el concierto a materias no previstas en el art. 107.4 LGSS, que se refiere únicamente a los precios y demás condiciones económicas, y, al incluir en el concierto aspectos tales como el horario de apertura y cierre y los turnos de guardia, deja sin regulación sobre estas cuestiones a las farmacias no adheridas al acuerdo marco.

Por último, el art. 32, además de insistir en la diferencia entre farmacias concertadas o no concertadas, excluye del concierto a las farmacias cuyos titulares se encuentren en

determinados supuestos, posibilitando nuevas excepciones al régimen unitario, general y universal establecido por la normativa estatal.

4. Mediante providencia de 3 de julio de 2007, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera de este Tribunal, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 y reservarse para sí el conocimiento de la misma, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno, y al Fiscal General del Estado, así como al Gobierno y al Parlamento de Navarra, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Igualmente se acordó comunicar esta resolución a la Sección proponente a efectos de lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Navarra».

5. El Presidente del Senado comunicó a este Tribunal, mediante escrito registrado con fecha 5 de septiembre de 2007, que la Mesa de la Cámara adoptó el acuerdo de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntica comunicación efectuó el Presidente del Congreso de los Diputados mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha 13 de septiembre de 2007.

6. Mediante providencia de 11 de septiembre de 2007, el Pleno acordó, a solicitud del Letrado del Parlamento de Navarra, solicitar a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 1168-2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y una vez recibido dar traslado a las partes personadas, concediéndoles un plazo adicional de quince días para completar, en su caso, las alegaciones formuladas.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional en nombre del Gobierno y formuló alegaciones mediante escrito registrado el 10 de septiembre de 2007, solicitando que se dictase Sentencia declarando la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, por las razones que se resumen a continuación.

a) Siguiendo la doctrina recogida en la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5, considera que la cuestión relativa a los precios de los medicamentos que se suministran a cargo (al menos parcialmente) del Sistema Nacional de Salud, como prestación sanitaria, se encuadra en el título competencial recogido en el art. 149.1.16 CE, en el inciso que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «bases y coordinación general de la sanidad» y en el art. 53.1 LORAFNA, que atribuye a la Comunidad Foral la competencia de desarrollo legislativo y ejecución. Expone las líneas generales de la doctrina general de este Tribunal sobre la caracterización formal y material de las bases, y la doctrina específica en materia de sanidad, concretamente la recogida en la ya citada STC 98/2004 en relación con el sistema de precios de referencia de los medicamentos.

b) Aborda a continuación el análisis de la legislación estatal vigente en la materia, señalando en primer lugar que la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, citada en el Auto de planteamiento, ha sido expresamente derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, norma con la que debe contrastarse la norma autonómica cuestionada, en atención a la doctrina recogida en la STC 167/1997, de 2 de octubre, FJ 7.

La legislación estatal está integrada, además, por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que tiene como objetivo la equidad del Sistema, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio, según su exposición de motivos, lo que se plasma en el principio general de prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, recogido en el art. 2.a) y desarrollado en el art. 23. Por su parte, el art. 30 atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo la decisión sobre la financiación pública y la fijación del precio de los

medicamentos y productos sanitarios, estableciendo su art. 33 que las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica, correspondiendo al Ministerio, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecer los criterios generales y comunes para el desarrollo de dicha colaboración, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia. Por tanto, en aplicación del principio general de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias, de cuyo catálogo forma parte la prestación farmacéutica (art. 7.1), se impone a los conciertos con las oficinas de farmacia y, en consecuencia, a la normativa que los regule, que garanticen a los ciudadanos la dispensación de los medicamentos en condiciones de igualdad efectiva, de modo que una normativa autonómica que no asegure la realización de ese principio esencial devendría inconstitucional por vulnerar el mínimo común básico.

Por su parte, la Ley 29/2006, al regular la receta médica en el art. 77.8, dispone que el Gobierno determinará con carácter básico sus requisitos mínimos, con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, recogiendo una concreción del principio básico que inspira todo el modelo diseñado por el legislador estatal. En el mismo sentido, el art. 88.1 de esta Ley establece el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de los medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Recuerda asimismo que el precio de venta al público de los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud es único en todo el territorio nacional y se fija por el Ministerio de Sanidad y Consumo por agregación de los costes de la comercialización al precio industrial máximo (art. 90.4), regulándose en el art. 93 la financiación pública a través de los precios de referencia y su forma de determinación.

En cuanto a la concertación con las oficinas de farmacia, el art. 96 de la Ley 29/2006 prevé la concertación con las oficinas de farmacia, pero con dos requisitos inexcusables: (i) siempre quedarán sometidas a las obligaciones establecidas en la ley y su normativa de desarrollo, y tales obligaciones no pueden ser objeto de concertación; y (ii) la concertación con el Sistema Nacional de Salud ha de realizarse conforme a los criterios establecidos en el art. 88 de la propia Ley.

Siendo principio y obligación derivado de la legislación básica estatal el establecimiento de garantías para la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica, no sería pues conforme con aquella un sistema de concertación que no lo garantice suficientemente.

Señala que el art. 2.1 de la Ley 29/2006 fija la obligación de las oficinas de farmacia de suministrar y dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, añadiendo el art. 84.3 que dichas oficinas vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los ciudadanos como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

Por último, en el bloque de la legislación estatal aplicable, analiza el art. 107 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974, precepto declarado vigente por la disposición derogatoria única a) 2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social. Se trata de un precepto preconstitucional, respecto del cual sería legítimo dudar acerca de su carácter básico a la luz de la doctrina constitucional (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9), dado que el legislador básico estatal ha ejercitado su competencia con aparente plenitud mediante las Leyes 16/2003 y 29/2006. No obstante, considera que, como complemento indispensable de la legislación básica postconstitucional, participa de ese carácter, teniendo presente que las citadas leyes postconstitucionales no contienen

regulación de los conciertos, sin duda por considerarlo innecesario, dada la vigencia del citado art. 107, también con carácter básico.

No cabe duda de que, para garantizar la igualdad en el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, resulta imprescindible el contenido de dicho precepto, que disciplina el modelo de concertación estableciendo los principios básicos del mismo para garantizar un mínimo común denominador en todo el territorio nacional, que se concretan en los cuatro siguientes: (i) total gratuidad de los medicamentos dispensados directamente en los tratamientos que se realicen en el Sistema Nacional de Salud, (ii) obligación del beneficiario de pagar una parte de los medicamentos que se suministren a través de las oficinas de farmacia mediante recetas, (iii) obligación de las oficinas de farmacia de dispensar dichos medicamentos, y (iv) carácter vinculante de los conciertos, que fijan de modo obligatorio las condiciones económicas para la prestación farmacéutica.

La composición de la Comisión es una cuestión puramente organizativa, que admite divergencias autonómicas sin perturbar la vigencia de dichos principios, que son complemento indispensable, básico, del sistema, porque sin la imperatividad para todas las oficinas de farmacia de las condiciones económicas concertadas se rompería la esencial garantía de acceso universal a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad.

En definitiva, el modelo básico estatal, en garantía del acceso igualitario a la prestación farmacéutica, se funda en dos pilares: los criterios generales y comunes establecidos por el Estado, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que vinculan a los distintos servicios de salud en la concertación con las oficinas de farmacia (art. 31.2 Ley 16/2003); y el carácter vinculante del concierto que se celebre por cada servicio de Salud con las representaciones de las oficinas de farmacia, sin necesidad de adhesión o negociación individual [arts. 2 a) y 23 de la Ley 16/2003, 88.1 de la Ley 29/2006 y 107 LGSS 1974].

c) En la concertación con las oficinas de farmacia, los preceptos cuestionados establecen una regulación que rompe gravemente con el modelo básico.

El art. 30.4 determina que las condiciones del acuerdo marco o las que, en su defecto, fije el Gobierno de Navarra, otorgan a las oficinas de farmacia la posibilidad de adherirse voluntariamente a tales condiciones. Respecto de las oficinas voluntariamente adheridas, el art. 29.2 dispone que el servicio de salud viene obligado a concertar la dispensación con los propietarios-titulares de las farmacias abiertas al público. El carácter voluntario e individual de esta concertación resulta también del art. 29.1, cuando proclama el derecho de los propietarios titulares de concertar, y del art. 32.2 b), que prevé la modificación de la titularidad de la oficina de farmacia como causa de extinción del concierto. La regulación cuestionada agrava las consecuencias de su aplicación si se tiene en cuenta la amplitud de las condiciones generales de la concertación, que se extiende no sólo a las condiciones económicas, sino también al horario de apertura o a los turnos de guardia [art. 31.1 a), f) y h)].

Queda así sometido a la voluntad individual de cada oficina de farmacia la garantía del acceso en Navarra a la prestación farmacéutica, prestación pública de carácter vital. Es obligación del legislador básico estatal establecer un sistema sanitario que garantice un nivel mínimo homogéneo de acceso a la prestación farmacéutica, pudiendo las Comunidades Autónomas incorporar mejoras en función de sus disponibilidades financieras (STC 98/2004). No cabe, sin embargo, que éstas rompan el modelo básico estatal en perjuicio de los perceptores de la prestación y de la igualdad de acceso a la prestación farmacéutica, como resulta de los preceptos cuestionados en este proceso, que devienen inconstitucionales.

8. Con fecha 10 de septiembre de 2007, el Letrado de la Comunidad Foral de Navarra se personó en nombre del Gobierno de Navarra y formuló alegaciones, complementadas mediante escrito presentado con fecha 8 de noviembre de 2007, que concluye interesando que se dicte Sentencia desestimatoria, en atención a los argumentos que seguidamente se sintetizan.

a) De la mera lectura de los preceptos cuestionados se infiere con claridad que la materia sobre la que versa la presente cuestión de inconstitucionalidad se refiere a la

gestión de una prestación sanitaria, cual es la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, cuya prestación y financiación corresponde a la Comunidad Foral de Navarra. No se refiere por tanto a derechos de los ciudadanos ni al régimen económico de la Seguridad Social, sino que trata de articular la colaboración de los farmacéuticos con el Servicio Navarro de Salud en relación con dicha prestación sanitaria de dispensación de medicamentos.

Descartando la aplicación del resto de los títulos competenciales citados en el Auto de planteamiento, encuadra las competencias estatales y autonómicas en el ámbito del art. 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación general de la sanidad, y de los arts. 53.1 y 58.1 g) LORAFNA, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Foral la competencia, bien exclusiva, bien de desarrollo legislativo y ejecución, en materia de sanidad y productos farmacéuticos, incluyendo la concertación con titulares de oficinas de farmacia para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, en cuyo ejercicio habrá de respetar las normas básicas que dicte el Estado sobre la materia.

El art. 33 de la Ley 16/2003 no puede constituir en ningún caso parámetro de constitucionalidad de los preceptos cuestionados, toda vez que dicha ley entró en vigor con posterioridad a la Ley Foral 12/2000, siendo evidente que ésta no pudo tener en cuenta aquella regulación.

De la Ley 25/1990 se deriva la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para dictar normas sobre concertación entre titulares de oficinas de farmacia y el Servicio Navarro de Salud para la dispensación de medicamentos. Y los preceptos cuestionados han respetado la legislación básica estatal contemplada en los arts. 107.4 LGSS 1974 y 93 y 97 de la Ley 25/1990.

b) La regulación que establece el art. 97 de la Ley 25/1990, que tiene carácter básico, presenta algunas diferencias con la que contenía el art. 107.4 LGSS 1974, que si bien no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto Legislativo 1/1994, únicamente se mantiene vigente en lo que no se oponga al art. 94 de la Ley 25/1990, de acuerdo con la disposición adicional séptima de este texto legal.

Del contraste entre ambas regulaciones, se extraen dos diferencias fundamentales: en primer lugar, la Ley 25/1990 configura la concertación con carácter opcional, frente al carácter necesario previsto en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974; y, en segundo lugar, la Ley 25/1990 contempla la concertación con las oficinas de farmacia, a diferencia del citado texto refundido de 1974, que preveía la concertación a través de los colegios oficiales de farmacéuticos, limitándola a los precios y las condiciones económicas. A la vista de tales diferencias, cabe concluir que la regulación estatal básica en materia de conciertos está recogida en el art. 97.2 de la Ley 25/1990. Esta regulación prevé la concertación, de carácter opcional, entre el Sistema Nacional de Salud y las oficinas de farmacia, sin limitar el contenido de los conciertos únicamente a las condiciones económicas.

La Ley Foral 12/2000 no prevé dos tipos de farmacias, sino que reconoce el derecho de todos los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público a la concertación con el Servicio Navarro de Salud (art. 29.1), así como la obligación de dicho servicio de concertar con todos los que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha concertación (art. 29.2). La concertación con los propietarios-titulares es equiparable a la concertación con las oficinas de farmacia, ya que la legislación básica estatal ha consagrado la titularidad exclusiva de los licenciados en Farmacia (arts. 29 y 32).

Tampoco el art. 32 prevé dos tipos de farmacias, siendo de aplicación las consideraciones realizadas precedentemente respecto del art. 29.2 del mismo texto legal. En cuanto al establecimiento de varias causas para la extinción del concierto, no son contrarias al supuesto régimen unitario, universal y general establecido por la legislación básica estatal, pues no puede entenderse que estemos ante un *numerus clausus* de causas de extinción. El art. 49.1 d) LORAFNA reconoce a la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva sobre contratos y concesiones, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado, entre los que no se cuentan las

causas de extinción. En desarrollo de esta competencia, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos, a la que remite expresamente el art. 32 de la Ley Foral 12/2000, establece una serie de causas de extinción que no coincide con las indicadas en la legislación estatal.

El art. 31 de la Ley foral tampoco es contrario al art. 107.4 LGSS 1974. El precepto estatal se refiere a la concertación de la Seguridad Social con laboratorios y farmacias de los precios y demás condiciones económicas sobre adquisición y dispensación de medicamentos, en tanto que el precepto cuestionado en ningún caso regula precios de los medicamentos o márgenes comerciales de los farmacéuticos, sino aspectos relacionados con la gestión de la prestación farmacéutica. De ahí que se extienda a una serie de cuestiones que no exceden de su objeto, sino que se encuentran estrechamente vinculadas con dicha prestación, tales como el horario de apertura o la calidad de prestación del servicio, respecto de los farmacéuticos que se adhieran a la concertación. No queda sin regulación el horario y turnos de guardia de las farmacias no adheridas, como se deduce del art. 22 de la Ley Foral 12/2000.

El art. 28, al regular la composición de la Comisión de Atención Farmacéutica, no vulnera la legislación estatal. Es un órgano de encuentro de todos los implicados en la prestación farmacéutica, que no tiene las mismas funciones que la Comisión de Atención Farmacéutica estatal, y que constituye manifestación de la potestad organizativa de la Comunidad Foral. También son extensibles estas consideraciones al art. 30.

9. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 7 de septiembre de 2007, complementado por otro escrito presentado el 14 de noviembre de 2007, la representación procesal del Parlamento de Navarra se personó en nombre del mismo y formuló las alegaciones que se resumen a continuación.

a) La regulación cuestionada contiene como elementos más destacados el reconocimiento legal expreso del derecho de los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público a la concertación con la Administración, la cual a su vez queda obligada a concertar la dispensación de los medicamentos con cobertura pública del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito de un acuerdo marco que previamente ha establecido las condiciones de dicha concertación. En un plano estrictamente organizativo, las condiciones de la concertación son negociables a través de una Subcomisión paritaria, cuyos acuerdos han de ser ratificados por la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra, configurada como un órgano de encuentro de todos los implicados en materia de prestación farmacéutica.

El marco normativo básico que afecta a las oficinas de farmacia aparece integrado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad, cuyo título IV establece la regulación básica de los conciertos sanitarios, la Ley 16/1997, de 5 de abril, por la que se regulan los servicios de oficinas de farmacia, y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, que ha sustituido a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

Dentro del Sistema Nacional de Salud se integra una serie de prestaciones públicas tendentes a hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud, entre ellos el derecho a obtener medicamentos y productos sanitarios (art. 10 de la Ley 14/1986), si bien la prestación farmacéutica, como prestación pública sanitaria, comprende asimismo el conjunto de actuaciones precisas para que los beneficiarios reciban y utilicen adecuadamente aquéllos, con la información precisa y al menor coste posible. Esta concepción integral es la que preside el régimen legal específico de la colaboración con las oficinas de farmacia (art. 96 de la Ley 29/2006), que se materializa tanto a través de determinaciones normativas como mediante el mecanismo del concierto sanitario, porque las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios pero de titularidad privada y, en consecuencia (art. 90 de la Ley 14/1986), para la dispensación de medicamentos sujetos a algún tipo de cobertura pública sanitaria, resulta preciso instrumentar la colaboración a través del concierto, que será el que determine las condiciones de la misma en todos los aspectos que afectan a la dispensación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica.

La regulación foral cuestionada tiene un sólido anclaje en la normativa estatal y respeta el marco básico, desarrollando las competencias de la Comunidad Foral (arts. 53 y 54 LORAFNA) al concretar las condiciones para la prestación del servicio farmacéutico a través de la figura del acuerdo marco, bajo el principio del reconocimiento expreso del derecho a la concertación.

b) Con independencia de su grado de vigencia y aplicabilidad (disposición adicional séptima de la Ley 25/1990), resulta inexacto considerar que el art. 107 LGSS 1974 sea desarrollo de las competencias estatales enunciadas en el Auto de planteamiento, por su naturaleza preconstitucional, por la no integración de sus contenidos en ninguna de las normas dictadas por el Estado en desarrollo del art. 149.1.16 CE y, en definitiva, por no reunir los requisitos de índole formal y material exigidos por la jurisprudencia constitucional (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, y 101/2005, de 5 de abril), ya que ni está calificado como básico ni regula cuestiones esenciales y fundamentales en materia de sanidad. Cabe deducir que pudiera haber estado temporalmente vigente como mera legislación estatal aplicable en el ámbito de competencias de la Administración estatal hasta que culminó la plena descentralización de la asistencia sanitaria y, a lo sumo, como Derecho supletorio (art. 149.3 CE), habiendo sido desplazado en la Comunidad Foral de Navarra con la aprobación de la Ley Foral 12/2000.

El régimen de control e intervención de los precios de los medicamentos se concreta en la actualidad en los arts. 90 y siguientes de la Ley 29/2006, atribuyendo a órganos estatales el régimen general de fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica, las cuantías económicas correspondientes a su distribución y dispensación, y la determinación del precio de venta al público. Por tanto, el régimen del art. 107.4 LGSS 1974 quiebra ya en su pieza esencial, su objeto. De estar vigente, se ha visto profundamente afectado por el art. 97 de la Ley 25/1990, que suprime el carácter obligatorio de la concertación, modifica las previsiones sobre los sujetos llamados a suscribir los conciertos y omite cualquier referencia a la representación corporativa. Su alcance y finalidad no sería ya concertar los precios de los medicamentos, sino la articulación de un mecanismo por el que el farmacéutico, sin cobrar el importe íntegro de las recetas del Sistema Nacional de Salud, recupera después este importe de la Administración, y ello reduce el objeto a un procedimiento de facturación y reintegro.

Lo anterior excluye que el precepto tenga incidencia alguna sobre el régimen económico de la Seguridad Social, como tampoco la tienen los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, porque su contenido no guarda relación con la financiación pública de los medicamentos ni con el alcance de la aportación económica de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, y tampoco tiene vinculación con el derecho a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad efectiva, con el que no guarda ninguna conexión objetiva.

La prestación farmacéutica no es una prestación de la Seguridad Social, y por ello no cabe integrarla en el régimen económico de la Seguridad Social, al no financiarse con cargo a sus fondos y ser, como disponen los arts. 7, 10 y 16 de la Ley 16/2003, una prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, cuya responsabilidad financiera corresponde a las Comunidades Autónomas. Este planteamiento ha sido ratificado por la STC 98/2004, FJ 9.

c) Los arts. 93 y 97 de la Ley 25/1990 actualmente encuentran su correspondencia en los arts. 88 y 96 de la Ley 29/2006, de los que no es posible deducir contradicción alguna con la normativa navarra. Tampoco existe colisión entre las previsiones de la Ley Foral y las funciones atribuidas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en dicho art. 88 o las que el art. 33 de la Ley 16/2003 atribuye al Ministerio de Sanidad.

Desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE, si bien cabría relacionar la regulación estatal con el principio de igualdad efectiva en las prestaciones básicas de salud, esa conexión es indirecta, instrumental, porque se refiere más a aspectos organizativos que prestacionales. Tanto el art. 96 de la Ley 29/2006 como el art. 33 de la Ley 16/2003 se encuadran, fundamentalmente, en las bases y coordinación general de la sanidad del art. 149.1.16 CE. Para contrastar una regulación autonómica con la regla del art. 149.1.1 CE, habría que

acudir necesariamente a aquellas normas estatales que recojan los contenidos mínimos y sustantivos que conforman la prestación sanitaria de que se trate, y el derecho del ciudadano a recibirla. Y ese contenido remite al catálogo de prestaciones, a los derechos reconocidos en relación con la prestación farmacéutica y a las garantías necesarias para hacerlos efectivos, esto es, a los arts. 7, 10, 12, 16 y 23, entre otros, de la Ley 16 /2003, sin que parezca necesario verificar la adecuación de la regulación foral a este régimen prestacional básico, porque los preceptos que lo integran no han sido invocados en el Auto de planteamiento, faltando así el canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 109/2003, de 5 de junio, 152/2003, de 17 de julio, y 98/2004, de 25 de mayo).

d) Entrando en el análisis individualizado de los preceptos cuestionados, el art. 28, apartados 1 y 3, regula un órgano colegiado que busca el equilibrio de intereses entre la representación social y corporativa de los farmacéuticos, y que la Comunidad Foral ha creado en ejercicio de sus facultades de autoorganización (STC 251/2006, de 25 de julio) y de la competencia que tiene atribuida en virtud del art. 53, apartados 1 y 2, LORAFNA. Ni siquiera resulta posible llevar a cabo un juicio comparativo con el art. 107.4 LGSS 1974, ya que éste no prevé órgano colegiado alguno, salvo en caso de desacuerdo para el concierto o por imposibilidad de su aplicación. Tras la entrada en vigor de la Constitución, con un reconocimiento pleno del derecho de asociación, la representación de intereses no puede ser monopolizada por las organizaciones corporativas, habiendo sido derogado el art. 5.c) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que les atribuía la función de servir de vía de participación orgánica en las tareas de interés general. Hoy los colegios profesionales tienen la función representativa que establezcan las leyes, concepto referido tanto a las estatales como a las autonómicas, siempre que se dicten en el ámbito de sus respectivas competencias.

El carácter voluntario de la adhesión al acuerdo marco recogido en el art. 29.2 no entra en contradicción con la normativa básica reguladora de los conciertos, ni con el régimen jurídico básico aplicable a las oficinas de farmacia. No cabe objetar que la dispensación de medicamentos es un deber legal que se impone a las oficinas de farmacia, con el efecto del automatismo en la concertación. Las pretendidas diferencias entre el carácter voluntario u obligatorio de la concertación no existen, pues tanto en la regulación estatal (art. 97 de la Ley 25/1990) como en la autonómica se configura como obligatorio para el sujeto público, y como voluntaria para el farmacéutico. La obligación de dispensación es genérica y se predica de las oficinas de farmacia; pero, en todo caso, la responsabilidad en relación con la prestación farmacéutica es pública, y corresponde al Sistema Nacional de Salud hacerla efectiva, sin que se transfiera el deber de prestación a la oficina de farmacia, cuya función se circunscribe al ámbito de la colaboración necesaria que permita materializar la prestación. No obstante, tal colaboración no es incondicionada ni automática, sino que debe realizarse cumpliendo los requisitos legales, entre los que se encuentran los vinculados al régimen de concertación. Al titular de la oficina de farmacia se le podrá reconocer en abstracto un derecho-deber en relación con la dispensación de medicamentos, pero no la obligación de atender las recetas del Sistema Nacional de Salud si no ha concertado con la Administración sanitaria y, por ello, no se encuentra en la situación de poder exigir el importe económico de la aportación pública.

El carácter voluntario de la concertación para las oficinas de farmacia no choca con el deber de prestación farmacéutica, que subsiste como deber general, con independencia del sistema (voluntariamente concertado o no) de articulación de dicha prestación, como se deduce del art. 97 de la Ley 25/1990.

Tampoco el carácter voluntario del concierto puede producir efectos perjudiciales al beneficiario de la prestación, puesto que el sistema de planificación establecido en la Ley Foral permite garantizar las prestaciones y su accesibilidad, mediante el incremento del número de farmacias (art. 26.2).

Afirmar la exigencia de concierto corporativo supone negar a los titulares de las oficinas de farmacia derechos elementalísimos como el de contratar o el de percibir directamente los ingresos que se deriven de su actividad, sin necesidad de intermediación

colegial, que impone restricciones a la libertad que no encuentran cobertura alguna en la legislación sobre colegios profesionales. La discrepancia real estriba en una cuestión burocrática: si se factura individualmente o a través del colegio profesional. Y dicha discrepancia carece de contenido constitucional, teniendo en cuenta además que esa función colegial ha sido sustancialmente modificada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, que modifica el art. 5 p) de la Ley 2/1974 para establecer que los colegios podrán encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales sólo cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente.

En cuanto al régimen de las farmacias no adheridas, como todas las demás, por su consideración como servicio de interés público, están sometidas a la legislación vigente tanto estatal como autonómica, por lo que quedarían únicamente exceptuadas de las obligaciones directamente vinculadas a la concertación, pero manteniéndose en plenitud el régimen de intervención administrativa que disciplina la actividad. Así lo dispone el art. 22 de la Ley Foral 12/2000 y el Decreto Foral 129/2003, de 26 de mayo.

Finalmente, la regulación del art. 32 no guarda relación con el proceso *a quo*, por lo que no resulta necesario su enjuiciamiento por el Tribunal.

Concluye el primer escrito de alegaciones solicitando la inadmisión de la cuestión en relación con los arts. 28, 1 y 3, 29.1 y 32, y la desestimación en lo demás, si bien el segundo solicita la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, y la declaración de constitucionalidad de todos los artículos afectados por el Auto de planteamiento.

10. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 28 de septiembre de 2007, interesando la estimación parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad, concretamente en lo que se refiere a los arts. 29, 31.2 f) y 32 de la Ley Foral 12/2000, por los motivos que se resumen a continuación.

a) Tras constatar que no concurren óbices procesales, y que no existe duda alguna respecto del juicio de relevancia efectuado en el Auto de planteamiento, inicia el estudio de fondo sobre las dudas de inconstitucionalidad exponiendo el contenido de la legislación estatal aplicable (arts. 107.4 LGSS 1974, 93 de la Ley 25/1990 y 33.2 de la Ley 16/2003) y la doctrina constitucional relativa a la normativa básica, con cita de la STC 109/2003, de 1 de julio, FJ 4, entre otras, para concluir que los arts. 93 de la Ley 25/1990 y 33.2 de la Ley 16/2003 han sido formalmente identificados por las Cortes Generales como preceptos básicos, deduciéndose igualmente tal condición de su contenido, desde una perspectiva material, en la medida en que regulan un núcleo de interés general a modo de común denominador regulativo de la materia afectada, la dispensación de medicamentos a los ciudadanos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, principio ahora explicitado en el art. 88 de la Ley 29/2006.

Sin embargo, en lo que respecta al art. 107.4 LGSS 1974, su carácter de norma preconstitucional y la falta de pronunciamiento explícito del legislador al respecto, hace que el entendimiento de este precepto como norma básica deba abordarse con cautela y precise de matizaciones de partida. Entiende que, pese a no haber sido derogado expresamente, el precepto no se ha visto confirmado en su totalidad por la normativa postconstitucional e incluso es opuesto en cierta medida a ella y, en cualquier caso, no articula un modelo único de concertación en cuanto a contenido y sujetos concertantes que necesariamente deba ser reproducido a nivel autonómico. Concretamente, considera que, en cuanto a la obligación de las oficinas de farmacia de dispensar los medicamentos, el contenido del precepto ha sido confirmado por el legislador postconstitucional [arts. 88.1.d) y 93.2 de la Ley 25/1990 y 84.3 de la Ley 29/2006].

No es el caso del segundo de los aspectos regulados por el precepto, el modelo de concierto con laboratorios y farmacias a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, que resulta determinante para la inconstitucionalidad de las normas autonómicas cuestionadas. En este caso, el legislador postconstitucional ha establecido criterios no coincidentes (arts. 93.3, 94.6 y 97.2 de la Ley 25/1990 y 96.2 de la Ley 29/2006), que conducen a estimar que el modelo de concertación que establece ni es único ni forzosamente ha de ser reproducido a nivel autonómico, resultando más bien ya

inaplicable como tal modelo. Al margen de que ello afectase al carácter obligatorio de la concertación y a los sujetos concertantes, lo cierto es que el sistema de precios que instauró la Ley 25/1990 y desarrolló el Real Decreto 1035/1999, de 18 de junio, por el que se regula el sistema de precios de referencia en la financiación de medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, ha sido derogado por la Ley 29/2006, que introduce una regulación detallada en sus arts. 90 a 93, y el Real Decreto 1338/2006, de 21 de noviembre, dictado al amparo de la competencia estatal sobre legislación de productos farmacéuticos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 149.1.16 CE.

En el ordenamiento vigente (art. 90 de la Ley 29/2006), corresponde al Consejo de Ministros establecer el régimen general de fijación de los precios industriales y las cuantías económicas correspondientes a su distribución y dispensación, a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos fijar el precio industrial máximo, y al Ministerio de Sanidad y Consumo establecer el precio de venta al público mediante agregación de los anteriores. Considerado como legislación sobre productos farmacéuticos dictada al amparo del art. 149.1.16 CE, no cabe abrigar dudas acerca de tal carácter y de su condición, en el peor de los casos, de común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias.

El art. 88 de la Ley 29/2006 reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar su prescripción y utilización que puedan adoptar las Comunidades Autónomas, y de todo ello cabe deducir que la materia atinente al precio de los medicamentos es cuestión de exclusiva competencia estatal, sea entendida como legislación farmacéutica (art. 149.1.16 CE) o como elemento a incluir en el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), con lo que ello implica conforme a la STC 195/1996, de 28 de noviembre, citada en el Auto de planteamiento. Por tanto, sobre esta materia no cabe reconocer competencias normativas a las Comunidades Autónomas ni disponibilidad que permita a éstas concertar sobre tal aspecto con laboratorios u oficinas de farmacia, por lo que la referencia al art. 107.4 LGSS 1974 en este aspecto y el pretendido empleo de su contenido para sostener que ello se pueda hacer por la Comunidad Autónoma, y necesariamente con la representación corporativa de las oficinas de farmacia, simplemente no debe entenderse admisible desde la perspectiva constitucional, recordando al respecto que el art. 54.1 LORAFNA sólo concede a Navarra competencia en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

b) De tales premisas cabe deducir la inconstitucionalidad del art. 31.2 f) de la Ley Foral 12/2000, relativo a las condiciones económicas de la atención farmacéutica y de provisión de medicamentos a los ciudadanos a incluir en el concierto, salvo que se entendiera que las mismas no tienen relación alguna con el precio de los medicamentos, lo cual es harto difícil de sostener sin introducir una indeseable ambigüedad, origen de conflictos y desigualdades respecto del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad dentro del Sistema Nacional de Salud (arts. 93.1 de la Ley 25/1990 y 88.1 de la Ley 29/2006), que, por su conexión con el derecho a la salud (art. 43 CE), afectaría al art. 149.1.1 CE y supondría un riesgo de quiebra del sistema unitario y universal, perteneciente a la esfera de competencia exclusiva estatal para garantizar las debidas condiciones de igualdad en materia de obtención de medicamentos, dentro del régimen público general de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE).

En otro orden de consideraciones, aunque el art. 107.4 LGSS 1974 sólo contempla la concertación sobre precio y condiciones económicas, y aunque dialécticamente se planteara y admitiera su vigencia, no puede concluirse que sólo está autorizada la concertación sobre esta concreta materia. Para el resto, el régimen aplicable dispone que las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación en el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el sistema general de contratación administrativa y conforme a los criterios generales del derogado art. 93.3 de la Ley 25/1990 y del actual art. 88.2 de la

Ley 29/2006 y, en su caso, de las condiciones generales acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 88.2 de la Ley 29/2006).

En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden concertar sobre materias no excluidas de la concertación y, desde la perspectiva constitucional, no se deriva la consecuencia obligada de que la representación de las oficinas de farmacia haya de ser –en los supuestos en los que proceda la concertación– necesariamente atribuida a la proporcionada por el Colegio de Farmacéuticos, pudiendo haber otras soluciones válidas, cuya pertinencia parece más bien una cuestión de legalidad ordinaria. En definitiva, aunque en el modelo estatal la concertación se realizase con dicha representación corporativa, ello no es una cuestión de relevancia constitucional; y mucho menos cabe entender que dicho modelo deba ser reproducido por las Comunidades Autónomas, pues ello contravendría su capacidad de autoorganización.

Por ello se entiende que el art. 28.1 de la Ley Foral 12/2000, que diseña la Comisión de Atención Farmacéutica y establece su composición, no invade ni constituye una quiebra de la normativa básica estatal, sino que es mera expresión de las facultades de autoorganización administrativa, invocando al respecto la STC 364/2006, de 20 de diciembre. Y, por idéntica razón, tampoco el art. 28.3 presentaría contenido contrario a la Constitución.

Por el contrario, procede la declaración de inconstitucionalidad del art. 29, en la medida en que refiere la eficacia y el valor de la concertación únicamente a los propietarios titulares de oficinas de farmacia que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco, estableciendo así dos tipos de farmacias en colisión con lo dispuesto por la normativa estatal, y sin regular, como advierte el Auto de planteamiento, la situación de las farmacias no adheridas, dejando en la mayor incertidumbre la garantía del derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad dentro del Sistema Nacional de Salud.

Salvados los aspectos anteriormente reseñados, no se advierte en el art. 30 una contradicción con la normativa básica estatal, pudiendo ser interpretado constitucionalmente, en la medida en que no deriva del mismo necesariamente un régimen distinto para farmacias concertadas y no concertadas, pues cabe interpretar que, ante la inexistencia de acuerdo o desacuerdo parcial, las condiciones mínimas de la prestación farmacéutica son comunes a todas ellas.

Por lo que atañe al art. 31, salvedad hecha de lo ya expuesto en el apartado 2 f) en cuanto a las condiciones económicas en la atención farmacéutica y la provisión de medicamentos a todos los ciudadanos, es admisible la concertación sobre el resto de los aspectos contemplados en el precepto, de contenido no económico, en la medida en que una interpretación contraria podría vaciar de contenido la competencia autonómica en materia de desarrollo de la legislación básica, de ejecución de los servicios sanitarios y, más particularmente, de medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de los medicamentos (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3, y las allí citadas).

Finalmente, comparte las razones del Auto de planteamiento para considerar inconstitucional el art. 32, por partir de la existencia de dos tipos de farmacias, concertadas y no concertadas, alterando el régimen unitario, universal y general establecido en la referida normativa básica estatal, al excluir del convenio, por extinción, a las farmacias cuyos titulares se encuentren en determinados supuestos. Como apunta el órgano judicial proponente, algunas de esas causas pudieran motivar la privación o suspensión de derechos al farmacéutico, o incluso el cierre de la farmacia, al igual que sucede en la normativa estatal, tras el oportuno expediente sancionador y por el tiempo que la ley autorice, pero no es aceptable que ello pueda ocurrir de forma definitiva y por la mera aplicación del concierto.

11. Por providencia de 4 de junio de 2013 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 6 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 que los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, pueden ser contrarios a los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, y a los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA).

Entiende el órgano judicial que en dichos preceptos se altera sustancialmente el régimen establecido en la legislación básica estatal, consistente en un modelo de concertación general y universal para la dispensación de medicamentos por parte de las oficinas de farmacia, que garantiza la efectiva igualdad de todos los ciudadanos, fijando las condiciones económicas en las que aquéllas deberán suministrar los medicamentos financiados por el sistema público de Seguridad Social, concertación que tiene carácter vinculante y que ha de realizarse con los representantes colegiales de los farmacéuticos.

El Abogado del Estado considera que la regulación cuestionada resulta inconstitucional por quebrar el modelo sanitario básico que, en garantía del acceso igualitario a la prestación farmacéutica, se funda en los criterios generales y comunes establecidos por el Estado, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y en el carácter vinculante del concierto que se celebre por cada servicio de salud con las representaciones de las oficinas de farmacia, sin necesidad de adhesión o negociación individual.

El Fiscal General del Estado interesa la estimación parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad, concretamente en lo que se refiere a los arts. 29, 31.2 f) y 32, al considerar que se establecen dos tipos de farmacias en colisión con lo dispuesto en la normativa estatal, dejando sin regulación la situación de las farmacias no adheridas al concierto, y que la materia atinente al precio de los medicamentos es cuestión de exclusiva competencia estatal.

Por su parte, las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Navarra estiman que la Ley Foral 12/2000 se ha dictado en ejercicio de las competencias que corresponden a la Comunidad Foral en materia de sanidad, habiéndose respetado la legislación básica estatal.

2. En los términos que han quedado sucintamente expuestos, y extensamente detallados en los antecedentes, la cuestión de inconstitucionalidad sometida a nuestro juicio es de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción del orden constitucional de distribución de competencias en que pudiera haber incurrido la Ley Foral 12/2000 derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la normativa estatal básica.

Resulta por tanto obligado abordar en primer lugar algunas cuestiones relativas a la determinación de la normativa estatal que ha de servir como parámetro de la constitucionalidad mediata de la Ley Foral 12/2000 objeto de este proceso constitucional, sobre el que las partes expresan diversas discrepancias.

a) Es criterio reiterado de este Tribunal que «la doctrina del *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia (por todas, STC 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y las allí citadas), no resulta aplicable, como ha precisado este Tribunal, a las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 4/2011, de 14 de febrero, FJ 3; 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y 86/2012, de 18 de abril, FJ 3)» (STC 191/2012, de 20 de octubre, FJ 2). Como razonamos en la STC 178/2004, de 21 de octubre, la regla general en las cuestiones de inconstitucionalidad es la utilización, como canon de enjuiciamiento, de la legislación vigente en el momento de referencia para la aplicación por el órgano judicial *a quo* de la norma cuestionada, considerando que la «frecuente explicación de la cuestión de inconstitucionalidad con apoyo en la idea de la “prejudicialidad” y de la “colaboración” entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional fundamenta la diferencia de los

criterios generales sobre el canon de enjuiciamiento aplicable a la cuestión y al recurso de inconstitucionalidad» (FJ 5).

Por tanto, la evolución legislativa estatal posterior «no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados, los cuales se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*» [por todas, STC 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1 c)].

Según consta en el testimonio del recurso de casación que acompaña al Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de mayo de 2002, por el que se aprueba el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia (publicado en el «Boletín Oficial de Navarra» de 9 de agosto de 2002), fue interpuesto con fecha 24 de octubre de 2002. Por tanto, en razón a su posterior entrada en vigor, la doctrina expuesta determina que, en este proceso constitucional, queden excluidas de nuestro análisis tanto la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, como la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

b) El carácter preconstitucional del art. 107 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, no excluye *a radice* su relevancia en este proceso constitucional, ya que «es doctrina consolidada que la dimensión material de las normas básicas permite que pueda extraerse de las normas preconstitucionales (que, obviamente, no pueden atender a la exigencia de explicitación formal como normas básicas) los principios o criterios que pudieran tener tal carácter ... sirviendo, así, de parámetro de contraste con la norma objeto de la presente cuestión» (STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 9). No obstante y en esta misma Sentencia hemos advertido que «la operación de deducir bases normativas de la legislación preconstitucional ha de realizarse con suma cautela y teniendo siempre presentes las categorías contenidas en la Constitución respecto del reparto constitucional y el alcance de las mismas» [FJ 10 b)].

En consecuencia, y en los antedichos términos, no cabe excluir de antemano que el art. 107 LGSS 1974 integre el bloque normativo que ha de servir como parámetro de la constitucionalidad mediata de la Ley Foral 12/2000, sin perjuicio de lo que resulte de su análisis material, inexcusable para dilucidar en qué medida cabe inferir de dicho precepto estatal bases normativas que sean relevantes en este proceso constitucional.

3. En relación con el ámbito material en el que debe incardinarse la regulación cuestionada, dijimos ya en la STC 109/2003, de 5 de junio, que la configuración de las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios» (art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad) lleva al encuadramiento competencial de las normas que regulen su régimen jurídico en la materia regida por el art. 149.1.16 CE. Confirmamos así los pronunciamientos de las SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, «al señalar que “la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir, a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados” (STC 80/1984, FJ 1)» (FJ 3).

Por su parte, la STC 98/2004, de 25 de mayo, abordó específicamente el análisis de la prestación farmacéutica, en su dimensión de prestación sanitaria del Sistema Nacional de

Salud, tomando en consideración lo dispuesto por los arts. 93 y 94 de la Ley 25/1990. Rechazamos entonces su encuadramiento en el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), «pues en tanto que el precepto aquí impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el “Sistema Nacional de Salud”, nuestro control de la constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea el de la ‘sanidad’ (art. 149.1.16 CE) y no el de la “Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE). En efecto, el “Sistema Nacional de Salud” tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa», entre las que se incluye «la “prestación farmacéutica” (configurada tanto por los “medicamentos” como por los “productos sanitarios” necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios), siendo esta última a la que el precepto impugnado se refiere, al regular uno de los aspectos que garantizan el acceso a ella a través de la financiación pública selectiva del medicamento». Por tanto, pese a «la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social ... no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos», añadiendo que «ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias» (FJ 5).

En lo relativo a la invocación del 149.1.1 CE, «dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido» (STC 109/2003, FJ 3).

En consecuencia, habremos de analizar la constitucionalidad de los preceptos objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva de la distribución de competencias en materia de sanidad, en cuya virtud corresponde al Estado la competencia de dictar las bases y ejercer funciones de coordinación general, ex art. 149.1.16 CE, en tanto que el art. 53 LORAFNA dispone que en «materia de sanidad interior e higiene, corresponden a Navarra las facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado» (apartado primero), precisando el apartado segundo que, dentro de su territorio, «Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia a la que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas».

Así encuadrado el debate, y como recordamos en la STC 109/2003, de 5 de junio, al ser la inconstitucionalidad denunciada «de naturaleza mediata o indirecta ... por derivar, no de una contradicción formal con la Constitución, sino de la colisión con un precepto pretendidamente básico, este Tribunal debe determinar inicialmente si la norma estatal que opera como canon en el control de constitucionalidad de la ley autonómica tiene, en efecto, carácter básico ... Y es que, según indicamos en la STC 156/1995, refiriéndonos a las disposiciones autonómicas presuntamente vulneradoras del orden competencial, en el caso de las leyes que desarrollan legislación básica del Estado, tal vulneración sólo se produce

cuando la propia ley básica es respetuosa con dicho orden (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3)» (FJ 7).

4. Antes de iniciar el examen de los preceptos cuestionados, y en aras de la claridad expositiva, conviene resumir de modo sistemático los rasgos principales del régimen establecido por la Ley Foral 12/2000 para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud.

Se establece con carácter general que los profesionales implicados en la atención farmacéutica tienen, entre otras, las obligaciones de suministrar o dispensar los medicamentos que se les soliciten en las condiciones legal o reglamentariamente establecidas [art. 11.2 a)] así como de atender las recetas oficiales prescritas por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, percibiendo en el acto de dispensación únicamente la aportación establecida con cargo al beneficiario en la normativa del Sistema Nacional de Salud o en el concierto acordado con la representación de los titulares-propietarios de las oficinas de farmacia [art. 11.2 j)].

El concierto al que hace referencia el art. 11.2.j) se regula en la sección cuarta del capítulo II del título II, bajo la rúbrica «Comisión de Atención Farmacéutica y concertación de los propietarios-titulares de oficinas de farmacia con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», de la que forman parte los preceptos que constituyen el objeto de este proceso constitucional. Conforme a lo previsto en dicha sección, la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud se rige por el sistema de concierto. Se reconoce a los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público en Navarra el derecho de concertación (art. 29.1), y se establece el correlativo deber del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea de concertar con aquellos propietarios-titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha dispensación, aprobado por el Departamento de Salud (art. 29.2).

El mencionado acuerdo marco es objeto de negociación en una subcomisión creada en el seno de la Comisión de Atención Farmacéutica (art. 28.3), a partir de la propuesta general elaborada por el Departamento de Salud, que contendrá los elementos a considerar en el mismo, así como aquellos condicionantes cuya inclusión se considere necesaria para una adecuada asistencia farmacéutica (art. 30.1). La subcomisión, de carácter paritario, estará compuesta por tres miembros de la Comisión de Atención Farmacéutica que representan al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y otros tres designados entre los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia (art. 28.3).

En caso de alcanzarse un consenso sobre el contenido del acuerdo marco, éste será vinculante para la Comisión de Atención Farmacéutica y para el propio Departamento de Salud [art. 30.3 a)]. Corresponde a este último su formalización, aprobando y publicando las condiciones para los conciertos de las oficinas de farmacia, y otorgando a los titulares-propietarios la posibilidad de adherirse a las mismas mediante la formalización de un concierto con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (art. 30.4), siempre que reúnan los requisitos establecidos en el art. 78 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud (art. 32).

El concierto que se formalice en este marco deberá cumplir las condiciones generales contempladas en el art. 30.1, por remisión a la citada Ley Foral 10/1990, y comprenderá los siguientes aspectos: horario de apertura al público; calidad en la prestación del servicio (número de farmacéuticos que presten atención farmacéutica, en relación con el volumen de dispensación de medicamentos y productos sanitarios); recursos materiales (adecuación de las existencias de medicamentos, efectos y accesorios existentes en la oficina de farmacia al perfil de utilización existente en la zona básica de salud); acreditación para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales de acuerdo con las normas de correcta elaboración; participación en los programas de uso racional del medicamento y educación sanitaria a la población que establezca la zona básica de salud; condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de medicamentos a los ciudadanos; promoción de la utilización de medicamentos genéricos; realización de los turnos de guardia que establezca el Departamento de Salud; y

colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la atención farmacéutica y sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria (art. 31.2).

En caso de desacuerdo total o ausencia de acuerdo marco, el Gobierno de Navarra, a propuesta del Departamento de Salud, establecerá con carácter provisional las condiciones mínimas de la provisión de las prestaciones farmacéuticas, con los efectos previstos en el art. 30.4, es decir, abriendo la posibilidad de adhesión de los propietarios-titulares en los términos anteriormente descritos (art. 30.5).

5. Expuesta la regulación autonómica, analizaremos en primer lugar si el derecho de concertación reconocido en los arts. 29 y 30.4 resulta compatible con la legislación básica estatal.

a) De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la Ley general de sanidad regula, junto a actividades sanitarias públicas, otras privadas, para cuyos establecimientos reconoce tanto la incidencia del interés público cuanto la libertad de empresa a la que aquel interés puede sujetar a restricciones diversas. Pues bien, los distintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito inciden directamente sobre el modo y la forma en que los establecimientos sanitarios privados sirven al interés público sanitario (la dispensación de medicamentos en el caso de las farmacias). De modo que, cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, estaremos, indudablemente, ante materia propia de las bases y, por lo tanto, competencia del Estado» (STC 109/2003, FJ 8).

De la normativa estatal se desprende que el régimen de concierto con las oficinas de farmacia no sólo no está vedado, sino que forma parte del ámbito de colaboración público-privado en el que se desenvuelve la prestación del servicio farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud. En efecto, de acuerdo con el art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en su título IV, en el que está expresamente contemplado el régimen de concierto para la prestación de servicios sanitarios (art. 90.1). Esta apreciación se corrobora mediante la lectura del art. 97.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que dispone que, con independencia de las obligaciones legal y reglamentariamente establecidas, las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación en el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el sistema general de contratación administrativa y conforme a los criterios generales del art. 93.3. Tal normativa resulta básica tanto desde la perspectiva formal (arts. 2.1 de la Ley 14/1986 y 2.2 de la Ley 25/1990) como material, al incorporar un modelo de concertación voluntaria directamente conectado con el servicio al interés público sanitario, al que hicimos referencia en la citada STC 109/2003.

Por su parte, el art. 93.3 de la Ley 25/1990 prevé que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá acordar las condiciones generales de planificación, coordinación, contratación, adquisición y suministro de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. Es oportuno precisar al respecto que tales acuerdos, adoptados en el seno de un órgano de cooperación y coordinación, deben ser interpretados en los términos de la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que determinamos que «[l]a necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida implica la creación de instrumentos que permitan articular la actuación de las diversas Administraciones públicas, entre los que se encuentran las Conferencias sectoriales», sin que el legislador estatal pueda incidir «en el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con el esquema constitucional de distribución de las mismas, hayan asumido las Comunidades Autónomas. De aquí que dichas conferencias no puedan sustituir a los órganos propios de las Comunidades, ni sus decisiones puedan anular las facultades decisorias de los mismos; las conferencias sectoriales han de ser órganos de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción ... No obstante,

es preciso señalar que entre las competencias estatales figura de forma explícita la coordinación en diversos preceptos de la Constitución, con el alcance previsto en cada uno de ellos, y, en estos casos en que existe una atribución constitucional expresa, el alcance de los acuerdos de los órganos coordinadores será el que se derive del ejercicio de la correspondiente competencia» (FJ 13).

No obstante, importa destacar que, a efectos de este proceso constitucional, no nos corresponde examinar si el acuerdo objeto del proceso *a quo* resulta contrario a un eventual acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que, por su contenido, pudiera tener la naturaleza coordinadora que, en los términos de la citada Sentencia, deriva del propio art. 149.1.16 CE, lo que habría de ser, en su caso, objeto de un juicio de legalidad ordinaria. Lo relevante aquí es que el marco básico descrito despeja la primera duda acerca de la constitucionalidad de la Ley Foral 12/2000, toda vez que el régimen de conciertos con las oficinas de farmacia previsto en la misma no sólo no entra en contradicción con la legislación básica estatal, sino que es uno de los instrumentos que ésta contempla en el ámbito de la colaboración de las farmacias con el Sistema Nacional de Salud, como reza la rúbrica del citado art. 97 de la Ley 25/1990.

b) En este contexto, y avanzando un paso más, procede ahora examinar si la dispensación de medicamentos puede ser objeto específico del régimen de concierto o, si por el contrario, se trata de una obligación de origen legal que no consiente la adhesión voluntaria.

De acuerdo con el art. 107.3 LGSS 1974, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social «se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar su dispensación». A estos efectos el apartado 4 del mismo precepto previó un sistema de concierto entre la Seguridad Social y los laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, regulando asimismo el procedimiento a seguir en los casos de falta de acuerdo o falta de aceptación del régimen pactado por parte de uno o varios laboratorios.

Sin embargo, tal régimen de concertación general fue establecido en relación con la prestación farmacéutica de la Seguridad Social en sentido estricto, formando así parte de un ámbito material ajeno al encuadramiento competencial de este debate procesal, como ha quedado expuesto en el fundamento jurídico 3. Baste pues señalar, sin entrar a dilucidar la vigencia total o parcial del art. 107 LGSS 1974, que, a la vista de la posterior evolución legislativa, no es posible identificar las prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social y del actual Sistema Nacional de Salud, en el contexto de descentralización autonómica de la prestación del servicio sanitario. Hito de esta transición es el art. 3.2 de la Ley general de sanidad, al extender la asistencia sanitaria pública a toda la población española y proclamar que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva y, en concreto y en lo que aquí interesa, al reconocer el derecho de todos a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado (art. 10.14). En la misma línea, el art. 93.1 de la Ley 25/1990 reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, dentro del Sistema Nacional de Salud.

Este derecho tiene su deber reflejo en el art. 88.1 de la misma Ley 25/1990, que remite a las Administraciones sanitarias competentes la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta, entre otros criterios, el previsto en su apartado d), a cuyo tenor las oficinas de farmacia «vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas». La efectividad del deber de dispensación aparece por tanto condicionada en el propio precepto básico, al requerir un complemento normativo sin el cual no podría exigirse su cumplimiento, por elementales razones de seguridad jurídica. Así lo hemos señalado previamente, indicando que el art. 88.1 d), «amén de establecer ese núcleo esencial, también hace mención expresa a que la obligación de dispensación lo sea en 'las condiciones reglamentariamente establecidas',

lo que implica, obviamente, una explícita remisión a la colaboración reglamentaria», estando las Comunidades Autónomas «habilitadas por el propio art. 88.1 de la Ley del medicamento, que establece que las Administraciones sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán la de las oficinas de farmacia conforme, entre otros, al criterio de garantizar la adecuada asistencia farmacéutica» (STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 3). Tal consideración resulta también válida, evidentemente, para la normativa autonómica de rango legal, pues como determinamos en la STC 161/2011, de 19 de octubre, «el titular de un establecimiento de farmacia presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan» (FJ 3).

La normativa de desarrollo del deber básico establecido en el art. 88.1.d) de la Ley 25/1990 deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos «no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto. Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1.d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal vacía de contenido efectivo.

Al abordar este desarrollo normativo, necesariamente habrá de respetarse el núcleo esencial del deber de dispensación, que es de naturaleza legal y de indiscutible naturaleza básica, por estar vinculado al interés público sanitario y a la garantía de acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva para todos los ciudadanos. Ello supone que la Comunidad Foral de Navarra, competente para el desarrollo de este precepto básico, podrá y deberá fijar las condiciones en que deberá efectuarse la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, pero tal normativa de desarrollo no puede poner en entredicho la existencia misma del deber legal de dispensación, ya que con ello se vulnera la normativa básica. Así sucede con el derecho de concertación que la Ley Foral 12/2000 reconoce a los propietarios titulares de oficina de farmacia, que incluye la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, dando lugar a un régimen dual que aparece descrito en su exposición de motivos en los siguientes términos: «[l]a doble condición de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público se refleja en la presente Ley Foral en la distinción de unas disposiciones de carácter general aplicables a todas las oficinas de farmacia, en cuanto a requisitos a cumplir para obtener la oportuna licencia de apertura, y de otras condiciones más específicas en relación al modo, manera y condiciones de prestación farmacéutica, y cuya concertación compete al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como responsable de la gestión de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra».

Se enerva de esta manera el cumplimiento del deber legal de dispensación, que queda al arbitrio de la libre y voluntaria decisión de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia, en abierta contradicción con lo previsto en el art. 88.1.d) de la Ley 25/1990. Por este motivo, incurre en inconstitucionalidad el art. 29 de la Ley Foral 12/2000, al reconocer su apartado 1 un derecho de concertación directamente vinculado, en su apartado 2, a la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, que se hace así depender de la adhesión voluntaria de los propietarios titulares de las oficinas de farmacia al acuerdo marco tantas veces mencionado. Por el mismo motivo, resulta asimismo inconstitucional el art. 30.4, en

el inciso «y otorgará la posibilidad de que los titulares-propietarios puedan adherirse a las mismas mediante su formalización con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», dado que reitera el indicado régimen de adhesión voluntaria.

6. De la conclusión alcanzada en el fundamento jurídico anterior, empero, no cabe deducir la inconstitucionalidad del entero régimen de concertación establecido por la Ley Foral 12/2000. Así lo impone el principio de conservación de la ley, que obliga a «apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y apreciar la invalidez sólo de aquellos cuya incompatibilidad resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (por todas, STC 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 7).

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la legislación básica estatal ha optado por fijar un modelo basado en dos pilares: un genérico deber de dispensación cuya efectividad requiere de norma heterónoma [art. 88.1.d) de la Ley 25/1990], y un régimen de concertación potestativo con las oficinas de farmacia, «con independencia de las obligaciones establecidas en esta Ley y las que reglamentariamente se determinen», como expresamente se recoge en el art. 97.2 de la Ley 25/1990. Por tanto, una vez que la Ley Foral 12/2000 ha quedado depurada de la inconstitucionalidad derivada de la infracción del primero de dichos pilares, y constatando que la normativa básica abre la posibilidad de concertación voluntaria siempre que quede al margen de la misma el cumplimiento de las obligaciones de origen legal, nos corresponde analizar bajo esta óptica el resto de los preceptos cuestionados, que no se refieren expresamente a la dispensación de medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

a) Entre los aspectos que quedan comprendidos en el concierto, el art. 31.2.f) incluye las «condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de los medicamentos a los ciudadanos», lo que se reputa contrario al régimen de precios establecido por la legislación básica estatal en relación con la financiación de especialidades farmacéuticas en el Sistema Nacional de Salud.

Al respecto, hemos de recordar que en la STC 98/2004, antes citada, afirmamos el carácter formal y materialmente básico de la normativa estatal que regula la prestación farmacéutica y su financiación pública, aludiendo concretamente a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo art. 16 remite a lo dispuesto en la Ley 25/1990, que constituye la norma relevante para determinar la constitucionalidad indirecta o mediata en este proceso constitucional, según lo razonado en el precedente fundamento jurídico 2 a). Dijimos entonces que «la financiación pública del medicamento, a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente, es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado ... De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» (FJ 7).

Pero también precisamos a continuación que «esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)». Por tanto, el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad «presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad

Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión» (FJ 7). A partir de este razonamiento, concluimos en dicha Sentencia en una interpretación de conformidad, entendiendo que la facultad atribuida en aquel caso al Gobierno de Canarias «lo es sólo para fijar precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal» (FJ 8).

Precisamos asimismo en la STC 136/2012, de 19 de junio, que «la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional» (FJ 5).

En atención a esta doctrina, el precepto admite una interpretación conforme, con apoyo adicional en el art. 47.4 s) de la propia Ley Foral, que en la tipificación de las infracciones distingue nítidamente entre el incumplimiento de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas por la legislación estatal, y otras condiciones económicas comprendidas en el acuerdo marco que sirve de base a los conciertos. Procede entender, por tanto, que la fijación mediante concierto de las «condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de los medicamentos a los ciudadanos» no resulta inconstitucional, siempre que dichas condiciones se refieran a aspectos distintos de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas en la legislación estatal.

Así interpretado, el precepto no vulnera la legislación básica estatal, y así se dispondrá en el fallo.

b) Los restantes elementos que deben formar parte del contenido del concierto, según el art. 31.2, encajan sin ninguna dificultad en las previsiones de la legislación básica estatal.

En lo relativo a los horarios, turnos de guardia o vacaciones, el art. 6.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, dispone que las oficinas de farmacia «prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia». Tal precepto básico tiene su reflejo en el art. 22.1 de la Ley Foral 12/2000, que ha sido desarrollado mediante la aprobación del Decreto Foral 129/2003, de 26 de mayo, por el que se establece el horario de atención al público, el servicio de guardia y el cierre temporal por vacaciones de las oficinas de farmacia, de aplicación a todas las oficinas de farmacia autorizadas en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra (art. 1). Ello preserva la atención farmacéutica prestada por el conjunto de las oficinas de farmacia, sin que resulte incompatible con este régimen general la previsión de un régimen concertado sobre estos aspectos.

En lo demás, el contenido del concierto en relación con aspectos tales como los programas de calidad, el uso racional del medicamento, la educación sanitaria o la promoción de medicamentos genéricos, se integra con naturalidad en el ámbito de colaboración de las oficinas de farmacia, en su condición de establecimientos sanitarios, para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud (arts. 87 y 97.1 de la Ley 25/1990). Es más, según el art. 93.1 de la Ley 25/1990, el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en el Sistema Nacional de Salud se reconoce «sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias», por lo que no es posible hallar contradicción alguna entre las previsiones de la normativa básica y el contenido mínimo del concierto previsto en este precepto de la Ley Foral 12/2000.

c) En atención al mismo principio de conservación de la ley, tampoco resulta incompatible con la legislación básica estatal el art. 32 de la Ley Foral 12/2000, toda vez que se limita a regular con carácter general los requisitos y causas de extinción de los conciertos que suscriban las oficinas de farmacia con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y como ha quedado expuesto, tal concertación es una posibilidad expresamente contemplada por el art. 97.2 de la Ley 25/1990, siempre que no afecte al deber de dispensación.

7. Procede, por último, examinar los aspectos organizativos que han sido cuestionados en el Auto de planteamiento, por apartarse de lo dispuesto en el art. 107.4 LGSS 1974, a cuyo tenor los precios y demás condiciones económicas de la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas se concertarán por la Seguridad Social con laboratorios y farmacias, «a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas».

a) Debemos señalar en primer lugar que no es posible confrontar la composición de la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra establecida en el art. 28.1 de la Ley Foral 12/2000 con las previsiones del art. 107.4 LGSS 1974, si se repara en que las funciones de aquélla no se circunscriben a la concertación de los precios y demás condiciones económicas de la adquisición y dispensación de productos farmacéuticos, sino que, según el apartado 2 del mismo precepto, alcanzan también a otras funciones de carácter consultivo, en relación con aspectos tales como la atención farmacéutica continuada, los proyectos de normas reglamentarias, la revisión de la planificación farmacéutica, o los expedientes sancionadores, entre otros.

Se configura así un órgano de participación y consulta en el ámbito de las competencias de la Comunidad Foral, que es manifestación de su potestad de autoorganización, por lo que no es susceptible de reproche de inconstitucionalidad.

b) La duda que se nos ha planteado debe pues enfocarse únicamente sobre el art. 28.3, que crea la subcomisión negociadora del acuerdo marco sobre las condiciones de concertación de las oficinas de farmacia, compuesta por los tres miembros de la Comisión de Atención Farmacéutica que representan al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y otros tres designados entre los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia.

Si bien, como hemos señalado previamente, el carácter preconstitucional de la norma estatal de contraste no excluye la posible inferencia de criterios materialmente básicos, tratándose de una norma organizativa, es preciso traer a colación la doctrina recopilada en la STC 251/2006, de 25 de julio, FFJJ 9 y 10, en la que hemos recordado que, en esta esfera, conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, y establecer cuáles son los órganos e instituciones que configuran las respectivas Administraciones, son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito. (SSTC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2, 165/1986, de 18 de diciembre, FJ 6, y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)».

Ciertamente, en la STC 251/2006 admitimos también que el Estado «puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas ... de modo que el establecimiento de normas básicas sobre la estructura o composición de estos órganos [colegiados], aunque pueda en determinados supuestos concretarse, sólo resultará legítima en su perspectiva constitucional cuando ello resulte imprescindible para garantizar la igualdad de trato de los ciudadanos en el segmento correspondiente de actividad administrativa, es decir, cuando dicha igualdad no quede garantizada, como será la regla habitual, mediante la sujeción de la actuación del órgano colegiado a las reglas jurídicas sustantivas de aplicación en dicho segmento de actividad» (FJ 10).

No es éste, sin embargo, el caso del art. 107.4 LGSS 1974. A lo que ya hemos señalado en el precedente fundamento jurídico 5.b), procede añadir ahora que, pese a no haber sido derogado expresamente (disposición derogatoria única.a).2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de

junio), el precepto no se ha visto confirmado en su totalidad por la normativa postconstitucional, como señala el Fiscal General del Estado. En cualquier caso, de la discutida y discutible derogación tácita, no cabría inferir conclusiones diferentes. Baste pues con afirmar que carecería de sentido deducir del citado art. 107.4 LGSS 1974 un modelo organizativo que pudiera considerarse básico, si se tiene en cuenta que, de las tres partes llamadas a la concertación en el mismo, en la vertiente administrativa la competencia no corresponde ya a la Seguridad Social, y en la vertiente sindical resulta obvio que el precepto alude a la representación asignada a la antigua Organización Sindical que fue suprimida ya en la etapa preconstitucional, como advertimos en la STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2. Por sí sola, esta constatación sería suficiente para descartar que el elemento restante del modelo, la representación corporativa, un aspecto meramente parcial y fragmentario del mismo, pueda considerarse básico, ya que ni los restantes sujetos ni, sobre todo, el propio objeto de la concertación son coincidentes con los examinados en este proceso constitucional.

En definitiva, la profunda transformación del ordenamiento aplicable, tanto en la vertiente del tránsito de la prestación farmacéutica desde del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud, como en la vertiente de la descentralización y consiguiente asunción de la gestión de los servicios sanitarios por parte de las Comunidades Autónomas, impide que consideremos aplicable, como normativa básica, un modelo organizativo regulado a partir de una concepción sindical-corporativa ajena por completo a los principios de libertad de asociación, libertad sindical y pluralismo constitucionalmente consagrados, con los que resulta manifiestamente incompatible.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 29 y 30.4, en el inciso «y otorgará la posibilidad de que los titulares-propietarios puedan adherirse a las mismas mediante su formalización con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

2.º Declarar que el art. 31.2.f) de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, no es inconstitucional, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico.6.a) de esta Sentencia.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Toledo, a seis de junio de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.

Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7904 *Pleno. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Límites de los decretos-leyes, derecho a la salud y competencias sanitarias, derecho a la protección de datos de carácter personal: nulidad del precepto legal que remite en blanco al reglamento la determinación del nivel de ingresos que no deben superar quienes, sin tener vínculo alguno con el sistema de Seguridad Social, aspiren a acceder a la condición de asegurados. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposiciones adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña. Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 5 de julio de 2012 la Letrada del Parlamento de Navarra, en la representación que legalmente ostenta, promueve recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposiciones adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

2. Los motivos del recurso son, sucintamente expuestos, los siguientes:

Tras aludir a la legitimación del Parlamento de Navarra para la interposición del presente recurso y el cumplimiento de los restantes requisitos procesales, la demanda argumenta que la norma impugnada infringe el art. 86.1 CE tanto en lo que se refiere a los límites materiales de una norma de este tipo como respecto a la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

a) Plantea en primer lugar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por infracción de los límites materiales del art. 86 CE, por cuanto el mismo afectaría al derecho

a la protección de la salud, alterando sustancialmente la posición de los ciudadanos en relación con el mencionado derecho. Señala la Letrada del Parlamento de Navarra que el Tribunal Constitucional ha ratificado la validez de algunos decretos-leyes cuando a través de ellos no se desarrollan de forma directa los derechos fundamentales o cuando tampoco hay una verdadera regulación de las condiciones de su ejercicio, considerando que este tipo de regulaciones no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término y, por lo tanto, no franquean los límites materiales impuestos por el art. 86.1 CE. En este caso, se altera sustancialmente la posición de los ciudadanos en relación con el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, por cuanto, en primer lugar, la norma impugnada convierte un sistema universalista de protección de la salud y acceso a la asistencia sanitaria pública en un sistema de aseguramiento, con el que se excluye a españoles residentes en España del derecho a la asistencia sanitaria pública sufragada con fondos públicos, exigiéndoles el pago de las prestaciones o la suscripción de un convenio especial, infringiendo además el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE. Alega la demanda que la determinación de las vías que van a posibilitar el acceso a la asistencia sanitaria pública constituyen una parte esencial del derecho que no puede ser regulado por decreto-ley y menos aún si la regulación se limita a remitirse a una determinación de ingresos que además se establecerá reglamentariamente. En segundo lugar, el art. 1.1 modifica sustancialmente el sistema de protección de la salud del que disfrutaban los inmigrantes por cuanto excluye a aquellos que no disponen de autorización de residencia del derecho a una asistencia sanitaria normalizada que tenían reconocido en virtud del art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Asimismo, la norma modifica, en los extremos impugnados de su art. 2, la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, estableciendo un sistema de aportaciones económicas en la prestación farmacéutica de los pensionistas (art. 4.12 y 13), así como en otras prestaciones en las que, hasta la fecha, no se contemplaba tal sistema.

El mismo reproche de afectar a un derecho fundamental, en este caso, la protección de datos de carácter personal, se formula al art. 4.14 pues, para su regulación se requeriría Ley Orgánica, de manera que el Real Decreto-ley se habría introducido en un ámbito que le está constitucionalmente vedado.

En suma, para la demanda, todos los aspectos anteriores constituyen elementos esenciales del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias públicas a que se refiere el art. 43.2 CE. Ninguno de ellos puede ser regulado mediante un decreto ley, como, sin embargo, ha sucedido en este caso. Ello determina que el Real Decreto-ley 16/2012 incurra en inconstitucionalidad al infringir las limitaciones establecidas en el art. 86.1 CE en lo que se refiere a la imposibilidad de afectar a los elementos esenciales de los derechos del título I CE, no respetándose la exigencia de ley que establece el apartado 2 del art. 43 CE.

Un segundo motivo de vulneración del art. 86.1 CE, en relación con los límites materiales de este tipo de norma, vendría dado porque el Real Decreto-ley 16/2012 afectaría al régimen de las Comunidades Autónomas, pues invade las competencias de la Comunidad Foral de Navarra, reproche que se formula al art. 2.5, en la regulación de la denominada cartera complementaria, y a la disposición adicional tercera en lo relativo a la cesión de datos tributarios por parte de la hacienda foral.

b) Igualmente se discute la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante, es decir, la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad, por cuanto se afirma que el objetivo fundamental de la norma es afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud para responder a un problema de falta de eficacia en la gestión. Se trata, entonces, de una normativa con visos de permanencia. Alude en este sentido a la doctrina de la STC 137/2011 en relación con la competencia del Tribunal Constitucional «para verificar, la adecuación de la respuesta normativa a la situación de urgente necesidad que constituye el presupuesto de legitimación de estos instrumentos normativos lo que le permite anular por inconstitucionales los preceptos que por resultar excesivos y desproporcionados en relación con las circunstancias de hecho constatadas y el problema

que se pretende resolver, vaya más allá de lo que es propio de una norma extraordinaria y provisional». Señala al respecto, tras aludir a la memoria del Real Decreto-ley 16/2012, a su exposición de motivos y al debate parlamentario de convalidación, que el objetivo perseguido por la norma impugnada es afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia y viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con mayor urgencia posible. Se afirma que con estas medidas se garantiza el mantenimiento del modelo español del Sistema Nacional de Salud, que se sustenta en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios. También se sostiene que las medidas adoptadas permitirán reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera de servicios comunes. Consideraciones todas ellas que la Letrada del Parlamento de Navarra califica de «sumamente generales para justificar la adopción de un instrumento normativo excepcional».

En concreto, indica que en toda la tramitación seguida para la aprobación de la norma no se da ninguna explicación sobre las modificaciones que se abordan y que implican la exclusión de los extranjeros sin recursos que viven en España, aunque sin autorización para residir, para acceder a la asistencia sanitaria pública, que tenían reconocida por la Ley Orgánica 4/2000. No se ofrece tampoco ninguna razón para justificar la exclusión de la asistencia sanitaria sufragada con fondos públicos de los españoles residentes en España que, a pesar de participar en el mantenimiento económico de dicha asistencia, quedan excluidos de aquella, lo que entiende contrario al proceso de culminación de la universalización de la asistencia sanitaria derivado de la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública. Argumenta también que la determinación de qué personas tienen reconocido el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública no puede quedar en manos de lo que se determine reglamentariamente en cada momento, ya que afecta a un derecho –el de protección de la salud– que es lo suficientemente importante como para que la Constitución Española exija que se regule por ley formal.

También cuestiona la existencia de una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que se adoptan para conseguir los objetivos perseguidos, las cuales se demoran más de tres meses, sin que modifiquen inmediatamente la situación jurídica preexistente. La conclusión a la que llega la Letrada del Parlamento de Navarra es que «en realidad no existían unas circunstancias extraordinarias, imprevisibles que justificasen la utilización de este instrumento normativo, ni tampoco que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre esa situación y las medidas que se adoptan». A la vista de todo ello afirma que «hay que concluir que la utilización del real decreto-ley en este caso no está justificada adecuadamente, tal como se ha expuesto, no habiéndose acreditado la existencia del presupuesto de hecho habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad, que exige el artículo 86.1 CE para la utilización de este instrumento normativo, incurriendo en inconstitucionalidad por este motivo».

c) Examina a continuación el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud estableciendo que del art. 43.1 CE deriva un mandato a los poderes públicos para que establezcan un servicio público que preste la asistencia sanitaria a la población, sin diferencias o exclusiones. Este principio de igualdad presente, según la demanda, en el art. 43 CE se garantizaba con el establecimiento por el Estado de un catálogo de prestaciones mínimas que, con carácter general y de forma gratuita, se dispensaban en todo el territorio nacional, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias, ampliaran dicho listado en función de sus propias políticas sanitario-asistenciales. Esta concepción se habría plasmado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), de la que se desprende el diseño de un sistema de salud universalista y no contributivo que se presta a través del Sistema Nacional de Salud, compuesto por el conjunto de los servicios de salud del Estado y de las Comunidades Autónomas. La Ley general de sanidad sentó las

bases de la universalización de la asistencia sanitaria, anteriormente ligada a la acción protectora de la Seguridad Social, universalización a la que también se refieren otras normas, como la Ley Orgánica 4/2000 que reconoció ese derecho a los extranjeros inscritos en los padrones municipales, o las Leyes 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública.

Tras aludir al régimen de financiación de las prestaciones sanitarias, la Letrada del Parlamento de Navarra indica que, a efectos competenciales, la asistencia sanitaria se enmarca en el art. 149.1.16 CE, correspondiendo a Navarra las competencias que se contemplan en el art. 53 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA). Finaliza este apartado haciendo referencia a varios tratados internacionales ratificados por España, en los que se reconoce el derecho a la protección de la salud, como el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 12 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 o el art. 35 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

d) Entrando ya en el examen de los apartados del Real Decreto-ley 16/2012 que son objeto de recurso, comienza por el art. 1, en el que, modificando la Ley 16/2003, se establece una nueva regulación que exige ostentar la condición de asegurado o de beneficiario para acceder a la asistencia sanitaria prestada con fondos públicos y regula cómo se accede a dicha condición. La consecuencia de la nueva regulación es que quedan fuera de este sistema de «aseguramiento» necesario para recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, entre otros, los españoles residentes en España de 26 años o mayores de esa edad que no coticen a la Seguridad Social, las personas que viven de sus rentas, los profesionales liberales, los religiosos y los divorciados que no dependan de su cónyuge. A tales personas se les exigirá, para poder recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, el pago de la correspondiente contraprestación o la suscripción de un convenio especial con el abono de la cuota correspondiente, lo que, para la Letrada del Parlamento de Navarra, implica un trato discriminatorio que incurre en inconstitucionalidad por infracción del art. 43 CE en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE. Argumenta también que la determinación de los requisitos necesarios que van a posibilitar el acceso a la asistencia sanitaria pública, constituye una parte esencial del derecho a la protección de la salud que no puede ser regulado por decreto-ley. Este aspecto del real decreto-ley incurre en inconstitucionalidad por infracción del ámbito reservado a la ley y por la remisión en blanco a un reglamento para regular aspectos esenciales de un derecho del título I CE. Ambos vicios de inconstitucionalidad se trasladan por conexión al nuevo art. 3 bis de la Ley 16/2003 en el que se establece que el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y se hará de forma automática en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 3 de la Ley. Y por conexión también la disposición transitoria primera, con la que solamente se garantiza hasta el 31 de agosto de 2012, la asistencia sanitaria que algunas de las personas afectadas por estas medidas tienen reconocida por la legislación vigente.

e) El segundo aspecto analizado es el relativo a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin recursos que carezcan de permiso de residencia. Con la nueva regulación se reconoce a los extranjeros no registrados o no autorizados a residir en España el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, parto y posparto y a los menores extranjeros de 18 años el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles. Los inmigrantes en situación irregular, es decir los residentes en España, sin autorización de residencia no pueden acceder a la condición de asegurados. Con la regulación anterior, contenida en el hoy derogado art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros empadronados tenían derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. La demanda alude a la doctrina de la STC 236/2007, en relación con el margen del que dispone el legislador para determinar el contenido de los derechos de los extranjeros en España y la trascendencia que sobre este tema tienen los

tratados internacionales ratificados por España. De la citada STC 236/2007 concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el título I CE (art. 10.1) constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE. El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que la Constitución Española reconoce directamente a los extranjeros, lo que implica, de entrada, que el legislador no puede negarles tales derechos, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio por parte de aquéllos. En este supuesto se encontraría, según la demanda, el derecho a la protección de la salud, en cuya configuración el legislador puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros, si bien tal libertad no es absoluta ya que el legislador ha de respetar lo dispuesto en el artículo 10.1, en relación a la garantía de la dignidad humana. Por otra parte, la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. En suma, el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales cuando se trate de derechos que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma Ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Dicha opción está sometida a límites, puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros, no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. La decisión del legislador deberá, pues, tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

En el análisis de la constitucionalidad del art. 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, en la medida en que excluye a los extranjeros sin recursos económicos, que viven en España, de la asistencia sanitaria normalizada sufragada con fondos públicos si no disponen de una autorización para residir, hay que partir de la idea de que el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, reconocidos por el art. 15 CE a todas las personas sin excepción. Además, según la Letrada del Parlamento de Navarra, «el derecho a la protección de la salud es un derecho social tanto en su aspecto de protección de la salud pública como en el de asistencia sanitaria, mediante el que se garantiza la salud, indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, por lo que fácilmente se puede entender que se trata de un derecho que pertenece a las personas en cuanto tales y no como ciudadanos, un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana y por lo tanto no resulta posible un tratamiento desigual de los extranjeros respecto de los españoles ni tampoco entre extranjeros en función de si estos últimos disponen o no de una autorización para residir».

La Letrada del Parlamento de Navarra argumenta también que, aunque se admitiera, a efectos dialécticos, que el legislador pudiera tener un mayor margen de actuación, dicho margen estaría restringido, pues solo estaría justificado si además de respetar el contenido esencial del derecho, se dirigiese a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, guardando la debida proporcionalidad con la finalidad perseguida. Señala que si la única razón de esta modificación está fundada en motivos económicos es evidente que no supera el examen de constitucionalidad: no está dirigida a preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, ni tampoco es proporcional. Por otra parte, la modificación no respetaría el contenido del derecho a la protección de la salud que se reconoce como derecho en diversos textos internacionales ratificados por España. En concreto, la Letrada del Parlamento de Navarra argumenta que los inmigrantes en situación irregular que viven en España no pueden ser excluidos de la asistencia sanitaria que la norma reconoce a los regularizados sin recursos, pues sería una diferencia de trato injustificada y no razonable, proscrita por el art. 14 CE. Esta regulación carece de justificación alguna ya que ni respeta el contenido esencial de los derechos, ni se dirige a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, ni tampoco guarda la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, pues coloca a los extranjeros sin recursos en situación irregular, en una situación incompatible con su dignidad impidiéndoles ser asistidos normalmente por el sistema sanitario público, limitándoles el acceso a prestaciones imprescindibles para mantener su estado de salud, poniendo en peligro su salud y también la de otras personas si no pueden ser tratados de determinadas enfermedades en el momento adecuado y no solo cuando estas tengan carácter grave. Exclusión que va más allá de lo que sería la simple respuesta a situaciones de enfermedad pues las actuaciones de las Administraciones públicas en materia sanitaria están dirigidas, conforme el art. 6 de la Ley 16/2003, a promover la salud y la educación sanitaria, a la prevención de enfermedades y no solo a la curación de las mismas, a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud, y a promover la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.

La Letrada del Parlamento de Navarra cierra su argumentación en este apartado señalando la similitud que, en su criterio, presenta este caso con el derecho de acceso a la educación contemplado en la STC 236/2007 y señalando la inconstitucionalidad por conexión, de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, en la medida en que solo garantiza hasta el 31 de agosto de 2012, la asistencia sanitaria que tenían reconocida de acuerdo con la legislación anteriormente vigente a los extranjeros que residen en España, sin autorización administrativa y que carecen de recursos económicos.

f) En cuanto al art. 2 señala que modifica la Ley 16/2003 para que la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se articule en torno a tres modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud; la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, que comprende todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario y la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud que incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

La introducción de la aportación del usuario (en relación con las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud y con las de la cartera común de servicios accesorios del Sistema) supone un cambio sustancial del sistema de asistencia sanitaria, que no puede ser abordado mediante un decreto-ley, incurriendo en motivo de inconstitucionalidad por infracción de lo dispuesto en el art. 86 CE que prohíbe la utilización de este instrumento normativo para regular aspectos que afectan a un derecho del título I CE, como es el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Igualmente lo cuestiona desde el punto de vista de afectación al sistema tributario (art. 31.1 CE), en la medida en que supone en realidad una mayor carga económica para los usuarios del sistema.

Por otro lado, en relación a la denominada cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, cuestiona que, para la aprobación de dicha cartera, sea precisa la garantía previa de suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. Con esta condición se limita, recorta y condiciona la capacidad de desarrollo legislativo de las bases que el art. 53 LORAFNA atribuye a la Comunidad Foral, por lo que deviene inconstitucional, y ello teniendo en cuenta además las especialidades que en cuanto al procedimiento para su aplicación se derivan de lo establecido en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en lo que a Navarra se refiere (STC 148/2006). También resulta inconstitucional el apartado 7 del nuevo art. 8 quinquies de la Ley 16/2003 (art. 2.5 del Real Decreto-ley), en el que se obliga a las Comunidades Autónomas a asumir todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementarios, prohibiéndoles la introducción de aportaciones de los usuarios en las prestaciones complementarias que se puedan establecer en el ámbito autonómico. Esta previsión invade las competencias de desarrollo de la legislación básica del Estado que ostenta la Comunidad Foral en materia de sanidad, incurriendo en inconstitucionalidad por este motivo y también por infracción del art. 86 CE al estar establecida esta previsión por decreto-ley.

g) En cuanto a la modificación de la aportación de los usuarios en la prestación farmacéutica, la demanda argumenta que el nuevo art. 94.1 (art. 4.12 del Real Decreto-ley 16/2012) deslegaliza un aspecto nuclear de la prestación farmacéutica que afecta a los derechos de los usuarios en su relación al servicio público sanitario, ya que implica un remisión en blanco al reglamento para «revisar periódicamente la participación en el pago a satisfacer por los ciudadanos por la prestación farmacéutica íntegra con cargo a fondos públicos», y en el nuevo art. 94 bis (art. 4.13) se acomete una reforma importante de las aportaciones de los usuarios en la prestación farmacéutica ambulatoria. Ambas previsiones afectan a los derechos y obligaciones de los usuarios que deben ser regulados por ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 43.2 CE, por lo que incurren en inconstitucionalidad.

h) Finalmente, se cuestiona la cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria que lleva a cabo el art. 4.14, que introduce un nuevo art. 94 ter. en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Conforme a esa regulación, el dato relativo al nivel de aportación de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, es decir si su nivel de renta se sitúa por debajo de los 18.000 € o entre esta cantidad y la de 100.000 € o por encima, es un dato que se incorpora a la tarjeta individual sanitaria. Esta incorporación de los tramos de renta a la tarjeta individual sanitaria, que implica una cesión de datos personales, se realiza sin solicitar el consentimiento del interesado, que expresamente se excluye, y sin que exista una previsión legal que la autorice, incumpliendo lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, por lo que incurre en inconstitucionalidad por infracción de lo dispuesto en el art. 81 CE. Igualmente inconstitucional sería la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 16/2012 en cuanto que establece la cesión de datos tributarios por parte de la administración tributaria correspondiente, previsión que, en la medida en que se pudiera entender de aplicación en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, resultaría inconstitucional al infringir el art. 45 LORAFNA en el que se establece que la actividad tributaria y financiera de Navarra se regulará por el sistema tradicional de convenio económico y la disposición adicional primera CE. La cesión de datos tributarios en el caso de Navarra está regulada por la legislación foral sin que la normativa estatal pueda interferir en ello.

3. Por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2012 se acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad en relación con el art. 1.1 y, por conexión, 1.2; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme

establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Igualmente se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

4. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado en fecha 20 de julio de 2012, se personó en el proceso en nombre del Gobierno, solicitando una prórroga de ocho días en el plazo para formular alegaciones, prórroga que le fue concedida por providencia del Pleno de 25 de julio de 2012.

5. Mediante escrito registrado con fecha 27 de julio de 2012, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC. Lo mismo hizo el Presidente del Senado en escrito registrado el 5 de septiembre de 2012.

6. Con fecha 21 de septiembre de 2012, el Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones solicitando la desestimación del recurso por los motivos que seguidamente se sintetizan.

a) Comienza señalando la necesidad de delimitar el objeto del recurso pues, pese a que la demanda en su encabezamiento dice dirigir el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1.1 y, por conexión, 1.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012 en el suplico se señala que el recurso se dirige contra el Real Decreto-ley 16/2012 «por infringir el artículo 86 de la Constitución y contra los artículos antes señalados». Entiende, no obstante que la providencia de admisión delimita correctamente el ámbito del recurso, ya que en el cuerpo de la demanda no se encuentra argumento justificativo alguno respecto a la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 en su conjunto. Entiende, por tanto, que el proceso ha de quedar circunscrito a los preceptos mencionados en la providencia de admisión a trámite.

Describe a continuación el contenido del Real Decreto-ley 16/2012 así como la evolución normativa de la delimitación del ámbito subjetivo de cobertura en el Sistema Nacional de Salud. Así señala, en primer lugar, que, con anterioridad a la vigencia del Real Decreto-ley 16/2012, el derecho a la asistencia sanitaria se ha venido regulando de forma diferente para los españoles, los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros (nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea). En el caso de los españoles, la asistencia sanitaria se configuró como una prestación contributiva de la Seguridad Social, a la que tenían derecho quienes se encontraban afiliados y dados de alta en el sistema y contribuían o habían contribuido económicamente a su mantenimiento mediante cotizaciones. La Ley general de sanidad consagró el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria de «todos los españoles... que tengan establecida su residencia en territorio nacional», en lo que se conoce como «principio de universalidad» en el acceso a la sanidad pública. A impulsos de este principio, el art. 80 LGS encomendó al Gobierno la regulación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social para las personas no incluidas en el mismo que carecieran de recursos económicos suficientes (art. 9.3 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1989, y Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, posteriormente desarrollado por Orden de 13 de noviembre de 1989). Dichas decisiones extendieron la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a «los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes», entendiéndose comprendidas aquellas personas «cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional». De lo anterior deduce el Abogado del Estado que el reconocimiento del principio de universalidad de la asistencia sanitaria en la Ley general de sanidad no se tradujo, sin embargo, en un acceso incondicionado de los españoles a esta prestación con cargo a fondos públicos, ya que este derecho continuó atribuyéndose únicamente a quienes estuvieran afiliados a la Seguridad Social como trabajador, pensionista o perceptor

de prestaciones periódicas o a quienes, no estando afiliados a la Seguridad Social, carecieran de recursos económicos suficientes, sin perjuicio de determinados colectivos a quienes por norma singular se había reconocido ese derecho a lo largo del tiempo.

La Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1999 desvinculó la prestación de asistencia sanitaria de las cotizaciones de la Seguridad Social. Con ello se consagró el principio de «financiación pública» de la asistencia sanitaria en España. Los principios de universalidad y financiación pública de la asistencia sanitaria fueron recogidos en el art. 2, apartados b) y e) de la Ley 16/2003. El art. 3.1 a) de esta Ley reiteró que «todos los españoles» son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria. Pero el principio de universalidad tampoco se llevó hasta sus últimas consecuencias, por cuanto el acceso a la asistencia sanitaria siguió condicionado a la afiliación al Sistema de Seguridad Social o a la acreditación de falta de recursos económicos suficientes, sin perjuicio de determinados colectivos a quienes por norma singular se había reconocido ese derecho a lo largo del tiempo. El hito final en la realización de este principio vino dado por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública. En cumplimiento de este principio de universalidad, extendió la asistencia sanitaria pública, a partir del 1 de enero de 2012, a las personas «que hayan agotado la prestación o subsidio de desempleo», y previó esta misma extensión a las personas que «ejercen actividades por cuenta propia», atendiendo a la evolución de las cuentas públicas, en el plazo de seis meses.

Como conclusión, el Abogado del Estado señala que, tras la aprobación de la Ley 3/2011, la cobertura de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos correspondía a tres grandes colectivos: a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social (como trabajador por cuenta propia o ajena, pensionista o perceptor de prestaciones periódicas); a quienes hayan agotado la prestación o subsidio de desempleo (a partir del 1 de enero de 2012); y a los que, no estando en ninguno de los supuestos anteriores, carezcan de recursos económicos suficientes. El derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud con cargo a fondos públicos de quienes ejercían «actividades por cuenta propia» quedó condicionado a un ulterior desarrollo normativo.

En cuanto a los nacionales pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea indica que, conforme a la normativa comunitaria, estén asegurados en su país de origen, tendrán acceso a la asistencia sanitaria pública en España en las mismas condiciones que los españoles, de modo que, el desplazamiento del asegurado a otro país de la Unión Europea no conlleva el derecho a recibir la misma asistencia sanitaria que tenía en su país de origen, sino la que disponga el país de destino.

Por lo que respecta a los extranjeros no pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea, el Abogado del Estado menciona que, conforme al art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la asistencia sanitaria de los extranjeros se regulaba de forma diferente en función de que tuvieran o no residencia habitual en España y estuvieran inscritos en el padrón municipal. Los primeros tenían derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles», mientras que a los no inscritos se les garantizaba la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, y los menores de dieciocho años «tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles»; y si se trata de extranjeras embarazadas «tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto». Indica finalmente que España tiene suscritos veinte convenios internacionales de Seguridad Social con terceros países, si bien solo en algunos de ellos se prevé el derecho a recibir asistencia sanitaria en el país de destino; en estos casos, los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria se liquidarán por el sistema de reembolso, en función de la posición acreedora o deudora de los países firmantes de los convenios.

En cuanto al régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 16/2012, el Abogado del Estado destaca que la norma precisa los conceptos de «asegurado» y «beneficiario» a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud, tratando así de clarificar las

personas que pueden acceder a la misma y los requisitos que éstas deben cumplir, ya sea como asegurados o como beneficiarios. En cuanto a las notas que definen la nueva regulación señala que, para el caso de los españoles, la condición de asegurado se define en los mismos términos que la normativa anterior, mientras que se introduce una limitación en la condición de beneficiario en el caso de los descendientes. Igualmente afirma que se respeta el principio de igualdad de trato en el acceso a la asistencia sanitaria de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, de forma que los nacionales comunitarios podrán acceder a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud en las mismas condiciones que los españoles. En cuanto a los extranjeros no pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea, tendrán acceso a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, con cargo a fondos públicos, si se les reconoce la condición de «asegurado» o «beneficiario», para lo que deberán contar con la previa autorización de residencia, manteniendo para los extranjeros no autorizados a residir en España los mismos tres casos especiales de asistencia sanitaria que se contemplaban en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000. Menciona, además, el Abogado del Estado el desarrollo reglamentario de la norma, llevado a cabo por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, del que se desprende que tienen acceso al Sistema Nacional de Salud todos aquellos ciudadanos que, no estando asegurados «por otra vía», no superen la renta de cien mil euros anuales, calculada en los términos que especifica el artículo 2.3 del mismo texto.

b) El Abogado del Estado descarta la existencia de infracción del art. 86.1 CE por falta del presupuesto habilitante. Para ello recuerda la doctrina constitucional respecto a la valoración de la concurrencia del presupuesto habilitante, teniendo en cuenta que el canon de enjuiciamiento se ciñe a corregir una eventual valoración abusiva o arbitraria por parte de los poderes políticos de la necesidad concurrente.

Defiende que los órganos políticos han cumplido con la exigencia de exteriorizar las razones de urgencia que legitiman la utilización de esta figura normativa. Esos motivos se sintetizan en: la existencia de una crisis económica sin precedentes que exige de fuertes ajustes presupuestarios y que ha afectado a la sanidad pública hasta el punto de poner en riesgo su sostenibilidad; la importancia del gasto sanitario en las medidas de control de déficit público sin que quepa desconocer la importancia relativa del gasto sanitario en el conjunto del gasto público y la propia situación del Sistema Nacional de Salud que se encuentra ante unas dificultades económicas sin precedentes desde su creación.

Además, en la exposición de motivos de la norma y en el debate de convalidación se justificó la conexión entre la necesidad y las medidas adoptadas. Así, en cuanto a la definición de asegurado, se señaló en el debate que «la falta de concreción de los requisitos para acceder a la prestación sanitaria ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009». Alude también a que la memoria de la norma señala que «teniendo en cuenta que unos 676.000 ciudadanos europeos han accedido a la tarjeta sanitaria sin derecho a ella, las medidas incluidas en este ámbito supondrán un ahorro aproximado de 917 millones de euros». En cuanto a las medidas orientadas a garantizar el uso racional del medicamento, señala que, en el debate de convalidación se apuntó la necesidad de reducir un gasto calificado como insostenible. En apoyo de tales consideraciones adjunta un informe de carácter económico elaborado por la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia que, a partir de la evolución del gasto sanitario, corrobora tanto la existencia de un elevado montante de deuda en productos farmacéuticos y sanitarios del Sistema Nacional de Salud, como la existencia de una grave situación de morosidad en el pago a proveedores. Todo ello lleva al Abogado del Estado a señalar que «la grave crisis económica en que se encuentra España ha colocado al Sistema Nacional de Salud en grave riesgo de insolvencia y de desabastecimiento en el suministro por lo que se hacía extraordinariamente urgente abordar la situación para garantizar la sostenibilidad del sistema. Además, la senda de consolidación del déficit público comprometido por España con la Unión Europea obligaba a fuertes ajustes que necesariamente debían adoptarse

urgentemente, para que tuvieran incidencia ya en 2012, y que habían de incidir en uno de los componentes más importantes en el gasto público: el gasto en la sanidad pública».

De todo lo expuesto concluye que se habrían concretado las razones de la excepcional urgencia y tampoco habría impedimento en que se aborde una reforma estructural mediante un decreto-ley, pues de la doctrina constitucional no se infiere que los decretos-leyes hayan de tener una vigencia limitada a abordar una determinada coyuntura.

c) En cuanto a la infracción de los límites materiales del decreto-ley, señala el Abogado del Estado que los reproches de la demanda cabe sintetizarlos en cuatro apartados: el Real Decreto-ley 16/2012 regula elementos esenciales del derecho a la salud, por lo que «afecta» a este derecho del título I; no es constitucionalmente admisible que por Real Decreto-ley se «establezca» o se «aumente» la «aportación económica» por la prestación farmacéutica; el Real Decreto-ley afecta al régimen de las Comunidades Autónomas; y, por último, en su artículo 4.14 regula cuestiones reservadas a la Ley Orgánica.

Respecto a lo primero, recuerda la doctrina constitucional sobre la extensión del término «afectar», con cita de la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, y concluye que no «afecta» al derecho a la salud en el sentido del art. 86.1 CE. Argumenta al respecto que el art. 43 CE no configura un derecho subjetivo para los ciudadanos, dada su condición de principio rector cuyos destinatarios son los órganos cuyas decisiones están dotadas de un amplio margen de libertad conformadora (especialmente, el legislador). Además, buena parte del contenido de los arts. 39 a 52 CE son también mandatos constitucionales de optimización, principios que imponen que la decisión valorativa que aquellos preceptos constitucionales contienen se realice en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible, tal y como ha declarado la doctrina constitucional, por ejemplo, en relación con los arts. 41 y 50 CE sobre el sistema de Seguridad Social. En suma, para el Abogado del Estado, «estos mandatos de optimización no suponen una prohibición constitucional de disminución de los niveles de protección alcanzados (por ejemplo, minoración de la cuantía de las pensiones previstas en los arts. 41 y 50 CE), si la medida de lo posible en un momento dado, como consecuencia, por ejemplo, de un empeoramiento de la coyuntura económica general, hace necesario ese descenso del nivel de protección. Por tanto, en la configuración del derecho a la «protección de la salud» el legislador ordinario tiene una gran libertad de configuración. Por eso, resulta claro que el artículo impugnado del Real Decreto-ley 16/2012 respeta los límites materiales del art. 86.1 CE, en cuanto que no regula el régimen general del derecho a la salud, sino que se limita a modificar un elemento puntual del mismo, relativo a los requisitos para tener acceso a la prestación sanitaria de financiación pública. Tampoco el artículo impugnado contraviene el contenido esencial del principio rector, dado el amplísimo margen de configuración del que goza el legislador ordinario, que sólo resulta constitucionalmente limitado por la proscripción general de la arbitrariedad y de la discriminación, que no es lo aquí discutido.

En cuanto a la posibilidad de aumentar por decreto-ley la «aportación económica» por la prestación farmacéutica, señala que, simplemente, se fija la contribución de cada usuario, en función de su renta, al pago de la prestación farmacéutica. Además, de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, resulta ciertamente dudoso que la aportación del usuario de la prestación farmacéutica pueda configurarse como una carga tributaria, en cuanto no es «una prestación patrimonial coactiva» que se satisfaga «directa o indirectamente a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos».

También niega el Abogado del Estado que se afecte al régimen de las Comunidades Autónomas, pues es factible la utilización de este tipo de norma para establecer normas básicas, sin que el Real Decreto-ley 16/2012 tenga por finalidad directa definir las competencias de las Comunidades Autónomas, sino establecer la regulación que al Estado corresponde en un determinado sector material.

Finalmente, argumenta que el art. 4.14 no regula cuestiones reservadas a la ley orgánica y no afecta al derecho a la protección de datos de carácter personal. El precepto regula la cesión de los datos económicos de los particulares entre diversos organismos de

una misma Administración territorial, estrictamente indispensables para poder ejercer sus competencias de determinar el nivel de aportación en la prestación farmacéutica extrahospitalaria de cada usuario del Sistema Nacional de Salud. Por tanto no se trata de datos relativos a la salud, sino de datos de régimen común, respecto a los que es posible la cesión de datos cuando una norma de rango legal lo establezca. Recuerda también que los derechos fundamentales pueden ceder ante bienes e intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido. El Tribunal ha considerado que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria son bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 CE. Por otra parte, no se afecta al derecho fundamental, ya que solo prevé un supuesto muy puntual de limitación directamente conectada con el sentido y finalidad del Real Decreto-ley 16/2012.

d) Respecto a la denunciada violación del principio rector de protección de la salud del art. 43 CE, el Abogado del Estado alude a la doctrina general del Tribunal respecto al valor de tales principios rectores, señalando que constituyen mandatos de actuación, ponderación y regulación, para cuya concreción el legislador tiene un amplio margen. El art. 43 CE no impondría, por tanto, un único modelo sanitario, ni tampoco que el Estado deba garantizar una plena prestación sanitaria pública para toda persona que resida, regular o irregularmente, en España. Tampoco considera procedente el Abogado del Estado la invocación de determinados convenios internacionales, pues su valor se refiere a la mejor identificación del contenido de los derechos, sin constituir un canon autónomo de validez de las normas y los mismos imponen un deber de actuación a los poderes públicos que ha de concretarse en la medida de las posibilidades de cada momento.

En cuanto a las concretas quejas formuladas respecto a los preceptos impugnados señala, sobre el art. 1, que es erróneo afirmar que antes del Real Decreto-ley 16/2012 existía una mayor cobertura sanitaria pública de los ciudadanos españoles. El Real Decreto-ley 16/2012, junto con el Real Decreto 1192/2012, suponen la universalización de la asistencia sanitaria pública a los ciudadanos españoles, pues, el art. 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012 permite que las personas que no se encuentren en alguno de los supuestos concretos de aseguramiento del art. 3.2 de la Ley 16/2003, puedan obtener la condición de asegurado si sus ingresos brutos anuales no superan los cien mil euros. Lo elevado de esta cifra hace que pueda afirmarse, según el Abogado del Estado, que resulta absolutamente razonable, desde una perspectiva constitucional, la diferenciación en la norma, para la optimización de los recursos disponibles, de manera que quienes superan el nivel de rentas de 100.000 € sin tener ningún tipo de afiliación a la Seguridad Social y, por tanto, tienen capacidad económica, deban sufragarse mediante el oportuno convenio y si así lo desean, la asistencia sanitaria pública. Sobre la «remisión en blanco» a la norma reglamentaria, destaca que es aquí muy amplio el campo de actuación del reglamento. En particular, la cuestión de la cobertura sanitaria pública de los españoles residentes en territorio nacional que no estuvieran afiliados al sistema de la Seguridad Social y que tuvieran insuficiencia de recursos, siempre se ha considerado dentro del ámbito propio del reglamento. Estamos, argumenta el Abogado del Estado, ante el ámbito natural de colaboración entre la ley y el reglamento, en que éste complementa a la ley en cuestiones que, por su carácter técnico o variable, resultan impropias de su tratamiento en un texto de la rigidez formal de las normas con rango legal.

En cuanto a la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular, señala que el derecho a la salud se cuenta entre aquellos en los que es posible que la Ley establezca diferencias de trato entre extranjeros y nacionales. En esta configuración legal, según la STC 236/2007, el legislador no puede afectar al contenido del derecho que resulta imprescindible para la dignidad humana, no al contenido delimitado por la Constitución o los tratados internacionales y, además, las limitaciones introducidas solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan

adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. Menciona a continuación el régimen de acceso a la sanidad con cargo a fondos públicos de los extranjeros irregulares en los países de nuestro entorno. Para ello se basa en el informe de la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), «Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States», que adjunta a la demanda, y en el que se estudia el acceso efectivo a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular en Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia, España y Suecia, tomando en cuenta la legislación y la práctica administrativa en 2010-2011. Concluye que de los países examinados, sólo España y Francia otorgaban acceso a los inmigrantes irregulares a la sanidad con cargo a fondos públicos, con el simple requisito de la residencia de hecho. Asimismo señala que «en países que comparten con nosotros una misma cultura en la defensa y protección de los derechos humanos no puede afirmarse que exista uniformidad en el modo de abordar la financiación pública de la sanidad que se presta a los inmigrantes en situación irregular. Sí parece existir consenso en que el tratamiento de urgencia debe otorgarse a los inmigrantes, cualquiera que sea su situación legal, en cuanto conecta con la protección de la vida y de la integridad física de la persona, si bien en gran parte de los países de nuestro entorno, al inmigrante irregular se le exige el pago del coste de esa asistencia».

Defiende seguidamente el Abogado del Estado la plena conformidad a la Constitución Española del régimen del Real Decreto-ley 16/2012, por cuanto la diversidad de regímenes de cobertura sanitaria pública a españoles y extranjeros ha existido en España bajo la vigencia de la Constitución Española que admite, en esta materia, diversas opciones legislativas en su configuración. No impone que se garantice a todos los residentes, regulares o irregulares, ni siquiera a todos los españoles una asistencia sanitaria plena y con cargo por entero a fondos públicos, sino que, en la concreción legal del derecho a la salud, la Constitución Española autoriza al legislador a establecer condiciones de ejercicio para los extranjeros distintas de las que rigen para los españoles e incluso a tomar en consideración el dato de su situación legal en España.

Para que sea admisible esa diferencia de trato, el Tribunal ha exigido: (i) Que el precepto impugnado no afecte al contenido del derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana. Para el Abogado del Estado la asistencia sanitaria conecta con la dignidad humana en lo relativo a la atención de urgencia, a la que el legislador ha añadido la plena asistencia sanitaria al menor de edad, cualquiera que sea su situación legal, y la atención a la embarazada durante el embarazo, el parto y el postparto. Este círculo, identificado por el Abogado del Estado como el núcleo indisponible, es el que se garantizaba a los extranjeros no empadronados antes de la reforma. (ii) Que la distinción entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en función de su situación administrativa se dirija a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Señala aquí que los principios rectores deben realizarse en función de las posibilidades económicas de cada momento y que el art. 135 CE incorpora la estabilidad presupuestaria como principio constitucional, lo que, claramente constituye un bien o interés constitucionalmente protegido. (iii) Que la medida sea proporcional al fin perseguido y además esté en conformidad con la razón de ser de la distinción entre inmigrantes regulares e irregulares. Recuerda al respecto el régimen de asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares, así como que la prevención sanitaria queda cubierta en España por la Ley general de salud pública, en los términos en ella previstos. Por otro lado, a los extranjeros en situación irregular se les reconoce plena asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando así lo establezcan los convenios internacionales suscritos con sus países de origen.

El modelo articulado es proporcional en cuanto otorga a todos la protección vinculada a la dignidad humana con cargo a fondos públicos. Además es coherente con la distinción entre inmigrante regular e irregular, en cuanto otorga a éste el tratamiento previsto en la redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 para los extranjeros que se encontraban en España sin estar empadronados, por cuanto esta provisionalidad en la estancia en España es la que permitía distinguir entre la asistencia a extranjeros empadronados y no

empadronados. Antes de la reforma, el legislador entendía que el simple empadronamiento otorgaba una suerte de estabilidad en la estancia que hacía que el inmigrante pudiera recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a diferencia del extranjero que se encontraba en España sin empadronamiento. Tras la reforma, de modo igualmente razonable, el legislador entiende que es el permiso de residencia el que dota a la estancia de la estabilidad necesaria para justificar el pleno acceso a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, privando de consecuencias a estos efectos al simple empadronamiento. Ambas soluciones tienen, a juicio del Abogado del Estado, pleno acomodo en los márgenes constitucionales.

e) En cuanto a las restantes alegaciones de la demanda, respecto al art. 2.5, relativo a la cartera de servicios complementaria, indica que del precepto únicamente se deduce que será la Comunidad Autónoma quien, con cargo a sus presupuestos, deba financiar la cartera de servicios complementaria, sin aportaciones adicionales del Estado o del sistema de financiación autonómica. En tales presupuestos autonómicos puede figurar la previsión de ingresos por prestaciones patrimoniales de carácter público que las Comunidades impongan, dentro de sus competencias, a los prestatarios de los servicios. Sobre el apartado 3, estima que la previa garantía de suficiencia financiera está en perfecta línea de conexión con el art. 135.1 CE que impone a «todas las Administraciones Públicas» que adecuen «sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Por otro lado, el apartado impugnado sólo es una concreción del principio de sostenibilidad financiera recogido en el art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y resulta totalmente conforme con la doctrina de la STC 134/2011, de 20 julio, FJ 8.

7. Mediante providencia de 19 de julio de 2016, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Parlamento de Navarra contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y, específicamente, contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2 y disposición transitoria primera; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes el Parlamento Foral plantea dos órdenes de cuestiones. La primera relacionada con la utilización del Decreto-ley cuestionando la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 86.1 CE, puesto que entiende que esa utilización obedece a problemas de gestión. Alega que las medidas que establece no tienen carácter coyuntural, sino que persiguen reformas estructurales y permanentes, no siendo además imprevisibles, ni tampoco urgentes, y, además, entiende vulnerados los límites materiales aplicables al Decreto-ley por afectar a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista sustantivo la Letrada del Parlamento de Navarra denuncia que los arts. 1.1 y, por conexión, 2, y la disposición transitoria primera infringen el art. 43 CE, lo que también sucedería en el caso del art. 2.2 y 3 y del art. 4.12 y 13, en relación con el régimen de aportación de los usuarios en determinadas prestaciones sanitarias. La vulneración del orden de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra se residencia en el art. 2.5 y en la disposición adicional tercera. Por último, al art. 4.14 le reprocha la vulneración de la reserva de ley orgánica en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE.

El Abogado del Estado, por las razones que han quedado expuestas en los antecedentes, interesa la desestimación íntegra del recurso.

Analizaremos todas estas cuestiones, de forma sucesiva.

2. Antes de comenzar, debe examinarse el modo en que las tachas anteriores se plantean en la demanda, que, en algunos puntos, carece de una fundamentación suficiente. La STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 4, exige una fundamentación que contenga un análisis y una argumentación suficientes en la demanda, ya que constituye una carga de los recurrentes, «[no] sólo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan, por lo cual, si no se atiende esta exigencia, se falta a la diligencia procesalmente requerida» por la concurrencia de la presunción de constitucionalidad [SSTC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2 b); 22/2012, de 16 de febrero, FJ 2 b), y 165/2013, de 26 de septiembre de 2013, FJ 13 a)].

En aplicación de tal criterio, se aprecia que, pese a lo que la demanda afirma, la vulneración del art. 86.1 CE no se razona respecto a toda la norma, sino exclusivamente en relación con los concretos preceptos que han sido recurridos, pues solamente respecto de ellos, y en los términos que se expondrán, se cumple la carga alegatoria exigida en la doctrina que se ha resumido. Por ello, nuestro análisis se centrará básicamente en los artículos objeto de impugnación, respecto a los que se ha proporcionado una fundamentación suficiente de la denunciada vulneración del art. 86.1 CE.

Tales preceptos son los siguientes: (i) por desconocer los límites materiales del decreto-ley, afectando al art. 43 CE, se cuestiona la regulación del art.1.1 y 2 y la de la disposición transitoria primera, estos dos últimos por conexión, en cuanto a la denuncia de que se transforma un sistema universalista en un sistema de aseguramiento, que exige el pago de las prestaciones o la suscripción de un convenio especial con abono de las correspondientes cuotas; (ii) igualmente, ha de entenderse cuestionado el art. 1.1, en cuanto alteraría sustancialmente el sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los inmigrantes, por cuanto excluye del derecho a una asistencia sanitaria normalizada a quienes no disponen de autorización de residencia, aunque lo tenían reconocido en virtud del art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desde la perspectiva de la vulneración de los límites materiales del decreto-ley se formula la misma queja de afectación al art. 43 CE respecto de la modificación de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud en el art. 2, así como del sistema de aportaciones económicas en la prestación farmacéutica de los pensionistas (art. 4.12 y 13), y en otras prestaciones en las que, hasta la fecha, no se contemplaba tal sistema de aportaciones; (iii) contra el art. 4.14 se formula el reproche de afectar a la regulación de un derecho fundamental, en este caso, la protección de datos de carácter personal; (iv) un último motivo es la afectación al régimen de las Comunidades Autónomas. En particular, se sostiene que el art. 2.5 limita las competencias autonómicas para establecer una cartera de servicios complementaria, en la medida en que exige que se garantice previamente la suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria y a la disposición adicional tercera, en cuanto que permite la cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria y resultarían de aplicación a la hacienda pública de Navarra.

Finalmente, la Letrada del Parlamento Foral sostiene que se vulnera lo dispuesto en el art. 86.1 CE, por no concurrir la «extraordinaria y urgente necesidad», tal como se ha resumido ya en el antecedente 1. Esta queja se ha fundamentado en relación con el art. 1.1, por el que se modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema de salud en relación con la disposición transitoria primera.

Con respecto a tales quejas, el Abogado del Estado justifica la situación de extraordinaria y urgente necesidad en la existencia de una crisis económica sin precedentes que ha afectado al Sistema Nacional de Salud, con los argumentos resumidos en el antecedente 6.

3. Se van a examinar en primer lugar las vulneraciones del art. 86.1 CE. Nuestro análisis ha de centrarse en el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante en relación con el art.1.1 y, por conexión, 1.2 y disposición transitoria primera, en la medida en que modifican la regulación de la Ley 16/2003. Estos preceptos introducen los

conceptos de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, sin que, a juicio del Parlamento de Navarra, concurren circunstancias que autoricen a llevar a cabo esa modificación por decreto-ley.

Hay que partir del sentido y alcance que el presupuesto legitimador de la extraordinaria y urgente necesidad tiene en la doctrina de este Tribunal, que se resume a continuación:

1.º) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes», razón por la cual, este Tribunal puede, «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).

2.º) La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero «el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes» (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6), por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es «un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

3.º) Este Tribunal efectúa un control jurisdiccional *ex post*, y tiene por misión velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la Norma, esto es, que aquél se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de «extraordinaria y urgente necesidad». Se trata, en definitiva, de un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, y las que allí se citan).

4.º) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere, por consiguiente, que la definición por los órganos políticos de una situación «de extraordinaria y urgente necesidad» sea «explícita y razonada», del mismo modo que corresponde a este Tribunal constatar la existencia de «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan» (así, desde un principio, STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; hasta las más recientes SSTC 96/2014, de 12 de junio, FJ 5, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4).

5.º) En cuanto a la definición de la situación de urgencia, nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

6.º) En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia –conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el real decreto-ley se adoptan–, nuestra doctrina ha establecido un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el real decreto-ley controvertido. Así, ya en

la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones «que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente» (STC 29/2016, de 18 de febrero, FJ 2, con cita de otras).

7.º) Generalmente, este Tribunal ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que hemos denominado como «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.» (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8).

Finalmente, frente a lo sostenido por la Letrada del Parlamento de Navarra, también se debe advertir que el hecho de que se considere una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley, lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 137/2011, FJ 6, reiterado en la STC 183/2014, FJ 5).

4. Con arreglo a esta doctrina, se debe comprobar si en los preceptos impugnados del Real Decreto-ley 16/2012 concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad», exigido por el art. 86.1 CE. Debemos por tanto analizar dos elementos: a) en primer lugar, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación atendiendo a la exposición de motivos de la norma, al debate parlamentario de convalidación y, en su caso, al expediente de elaboración; b) En segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontarla.

a) En primer lugar se analizan los motivos explicitados por el Gobierno para la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012. La exposición de motivos, tras destacar que el Sistema Nacional de Salud «ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar» señala que «la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista».

Destaca también que las medidas adoptadas «tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible. Se hace preciso, en el actual contexto socioeconómico, que dichas medidas se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato que dé respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea».

Así, la reforma del Sistema Nacional de Salud obedece en su conjunto a un doble orden de finalidades. Por un lado, la existencia de una situación de grave dificultad económica en el Sistema Nacional de Salud sin precedentes desde su creación, con una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias; por otro, responde a la necesidad «inaplazable» de «hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria» derivados del envejecimiento de la población y de los avances y progresos médicos y farmacéuticos (medicina molecular, innovaciones terapéuticas, desarrollo de la genómica y proteómica, nuevos fármacos, etc.) que «van a suponer, sin duda, un incremento del gasto sanitario».

En relación con las dos cuestiones concretas aquí suscitadas, la exposición de motivos afirma que «a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud». Argumenta en este sentido que las Comunidades Autónomas han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea. Aludiendo al dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea resalta que se «ha puesto de manifiesto la fragilidad del mecanismo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud en nuestro país». Menciona el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación, indicando que ambas normas «hacen efectivo el principio de igualdad de trato en las prestaciones derivadas de la acción protectora de la seguridad social entre los ciudadanos comunitarios europeos, sea cual sea su lugar de origen, asimilando éstas a las de los ciudadanos del país donde se presten».

La exposición de motivos recalca esta misma idea vinculándola a la deficiente trasposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, circunstancia que supone «un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos». Apela nuevamente al Tribunal de Cuentas señalando que este órgano ha puesto de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta. Por eso, «se impone, pues, una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país».

Concluye la exposición de motivos señalando en relación a esta cuestión que «es, precisamente, esta materia la que se encuentra regulada en el Capítulo I de este real decreto-ley, donde se regula la condición de asegurado, en su Disposición final tercera, por la que se modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, precepto que no tiene naturaleza orgánica según establece la disposición final cuarta de dicha ley, así como en su Disposición final quinta en la que se modifica el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero».

b) En el debate de convalidación del Real Decreto-ley 16/2012 («Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados», núm. 31, de 17 de mayo, correspondiente a la sesión plenaria núm. 30), la Sra. Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, afirmó que la reforma trata de hacer frente a una situación excepcional, actuando con urgencia y determinación para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se vuelva

irreversible. La representante del Gobierno situó también el énfasis en tres factores que configurarían el presupuesto habilitante: i) una situación de especial relevancia y gravedad que afecta a la sostenibilidad y la viabilidad económica del Sistema Nacional de Salud y que requiere una reforma estructural de amplio alcance que debe abordarse con carácter inaplazable e inminente; ii) respecto a las dos cuestiones que estamos examinando, indicó la existencia de problemas vinculados con «la ausencia de normas claras respecto a la universalización de la asistencia sanitaria en todo el territorio español y de los procedimientos para hacerla efectiva»; iii) aludió también a que la «falta de adaptación de la legislación española a la normativa europea ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009». En relación con ello, afirmó la Sra. Ministra que las medidas propuestas mejoran los procedimientos para el acceso a la asistencia sanitaria «para evitar el descontrol que suponía que cualquier persona, sin concurrir los requisitos legales y por el mero hecho de empadronarse en nuestro país, tuviese acceso a la tarjeta sanitaria. Esto es lo que ha permitido, entre otras cosas, que determinadas personas viajasen a nuestro país a sacarse la tarjeta sanitaria, volvieran al suyo para operarse, por ejemplo, y la sanidad española se hiciera cargo de pagar esa operación». Sobre esta misma cuestión también afirma que «con las mismas garantías que tienen los españoles es como se va a aplicar el procedimiento para los ciudadanos de otras nacionalidades que obtengan la condición de asegurados. A ellos les serán de aplicación específica las normas europeas, los convenios bilaterales o las exigencias de extranjería que se requieran según el caso. Con esta medida nos equipararemos a los países de nuestro entorno y evitaremos determinados abusos que se venían produciendo sobre nuestro Sistema Nacional de Salud». Abundando en el abuso que ha representado el llamado turismo sanitario, la Sra. Ministra se remitió a los informes del Tribunal de Cuentas, y expuso que el sistema sanitario español estaba asumiendo indebidamente, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que ya la tenían cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en su país de origen, o bien por un esquema de seguros privados. Este hecho se ha ocasionado por no haberse incorporado al Derecho español el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE.

Finalmente, en el debate posterior a su intervención inicial, la Sra. Ministra recalcó la imposibilidad de equiparar los derechos de las personas en situación de legalidad con los de aquellas que están en situación irregular. Destacó también que «la atención que se presta en otros países europeos a las personas que no tienen cobertura sanitaria es infinitamente menor que la que se va a prestar en España», señalando, por último, que «lo que en definitiva hace este decreto es corregir una práctica de concesión de la tarjeta sanitaria sin más, que ha provocado que la sanidad pública tenga que pagar independientemente el derecho y también se pueda pagar esa sanidad en otros países».

5. Con arreglo al canon que hemos expuesto, hay que valorar a continuación si concurre el presupuesto habilitante exigido en el art. 86.1 CE, tanto en lo que se refiere a la situación de urgencia que pretende afrontarse, como en lo relativo a la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas adoptadas para subvenir a la misma.

a) De la exposición de motivos de la norma cuestionada y del ulterior debate parlamentario de convalidación cabe concluir, sin entrar en un juicio político que este Tribunal tiene vedado, que el Gobierno ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente, la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que fundamenta la necesidad de dictar el Real Decreto-ley 16/2012. En efecto, se ha ofrecido una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde la creación del Sistema Nacional de Salud, según los argumentos expuestos en el fundamento jurídico 4. De ello se desprende que las reformas que se proponen tratan de hacer frente a una situación excepcional, actuando para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se vuelva irreversible. El carácter relevante o grave de la situación, invocado por el Gobierno, resulta

así justificado, pues, de acuerdo con los argumentos ya resumidos, el sistema sanitario público se encuentra sometido desde hace años a una importante situación de déficit que hace peligrar su viabilidad, situación agravada por el actual contexto de crisis económica en el que la norma se aprueba, que ha incrementado la precariedad de su financiación. Por ello, podemos considerar de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y la necesidad de adoptar medidas inmediatas para corregirla ha sido justificada por el Gobierno de forma explícita y razonada. Nada afecta a la anterior consideración el hecho de que, en todo o en parte, pudiera pretenderse resolver una situación de carácter estructural y no coyuntural, pues ya hemos indicado que eso no es, por sí mismo, determinante para estimar que se haya hecho un uso constitucionalmente inadecuado de la figura del decreto-ley.

b) El examen del segundo elemento de nuestro canon, es decir, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan, en una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4), ha de realizarse en relación con las dos medidas discutidas por la Letrada del Parlamento de Navarra.

Para comprobar si se cumple o no este segundo elemento del presupuesto habilitante debe analizarse el contenido de las medidas que se adoptan y verificar si guardan relación con la situación excepcional que se encara y constituyen una acción normativa inmediata, que no podía esperar ni siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia.

El art. 1 del Real Decreto-ley 16/2012, modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, en relación con los requisitos para la adquisición de la condición de asegurado y de beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Configura el régimen de acceso a la asistencia sanitaria en España con cargo a los fondos públicos, partiendo del principio de que la condición de asegurado deriva de la relación o del vínculo de la persona con la Seguridad Social. Según el apartado uno del art. 1, que modifica el apartado 2 del art. 3 de la Ley 16/2003, tienen la condición de asegurado: (i) los ciudadanos de nacionalidad española o los extranjeros afiliados a la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena o propia, en situación de alta o asimilada al alta; los pensionistas del Sistema de Seguridad Social; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social (incluyendo la prestación y el subsidio de desempleo) y los inscritos en las oficinas de trabajo, una vez que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo; (ii) el apartado 3 del mismo art. 3 de la Ley 16/2003 amplía el colectivo de personas que pueden acceder a la condición de asegurado, aunque no cumplan ninguno de los requisitos anteriores, a quienes tengan la nacionalidad española o de algún otro estado de la Unión europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, siempre y cuando no superen el límite de ingresos que se determine reglamentariamente, fijado en ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros por el art. 3.1 b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; (iii) el apartado 4 extiende la cobertura a personas que tampoco mantienen una vinculación personal directa con el Sistema de la Seguridad Social, como son los «beneficiarios», categoría que comprende a los cónyuges y a las personas con una relación asimilada jurídicamente; a los ex cónyuges a cargo del asegurado; a los descendientes y personas asimiladas que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad de grado igual o superior al 65 por 100; (iv) el apartado 5 prevé el acceso a las prestaciones sanitarias de todas las personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario mediante la correspondiente contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (regulado por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio) y en el apartado 6 se mantiene el régimen específico de gestión indirecta de la asistencia sanitaria para las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por diversas mutualidades, y (v) finalmente, la disposición transitoria primera prevé que las

personas que tenían acceso a la asistencia sanitaria a España antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley lo continuarán teniendo hasta el 31 de agosto de 2012, sin necesidad de acreditar la condición de asegurado o beneficiario.

Como ya hemos visto, la Letrada del Parlamento de Navarra entiende que esta regulación produce el efecto de excluir de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos a algunos españoles (aquellos que no tengan la condición de asegurado o beneficiario y cuenten con ingresos anuales superiores a cien mil euros, en los términos del Real Decreto 1192/2012) y de los extranjeros empadronados que no dispongan de autorización de residencia.

El examen que corresponde a este Tribunal sobre la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto de hecho habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, ha de realizarse, lógicamente, en relación con el contenido positivo del precepto. Así el precepto no contempla esos dos supuestos en los que la Letrada del Parlamento Foral centra su queja sino que tiene un contenido muy determinado en cuanto que, mediante los conceptos de asegurado y beneficiario, delimita el ámbito subjetivo del derecho a la atención sanitaria financiada con cargo a fondos públicos, produciendo el efecto de exclusión de determinados supuestos, sobre los que se ha centrado el debate. Tanto en la exposición de motivos como en el debate de convalidación se viene a justificar que esa delimitación tiene por objeto fijar pautas claras en relación con el régimen de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita en un momento de especiales dificultades para el Sistema Nacional de Salud. De hecho la exposición de motivos alude a «la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento» como uno de los factores que han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación». Por tanto, es posible concluir que la regulación que ahora se examina es una opción adoptada por el Gobierno con la finalidad de concretar, en aras al ahorro de costes y a la mejora de la eficiencia del sistema, los sujetos que tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, así como también, para definir, dentro de este ámbito, aquellos colectivos que quedan extramuros de la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos. Por tanto, sin entrar en valoraciones que no nos corresponden en relación con el grado de consecución del objetivo de ahorro pretendido, la nueva concepción de asegurado y beneficiario en relación con la asistencia sanitaria sostenida con fondos públicos acredita las debidas condiciones de coherencia y congruencia, en relación con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar. Se aprecia así que estas normas guardan relación directa con la situación que se trata de afrontar de modo que existe conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad.

La conclusión anterior no se ve modificada por el hecho de que, conforme a la disposición transitoria primera, la implantación de este régimen de acceso a la asistencia sanitaria en España quede demorada para determinadas personas hasta el día 31 de agosto de 2012. Por un lado el Real Decreto-ley 16/2012 entró en vigor el mismo día de su publicación oficial y la disposición transitoria primera sólo demora la aplicación respecto a «las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España», de manera que la medida modifica de manera instantánea la situación jurídica existente en cuanto que es inmediatamente aplicable a los extranjeros no comunitarios que en el momento de la publicación de la norma no disfrutaban de esa asistencia así como a los que entren en España a partir de entonces y no reúnan los requisitos exigidos por la norma. Por otra parte, la demora que deriva de mencionada disposición transitoria primera es únicamente la necesaria en relación con el cambio que se introduce, el cual requiere un periodo de necesaria adaptación, razonable

por lo demás, por parte de los potenciales usuarios o excluidos del nuevo sistema. Esa transitoriedad no es constitucionalmente cuestionable, pues no supone un retraso tal como para desvirtuar la urgencia declarada en la adopción de las medidas (en un sentido similar, STC 61/2016, de 17 de marzo, FJ 3).

Consecuentemente, este primer motivo de inconstitucionalidad ha de ser desestimado.

6. Se examinan a continuación las restantes vulneraciones de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone al decreto-ley, comenzando por la relativa a la prohibición de afectación a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el título I CE, reproche que, en relación con el art. 43 CE, se formula mínimamente argumentado respecto al art. 1.1 y 2, en cuanto a la determinación de los beneficiarios; al art. 2.3 y 5 y art. 4.13, en lo relativo a la aportación de los usuarios, queja que se conecta con la vulneración de los límites materiales desde la perspectiva del art. 31.1 CE, y que, por infracción del art. 18.4 CE, se formula al art. 4.14.

La doctrina de este Tribunal en relación con este punto está recogida en el ATC 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 7, de la que se desprende lo siguiente:

1.º) El art. 86.1 CE impide que con el decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero este Tribunal ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley, haciéndolo «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución».

2.º) La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada la figura del decreto-ley, de suerte que lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, confirmada por otras posteriores).

3.º) El Tribunal no debe fijarse únicamente en el modo en que se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien ha de examinar si ha existido «afectación» por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate.

Dos criterios básicos deben retenerse a efectos de determinar el alcance de la mencionada cláusula restrictiva sobre el decreto-ley: (i) que la legislación de urgencia no regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE y que la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática, en el título I CE; (ii) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutan, en virtud de lo que establece el artículo 53 CE.

Por tanto, se debe examinar el tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud al que hace referencia el art. 43 CE, para así contestar a las quejas relacionadas con este precepto constitucional, partiendo de que su colocación en el texto constitucional en una u otra de las diversas secciones y capítulos de su título I, le dota de mayor o menor rigor protector a los efectos de valorar la concurrencia de este límite material.

a) El art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud cuya organización y tutela se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2). El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un

principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia.

Debe partirse, en consecuencia, de que el art. 43 CE no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE.

b) De acuerdo con lo anterior, debemos analizar las quejas formuladas por la infracción de los límites materiales del decreto-ley, comenzando por la afectación a los derechos y deberes regulados en el título I CE.

En primer lugar la denuncia de afectación al art. 43 CE que se reprocha al art. 1.1 y 2, en cuanto regulan las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria sufragada con fondos públicos a partir de los conceptos de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud no puede ser estimada en razón de la naturaleza de principio rector del referido precepto constitucional.

c) Se impugnan también los arts. 2.3 y 5, y el art. 4.13, en lo relativo a la aportación de los usuarios en la financiación de determinadas prestaciones sanitarias.

No cabe estimar, por lo ya expuesto, que la norma de urgencia afecte al art. 43 CE en forma vedada al Decreto-ley.

Respecto a la queja relacionada con el límite del art. 31.1 CE, «es necesario recordar que, aun cuando la Constitución autoriza el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, no lo hace sin limitación alguna, sino 'con arreglo a la ley' (art. 31.3 CE). Con esta previsión, el texto constitucional está consagrando el principio de reserva de ley, de manera que el establecimiento de cualquier prestación patrimonial de carácter público, de naturaleza tributaria o no, debe hacerse por la propia ley o con arreglo a lo dispuesto en la misma. Ahora bien, de la misma manera que la Constitución ha sometido al imperio de la ley, con carácter general, el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, cuando tienen naturaleza tributaria ha condicionado los instrumentos normativos a través de los cuales se puede cumplir con aquella reserva pues no sólo limita el uso del decreto-ley a aquellos supuestos en los que no se afecte a los deberes de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE) y, concretamente, al deber de contribuir de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)» (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3). Así, el fundamento jurídico 3 de la STC 185/1995, de 14 de diciembre, ya señaló que una interpretación sistemática de la Constitución, «lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión 'tributos' del art. 133.1 CE. y la más genérica de 'prestaciones patrimoniales de carácter público' del art. 31.3 CE.». De manera que, si bien puede afirmarse que todo tributo es una «prestación patrimonial de carácter público», no todas estas prestaciones patrimoniales, para cuyo establecimiento el art. 31.3 CE exige la intervención de una Ley, tienen naturaleza tributaria». No existe, pues, ningún inconveniente para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre y cuando, claro está, concorra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este particular instrumento normativo, y, a su través, no se afecte al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado en el título I de la Constitución, art. 31.1 CE (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7), lo que sucedería con «cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario» (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9).

La STC 83/2014, FJ 3, recuerda que «son prestaciones patrimoniales de carácter público las impuestas coactivamente, esto es, las derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público 'sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla', siempre que, al mismo tiempo, 'la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público' (SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 33). Para determinar cuándo puede considerarse

que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta es necesario concretar, en primer lugar, 'si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado' [STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 3 a)], y, en segundo lugar, si la libertad o la espontaneidad exigida en la realización del supuesto de hecho y en la decisión de obligarse es real y efectiva [STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 3 b)]. Eso sí, calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, 'se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos' (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)».

Atendiendo a su configuración, la regulación de la aportación de los usuarios en el caso de determinadas prestaciones del Sistema Nacional de Salud reviste la naturaleza de una prestación pecuniaria, impuesta coactiva y unilateralmente por el poder público sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago, en tanto que el supuesto de hecho que da lugar al mismo no se realiza de forma libre y espontánea por el sujeto obligado dado que se relaciona directamente con la garantía de la protección de la salud a la que alude el art. 43 CE [al respecto, STC 185/1995, FJ 3 b), acerca de las denominadas prestaciones impuestas]. Así, aunque la regulación de las aportaciones de los usuarios en determinadas prestaciones sanitarias queda sometida al principio de reserva de ley del art. 31.3 CE, no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando con ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación. Pueden existir medidas, entonces, en las que, aun siendo prestaciones impuestas, su finalidad principal, no sea tributaria sino que, pretenda efectuar una asignación de los recursos públicos que responda a los criterios de eficiencia y de economía (art. 31.2 CE). Con la regulación controvertida el Estado ha puesto su poder de gasto al servicio de una concreta política no sólo con la finalidad de garantizar un uso racional de las prestaciones y servicios necesarios para tutelar la salud pública (art. 43 CE), sino también con el objetivo de llevar a cabo una adecuada y razonable distribución de unos recursos públicos escasos frente a necesidades de protección siempre crecientes (art. 31.2 CE), fines ambos de inequívoco interés público (en un sentido similar, STC 83/2014, FJ 3).

Por tanto, el hecho de que el precepto cuestionado regule una prestación patrimonial de carácter público que, conforme al art. 31.3 CE, sólo puede establecerse «con arreglo a la ley», no significa que haya incidido en un ámbito material que le esté constitucionalmente vedado. Es evidente que el art. 86.1 CE no prohíbe que mediante estos actos con fuerza de ley pueda afectarse a cualquiera de las materias tratadas en los preceptos del título I de la Constitución, sino únicamente a los que contienen una consagración de «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos». Y aunque, ciertamente, entre tales deberes hay que incluir el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario en los términos antes expuestos, no puede entenderse que concurra dicha circunstancia en las aportaciones que se regulan en el Decreto-ley impugnado (en un sentido similar, STC 182/1997, FJ 16).

Por ello, teniendo en cuenta «la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9, entre otras muchas), se concluye que no existe la afectación excluida por el art. 86.1 CE.

d) El recurso denuncia que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ex art. 18.4 CE ha sido afectado por el art. 4.14, aunque no se aprecia en la demanda la mínima argumentación al respecto. Esta se limita a señalar que esta regulación le está vedada al Decreto-ley por requerir Ley Orgánica. Para contestar a tan genérica queja basta recordar la doctrina de este Tribunal según la cual «la prohibición de

‘afectar’ a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos por Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución) no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el ‘desarrollo’ de los derechos fundamentales y libertades públicas» [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 B)], pues este último ámbito es por fuerza más restringido, ya que tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo. Por tanto, en la medida en que no se regula con carácter general el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad.

e) La última denuncia vinculada con la infracción de los límites materiales del Decreto-ley se formula en relación con la vulneración del régimen de las Comunidades Autónomas. Según la demanda, el art. 2.5, en la regulación de la denominada cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, y la disposición adicional tercera, en lo relativo a la cesión de datos tributarios por la hacienda foral, invaden las competencias de la Comunidad Foral de Navarra.

Respecto a este límite material de la legislación de urgencia, la STC 182/2013, FJ 3, dice que «hemos señalado que la expresión ‘régimen de las Comunidades Autónomas’ utilizada en el art. 86.1 CE ha de ser interpretada en el sentido de que el Decreto-ley no puede afectar al régimen constitucional de las Comunidades Autónomas, del que forman parte los Estatutos de Autonomía y otras leyes estatales atributivas de competencias que integran el bloque de la constitucionalidad. Pero, [m]ás allá de ese ‘régimen constitucional’ el campo normativo de los Decretos-leyes se corresponde con la competencia legislativa del Estado, de modo que no existe obstáculo constitucional alguno para que el Decreto-ley, en el ámbito de la competencia legislativa que corresponde al Estado, pueda regular materias en las que una Comunidad Autónoma tenga competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas». También hemos señalado [STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 6 b)] que este límite «no podría nunca llegar a comprender cualquier medida que de algún modo pudiese afectar a las Comunidades Autónomas, o a una Comunidad Autónoma (y no al ‘régimen de las Comunidades Autónomas’ diseñado en general en la Constitución), pues de ser así, y teniendo en cuenta el desarrollo que ha alcanzado la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas esbozada en el título VIII de la Constitución, se haría imposible la utilización de ese instrumento normativo por parte del Gobierno de la Nación, comprometiendo incluso el ejercicio de las funciones que también le asigna esa misma Constitución».

Conforme a esta doctrina, este motivo de inconstitucionalidad no puede prosperar. Este límite material debe entenderse en el sentido de que el decreto-ley no puede afectar al régimen jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución Española, y que del mismo forman parte los Estatutos de Autonomía, pero también otras leyes estatales atributivas de competencias, que constituyen el bloque de la constitucionalidad. En este caso las normas ahora impugnadas ni afectan al régimen constitucional, ni atribuyen o delimitan con carácter general la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas, por lo que, sin perjuicio de la valoración que merezca desde la perspectiva competencial, se mueven dentro de los límites constitucionales que este Tribunal ha establecido en su interpretación del art. 86.1 CE, en cuanto que la norma no persigue una delimitación directa y positiva de las competencias autonómicas, sin perjuicio de que pueda incidir en las mismas. (STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 2; en el mismo sentido, STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 8). De otro modo, se vaciarían prácticamente de contenido los ámbitos de regulación sobre los que el Decreto-ley puede proyectarse, puesto que es muy difícil encontrar un objeto normativo en el que no incida de uno u otro modo alguna competencia autonómica [STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 5 b), y las que allí se citan].

7. Resueltas las tachas relacionadas con el art. 86.1 CE, procede dar respuesta a los reproches materiales que se formulan a algunos de los preceptos del Real Decreto-ley 16/2012.

Se van a examinar las alegaciones formuladas por los demandantes, respecto a diversos artículos del Decreto-ley impugnado, que se han resumido en el antecedente 2 de esta Sentencia. Primero analizaremos las tachas relativas a la infracción del art. 43 CE y, a continuación, las relacionadas con el orden de distribución de competencias y con la reserva de ley orgánica del art. 81 CE.

8. Comenzaremos nuestro enjuiciamiento examinando el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012. Este precepto, que modifica el apartado 2 del art. 3 de la Ley 16/2003, al referirse a los requisitos para la adquisición de la condición de asegurado y de beneficiario del Sistema Nacional de Salud, es el que configura el régimen de acceso a la asistencia sanitaria en España con cargo a los fondos públicos, que se hace efectivo mediante la cartera común de los servicios del Sistema Nacional de Salud, tal como ya se ha examinado en el fundamento jurídico 5 a).

La Letrada del Parlamento Foral entiende que esa regulación es contraria al mandato del art. 43 CE al menos en dos aspectos: i) la exclusión injustificada de la asistencia sanitaria de los españoles que no ostentan la condición de asegurado o beneficiario, que, en la medida en que se determina por remisión a una norma reglamentaria, se entiende también contraria a la reserva de ley del artículo 43.2; ii) la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los inmigrantes en nuestro país, modificación que contravendría el mandato de universalización de la asistencia sanitaria que deriva del citado precepto constitucional. El Abogado del Estado ha rechazado las quejas formuladas, señalando, respecto de los españoles, que del Real Decreto-ley y su desarrollo reglamentario se deduce que los únicos excluidos de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos son aquellos con ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros que no tuvieran la condición de asegurado o beneficiario, sin que la colaboración reglamentaria en esta materia infrinja la reserva legal del art. 43.2 CE. En cuanto a los extranjeros sin autorización de residencia, considera que, siendo un derecho de configuración legal, es posible establecer diferencias entre españoles y extranjeros conforme al art. 13 CE, sin que la regulación ahora cuestionada afecte al límite que supone la garantía de la dignidad humana en los términos del art. 10 CE.

La norma cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo.

Importa señalar, en todo caso, que la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español. En ese contexto debe entenderse la disposición transitoria quinta LGS, cuando establece, sin mayor concreción, que «la extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2, y 20 de la presente de la Ley se efectuará de forma progresiva». En la búsqueda de ese objetivo de universalización de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos se dictaron normas específicas en relación a determinados colectivos y grupos de personas, como, por ejemplo, pensionistas de clases pasivas (art. 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre);

personas sin recursos económicos suficientes (Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre); perceptores de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre); menores de edad (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); extranjeros en territorio español (art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero); trabajadores por cuenta ajena, que sean españoles de origen residentes en el exterior, que se desplacen temporalmente a España, o los retornados de más de 65 años o pensionistas, en determinadas circunstancias (Real Decreto 8/2008, de 11 de enero). Esta normativa se completa con las previsiones de la legislación en materia de Seguridad Social, que extiende su acción protectora a la asistencia sanitaria de carácter no contributivo y universal para los casos de enfermedad común [art. 42.1 a) y 109.3 b) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre]. Por último, la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, regula la extensión del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública «a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico». Este último inciso condiciona la extensión del derecho a la inexistencia de otros títulos de reconocimiento y aun así dicha extensión no se realiza incondicionalmente en la medida en que se contempla la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley general de sanidad, en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia.

Del análisis de las distintas regulaciones legales, se desprende que el reconocimiento del derecho precisa de un título jurídico, bien la previa vinculación con la Seguridad Social o bien el reconocimiento expreso a determinados colectivos. Es claro que el proceso que se inicia con la Ley general de sanidad ha venido determinado por diversos condicionantes, entre ellos los económicos, dada la necesidad de asegurar la viabilidad de la universalización del derecho a la prestación de asistencia sanitaria financiada con fondos públicos, según las circunstancias económicas y sociales y la legítima libertad de elección de las políticas públicas en cada momento. Así pues, el legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el capítulo III del título I CE.

Ahora bien, la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 11). En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos (ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4), expresivo de «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, FJ 5), lo que se traduce en su obligación «de organizar» la salud pública y de «tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse presente que, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE.

Hemos de analizar si la norma cuestionada, en su aplicación a determinados españoles y a los extranjeros sin autorización de residencia, implica una lesión del art. 43 CE. Conforme al art. 1.2 LGS, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria es universal, en lo que implica de acceso a las prestaciones sanitarias públicas y en la medida en que no puede excluirse a ninguna persona del derecho a ser atendido. Pero

ese derecho se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios. Es posible, en términos constitucionales, la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese «todos» del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos. El que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios. Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6). La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes (en un sentido similar, para el sistema de Seguridad Social, SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 49/2015, de 5 de marzo). Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre los condicionantes económicos y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE; SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, o 78/2004, de 29 de abril, FJ 3). Además, ha señalado que «la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema» (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6).

9. Procede examinar a continuación las quejas relacionadas con la exclusión de determinados españoles de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos. Se centran en la exclusión de aquellos españoles que no ostentan la condición de asegurado o beneficiario, que, en la medida en que en algunas ocasiones se determina por remisión a una norma reglamentaria, se entiende también contraria a la reserva de ley del art. 43.2 CE.

La inconstitucionalidad que plantea la Letrada del Parlamento de Navarra se funda en que el art. 3.3 de la Ley 16/2003 Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, amplía el colectivo que puede acceder a la condición de asegurado, incluyendo a personas que, en principio tampoco tienen vínculo con el sistema de la Seguridad Social (personas que tengan la nacionalidad española o de algún otro estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, y a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español) «siempre que

acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente», restricción que estima contraria al art. 14 CE en relación con el art. 43 y a la propia reserva de ley que deriva del mismo art. 43.2 CE.

Se examina en primer lugar la queja relacionada con la vulneración de la reserva de ley. A tal efecto la STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 4, recuerda que «es doctrina reiterada de este Tribunal que la reserva de ley es compatible con la colaboración reglamentaria. Hemos excluido, sin embargo, 'que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el fundamento jurídico 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad 'a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley', criterio 'contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir' (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5)».

El nuevo art. 3.3 de la Ley 16/2003 incurre en el vicio denunciado, pues contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex art. 43.2 CE, y, por este motivo, debe ser declarado inconstitucional y nulo. La norma dispone una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento (cosa que, por ejemplo sucedía con el concepto de carencia de recursos económicos del art. 80 LGS en relación con el art. 1 del Real Decreto 1088/1989), sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno. De hecho, el art. 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012 dispone que ese límite de ingresos se sitúa en una cuantía inferior a cien mil euros en cómputo anual, sin que tampoco se justifiquen las razones de dicha opción. De esta manera, la norma remite totalmente al reglamento la concreción o la fijación cuantitativa del umbral económico hasta el que se garantiza la cobertura de la gratuidad o la bonificación de las prestaciones sanitarias, sin que se incluya ninguna regla que permita identificar quiénes podrían ostentar la condición de asegurados, lo que a su vez produce una insuficiencia manifiesta en el contenido mínimo exigible a la configuración legal del art. 43 CE.

Por lo expuesto, el inciso «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente» del art. 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012 es inconstitucional y nulo, sin que, por tanto, resulte necesario pronunciarnos sobre la restante tacha de inconstitucionalidad que se le ha formulado.

10. Deben examinarse seguidamente los cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, sin autorización de residencia en España.

El punto de partida para el examen de esta cuestión ha de ser la distinción tripartita en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 2). Así pues, es posible afirmar que, como se deduce de los pronunciamientos de este Tribunal, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros. Igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros. Finalmente, un tercer

grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Este sería el caso de la protección de la salud, que, es un derecho de configuración legal, que corresponde regular al legislador respetando los valores y los principios constitucionales, así como el contenido que se desprende del art. 43 CE en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias. Es, por tanto, un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros (STC 236/2007, FJ 4, con cita de otras).

En suma, conforme a nuestra doctrina, el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que «por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español».

De hecho, el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos ya estaba vinculado, en la regulación anterior, a una determinada situación jurídica, como era la inscripción en el padrón del municipio de residencia. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción original, extendía el derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros «que se encuentren en España inscritos en el padrón del Municipio en el que residan habitualmente, en las mismas condiciones que los españoles». Asimismo, tenían derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Los extranjeros menores de dieciocho años tenían derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; y las extranjeras embarazadas que se encontraran en España, tendrían derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12).

Por su parte, el Real Decreto-ley 16/2012 dispone que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. Ello reenvía al art. 3 de la Ley 16/2003 que lo vincula a la obtención de la condición de asegurado o beneficiario. Si conforme a este precepto no pudieran adquirir tal condición, el apartado 3 permitía que los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español puedan ostentar tal condición siempre que acreditasen que no superaban el límite de ingresos determinado reglamentariamente y, conforme al apartado 5 «aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial», regulado en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012.

Tales normas se completan con el nuevo art. 3 ter, añadido por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, que, bajo el título «asistencia sanitaria en situaciones especiales», dispone lo siguiente: «los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». El Real Decreto-ley 16/2012 contempla la asistencia a las embarazadas y equipara a los menores extranjeros en situación irregular con la de los menores españoles (lo que es conforme con el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989). Por otro lado, también se presta asistencia en casos de enfermedad grave y accidente, preserva la asistencia en casos de peligro grave y cierto para la salud del afectado y, por tanto, atiende a situaciones de mayor riesgo y de más intensa conexión del derecho a la

salud con el derecho a la integridad física (lo que es conforme con línea jurisprudencial de las SSTC 5/2000, de 14 de enero; 119/2001, de 24 de mayo; 220/2005, de 12 de septiembre, y 5/2002, de 14 de enero). Las urgencias a las que se refiere el nuevo artículo 3 ter Ley 16/2003 se entienden prestadas en supuestos de riesgo grave para la salud e incluso para la vida, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el art. 15 CE.

Del régimen aplicable se concluye que dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia.

Por ello, no es constitucionalmente reprochable que se contemple la asistencia a las embarazadas y la equiparación de los menores extranjeros en situación irregular con la de los menores españoles y lo mismo sucede en el caso de la asistencia en casos de enfermedad grave y accidente. Igualmente ha de advertirse que la norma no excluye el acceso a las prestaciones sanitarias en los restantes supuestos sino que, únicamente, toma el dato de la ausencia o no de residencia legal en España para exigir la correspondiente contraprestación en los términos del ya citado Real Decreto 576/2013.

Tampoco se ve afectado el límite relativo al contenido del derecho a la salud delimitado por los tratados internacionales, al que remite el art. 13 CE. Conforme a nuestra doctrina, los tratados y convenios internacionales no son, en sí mismos, canon de constitucionalidad de los preceptos recurridos. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, «sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5).

Esa circunstancia no concurre aquí. El Pacto de derechos económicos sociales y culturales que aborda la protección de la salud en su artículo 12.1, ha señalado previamente, en su artículo 2.1, que «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». Además, su artículo 4 reconoce que los derechos garantizados podrán ser sometidos a limitaciones legales «sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos» y, finalmente, conviene advertir que el artículo 12.1 alude al «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», pero no que las prestaciones en las que ese derecho se materializa hayan de ser, siempre y en todo caso, gratuitas para sus destinatarios.

Por su parte, el art. 35 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, remite el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En ese sentido, en relación con el reconocimiento de prestaciones por parte de los Estados miembros, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que «la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado» (STJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, y doctrina allí citada).

La Carta Social Europea también se refiere en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica. En el apartado 4 de dicho artículo 13 se indica el compromiso de las partes de aplicar este derecho en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes partes contratantes «que se encuentren legalmente en su territorio». A su vez, el anexo a la Carta Social fija su ámbito de aplicación, indicando que los artículos 1 a 17 sólo comprenden a extranjeros de otras partes contratantes que «residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada».

Por último es también necesario advertir que, «en la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta» (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), de manera que esa inconstitucionalidad por omisión «sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella» (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4), lo que es patente que no ocurre en este caso.

En suma la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE.

11. Respecto a las quejas que se formulan al artículo 4.12, deslegalización de la aportación de los usuarios para la financiación de determinadas prestaciones sanitarias, y artículo 4.13, reforma de las aportaciones de los usuarios en la prestación farmacéutica ambulatoria al margen del art. 43 CE, debe partirse de lo dispuesto en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, norma que reproduce lo regulado en la Ley 29/2006, de 26 de julio. La mera reproducción de los preceptos impugnados que lleva a cabo el Real Decreto Legislativo 1/2015 junto con el carácter abstracto propio del recurso de inconstitucionalidad nos lleva a concluir que el recurso no ha perdido objeto en este punto, dado que las normas impugnadas continúan materialmente vigentes. La Ley 29/2006 regula en sus arts. 94 y 94 bis (materialmente coincidentes con los arts. 101 y 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015), los supuestos y las cuantías en los que procede la aportación de los usuarios; esto es, una modalidad de «copago». El artículo 94.1 establece que «[e]l Gobierno revisará periódicamente la participación en el pago a satisfacer por los ciudadanos por la prestación farmacéutica incluida en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos»; el apartado 2 establece los criterios de modulación del pago, incluyendo la capacidad de pago [letra a)], la racionalización del gasto público [letra e)]. Y, finalmente, el artículo 94 bis regula el importe de la aportación por los usuarios y sus beneficiarios.

Este Tribunal ha declarado (STC 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7) que «cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las 'suplementarias' y de 'servicios accesorios') pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o 'copago'). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional (STC 136/2012, FJ 5; con cita de las SSTC 98/2004, de 25 de mayo, y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3)».

Con estos criterios se analizarán las quejas formuladas por los recurrentes en este punto: i) en cuanto a la vulneración de la reserva de ley, es patente que la participación en

el coste que deben pagar los usuarios por los medicamentos y productos sanitarios que les proporcione el Sistema Nacional de Salud se regula de conformidad con los criterios recogidos en el Real Decreto Legislativo 1/2015, y antes en la Ley 29/2006, siendo por lo demás habitual la colaboración reglamentaria en esta materia (así, por ejemplo, anexo V.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización); ii) respecto a la segunda, es manifiesto que en el alegato de la Letrada del Parlamento de Navarra late la legítima discrepancia con la modificación del régimen de aportación de los usuarios en el caso de la prestación farmacéutica obligatoria, pero es asimismo claro que, dado el rango normativo utilizado para dicha modificación, no se ha infringido reserva legal alguna, pues el Decreto-ley es una fuente del derecho intercambiable con la ley formal, dentro de los límites constitucionales a los que está sometido.

12. Examinaremos ahora las tachas relacionadas con la vulneración de las competencias de la Comunidad Foral de Navarra en las que, a juicio de la Letrada del Parlamento, incurre en el art. 2.5 del Real Decreto-ley 16/2012.

La primera de ellas es la relativa a que, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, resulte preceptiva «la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria», lo que limitaría la capacidad de desarrollo legislativo de las bases estatales derivado del art. 53 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA) y las especialidades que para Navarra se desprenden de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El Abogado del Estado ha defendido que la mencionada garantía responde a las exigencias del art. 135.1 CE y se ajusta a la doctrina constitucional en materia de estabilidad presupuestaria.

Esta queja no puede ser atendida, ya que no es posible apreciar la vulneración que se denuncia.

La exigencia de que las Comunidades Autónomas acrediten condiciones de suficiencia financiera en el marco del principio de estabilidad presupuestaria deriva directamente del art. 135 CE, al disponer que «todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Según la STC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3 «estamos, pues, ante un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas». Por otra parte, la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ a), recuerda que «la imposición de límites presupuestarios a las Comunidades Autónomas no sólo ‘encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13), estando su establecimiento ‘encaminado a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario’, sino que ‘encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE’, sobre todo, al corresponderle al Estado ‘la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general’» [STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 8 a)], límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas «que han de reputarse constitucionales cuando se deriven de las prescripciones de la propia Constitución o de la ley orgánica a la que aquélla remite (art. 157.3 CE)» [STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 10)]. En todo caso, dicha garantía se vincula, en el caso concreto, a la necesidad de establecer los recursos adicionales necesarios para la implantación de la ya mencionada cartera complementaria de servicios así como a su no inclusión en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Tampoco es admisible, a estos efectos, la invocación de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, que establece su aplicación en Navarra «según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, conforme a lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra». En cuanto a la referencia al Convenio, porque no contiene normas sobre la cuestión y, sobre la cita del art. 64 LORAFNA, la STC 148/2006, de 11 de

mayo, FJ 7, ya dejó sentado que la autonomía de gasto de la Comunidad Foral se encuentra limitada materialmente por los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles que derivan del art. 156.1 CE, e igualmente resaltó el contenido esencialmente tributario del Convenio económico, que no contiene normas especiales relativas a su autonomía de gasto. Sentó así un criterio que sigue siendo plenamente aplicable, según el cual «la aprobación de la Ley general de estabilidad presupuestaria por parte de las Cortes Generales (Ley 18/2001, de 12 de diciembre) y de su Ley complementaria (Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre) tampoco han introducido cambios en este sentido, puesto que las alusiones contenidas en ambos casos a que su aplicación en la Comunidad Foral de Navarra se llevará a cabo conforme a lo establecido en el art. 64 LORAFNA no se traducen en una vinculación menos intensa a las obligaciones derivadas de ambos textos, sino en una participación más directa de la Comunidad foral (básicamente a través de la comisión coordinadora integrada por representantes de la Administración del Estado y la Administración foral) en su aplicación». Conclusión ratificada en el fundamento jurídico 8 de la misma cuando se indica que «así, la alusión a que las relaciones entre ambas Administraciones se establecerán conforme a la naturaleza del régimen foral tiene su ámbito natural de proyección en el ejercicio de las competencias y, singularmente, en la vertiente participativa bilateral o multilateral, y no en el alcance de las competencias del Estado (singularmente las básicas) y de la Comunidad foral». Por tanto, el régimen de convenio económico no opera como una excepción al marco competencial aplicable, tal como ya ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional [así, SSTC 31/2016, de 3 de marzo, FJ 3, y 171/2014, de 23 de octubre, FJ 6 a), en relación con el sistema de atención a la dependencia y a las normas aplicables a los límites de endeudamiento de las entidades locales, respectivamente].

La segunda queja de índole competencial que se formula al art. 2.5 se relaciona con el apartado 7 del nuevo art. 8 quinquies de la Ley 16/2003, el cual dispone que «las comunidades autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo». Según la Letrada del Parlamento Foral, este precepto obliga a las Comunidades Autónomas a asumir todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementarios prohibiéndoles la introducción de aportaciones de los usuarios en las prestaciones complementarias que se puedan establecer en el ámbito autonómico. Sin embargo, como apunta el Abogado del Estado, no es esa la consecuencia que se desprende del tenor literal del precepto que, en coherencia con el reconocimiento de que las Comunidades Autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, se limita a exigir que la misma sea sufragada «con cargo a sus propios presupuestos», o, lo que es lo mismo, con cargo a los recursos que al efecto disponga la Comunidad Autónoma que, evidentemente, pueden venir dados, entre otros, por el producto de las prestaciones patrimoniales de carácter público que, en el ámbito sus competencias, establezca la Comunidad Foral.

13. Resta finalmente por enjuiciar la cuestión relativa a la cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria, así como la cesión de datos tributarios en el caso de la Hacienda pública de Navarra establecidas respectivamente en el artículo 4.14 y en la disposición adicional tercera, con los argumentos reproducidos en los antecedentes 2 h) y 3 e) que resumen los argumentos de la Letrada del Parlamento de Navarra y del Abogado del Estado.

La queja formulada al artículo 4.14 no puede ser admitida, por los siguientes argumentos:

a) El art. 11.2 a) de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD) admite el poder de disposición de determinados datos sin el consentimiento de la persona afectada siempre y cuando dicha cesión esté autorizada por una ley. De acuerdo con el art. 53.1 CE, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, del título I, solo podrá regularse por ley, por lo que hay que deducir que si bien

los límites al derecho a consentir la cesión de datos para fines distintos para los que fueron recabados está sometido a reserva de ley, no se requiere de ley orgánica. Esta condición se cumple dada la naturaleza del Real Decreto-ley impugnado.

b) Frente a lo que en su queja afirma la Letrada del Parlamento de Navarra, el dato que se cede no es estrictamente tributario, sino que es el relativo al nivel de aportación que corresponde a los usuarios conforme a la escala prevista inicialmente en el art. 94 bis.5 de la Ley 29/2006, introducido por el art. 4.13 del Real Decreto-ley 16/2012 (reproducido en el art. 102.5 del Real Decreto Legislativo 1/2015).

c) En la cesión concurre una finalidad legítima que consiste en la obtención de la información y los datos necesarios para hacer posible la materialización efectiva del modelo universal de salud pública que prevé la contribución progresiva de los ciudadanos asegurados o de sus beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, según su nivel de renta, a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas. La cesión se limita exclusivamente a los datos necesarios para poder determinar si el interesado se encuentra en cada uno de los supuestos previstos en los apartados a) a c) del art. 94 bis.5 de la Ley 29/2006 (actualmente art. 102.5 del Real Decreto Legislativo 1/2015). En este mismo sentido este dato será el único necesario para determinar el nivel de aportación o devolución que proceda, en relación con quienes tengan la condición de pensionista conforme a lo dispuesto en los apartados 5 d) y 6 del citado art. 94 bis [arts. 102.5 d) y 6 del Real Decreto Legislativo 1/2015]. En consecuencia, la comunicación de datos limitada a la mera indicación del tramo de entre los tres previstos en que se halla el usuario, se encuentra amparada por el art. 11.2 a) LOPD, en conexión con el art. 94 ter de la Ley 29/2006 (art. 103 del Real Decreto Legislativo 1/2015).

d) No se produce la vulneración de las competencias de Navarra en materia tributaria y financiera que se reprocha a la disposición adicional tercera, por establecerse unas obligaciones de cesión de datos tributarios que no se contemplan en la legislación foral. Dicha norma regula un aspecto instrumental para la realización de lo sustantivo, la aportación de los usuarios en la financiación de las prestaciones de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, que es de indiscutible competencia estatal (STC 136/2012, FJ 5). Por lo demás, la normativa tributaria de la Comunidad Foral no se ve directamente afectada, pues el Real Decreto-ley 16/2012 se limita a modificar la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (disposición final cuarta), correspondiendo lógicamente a Navarra en uso de sus competencias derivadas del art. 45 LORAFNA, la modificación de su propia normativa tributaria, cosa que efectivamente se produjo mediante la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio, de medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos públicos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar inconstitucional y nulo el inciso «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente» del art. 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita

Como tuve ocasión de expresar durante las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión finalmente adoptada. Al amparo de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto al sentir de la mayoría del Tribunal, expreso mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada que, a mi juicio, debió declarar la nulidad, al menos parcial, del Real Decreto-ley 16/2012 por una manifiesta vulneración de dos de los requisitos de obligado cumplimiento por la legislación de urgencia (art. 86.1 CE). Me refiero, de un lado, al presupuesto que habilita al Gobierno para dictar una norma con fuerza y rango de ley y, de otro, a los límites materiales que no pueden ser transgredidos en el ejercicio de este poder legislativo excepcional. No obstante y en la medida en que la Sentencia ha avalado la constitucionalidad del citado Real Decreto-ley, me parece de todo punto pertinente dejar igualmente constancia de una segunda divergencia, relativa ahora a la declaración de constitucionalidad del art. 1.3 de la norma impugnada que limita el acceso de los extranjeros «no registrados ni autorizados como residentes en España» a las prestaciones sanitarias. En mi opinión y por las razones que expondré en su momento, este pasaje debió de ser calificado inconstitucional y nulo, al margen del escrutinio recaído sobre el art. 86.1 de nuestra Carta Magna.

I. Sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y la justificación de dicha concurrencia en el supuesto concreto.

1. En aras de la brevedad, me remito a lo que he argumentado en anteriores ocasiones sobre el control que este Tribunal ha de ejercitar a fin de verificar rigurosamente el cumplimiento por el poder ejecutivo de los requisitos que le facultan para dictar unas disposiciones legislativas que adoptan la forma de real decreto-ley (entre otros, en los Votos particulares a las SSTC 170/2012, de 4 de octubre; 233/2012, de 13 de diciembre; 199/2014, de 24 de septiembre; 12/2015, de 5 de febrero, y 48/2015, de 5 de marzo y al ATC 43/2012, de 12 de febrero).

2. En su fundamento jurídico 2, la Sentencia de la que me aparto, haciendo suyo un alegato del Abogado del Estado, manifiesta que, «pese a lo que la demanda afirma», la lesión del art. 86.1 CE no se razona respecto a todo el Real Decreto-ley sino, con carácter más limitado, a los concretos preceptos recurridos, de modo que no se ha cumplido la «carga alegatoria» exigida por la doctrina de este Tribunal. En consecuencia, el análisis se centra en los pasajes legales objeto de impugnación.

Es esta una aproximación metodológica que en modo alguno es dable compartir a la luz, precisamente, de un examen, mínimamente superficial, de los términos de la fundamentación, por la parte recurrente, de la violación del art. 86.1 CE. Aun cuando probablemente la sistemática del escrito de demanda incurre en alguna deficiencia en el orden de exposición de los requisitos a los que ha de atenerse el dictado de toda norma de urgencia, el apartado 2, que se abre con el título «Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley por infracción del art. 86 de la Constitución», se estructura en dos subapartados: «a) infracción de los límites materiales que establece la CE para la utilización del decreto-ley» y «b) El presupuesto de hecho habilitante: la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad» (subrayados en el texto). A su vez, los razonamientos de este segundo punto, que es el que aquí interesa, se desarrollan a lo largo de casi 10 páginas (pp.15-24).

Una lectura ni apresurada ni predeterminada por óbices de parte evidencia sin margen alguno para la incertidumbre que las valoraciones formuladas acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante tienen un carácter general, estando destinadas a fundamentar la inexistencia de ese presupuesto por la norma impugnada en su globalidad. El escrito, en efecto, pasa revista a los motivos que pudieren justificar el efectivo cumplimiento de este requisito, examinando con el debido detalle las fuentes de conocimiento que, conforme a una bien conocida doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 29/1989, de 31 de mayo,

FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; y 11/2001, de 17 de enero, FJ 4), pueden y deben manejarse para identificar las razones explicativas de la extraordinaria y urgente necesidad; a saber: la exposición de motivos de la norma, el debate parlamentario de convalidación y, en fin, la memoria que se hubiese elaborado. Más aún, conforme se hace constar en el escrito, la parte recurrente solicitó del Congreso de los Diputados el expediente del Real Decreto-ley, petición que, como no podía ser de otro modo, fue atendida. Efectuado ese análisis, la conclusión que se extrae no puede ser más clara en relación al objeto de la impugnación:

«Ni en el texto del Real Decreto-ley, ni en sus antecedentes, ni en el debate parlamentario, existe explicación alguna sobre la existencia de circunstancia alguna que impidiera la tramitación de esta reforma sanitaria siguiendo un procedimiento parlamentario. La implantación del nuevo sistema se demora más de tres meses, las medidas que se adoptan no modifican inmediatamente la situación jurídica preexistente, se ha publicado una corrección de errores que ha modificado sustancialmente diversos preceptos y disposiciones fundamentales del Real Decreto-ley, para justificar algunas medidas se hace referencia incluso a reivindicaciones históricas o a informes que hay que elaborar, lo que unido todo ello al hecho de que se haya negado la tramitación de la reforma como proyecto de ley expresamente solicitada, llevan a la conclusión de que el presupuesto de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad exigido en el artículo CE no se ha justificado» (pág. 23).

Desde luego, se podrá cuestionar el fondo de los argumentos aportados para fundamentar la queja vertida; pero lo que no resulta en modo alguno razonable es reducir los términos en los que la parte recurrente plantea su alegato, referidos al Real Decreto-ley 16/2012 en su integridad.

3. Con todo, mis objeciones metodológicas al análisis que la Sentencia lleva a cabo de la presunta vulneración por la norma de urgencia del presupuesto habilitante ex art. 86.1 CE van más allá de lo que vengo de exponer. Una exacta inteligencia del razonamiento que apenas he anticipado pide, como preliminar útil, efectuar dos recordatorios directamente deducidos de una muy asentada doctrina de este Tribunal, el segundo de los cuales, por cierto, la Sentencia orilla al resumir esa doctrina. Por lo pronto, el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de superar un doble canon: de un lado, la necesidad del Gobierno de identificar de manera clara, explícita y razonada la concurrencia de esa singular situación, determinante de la presencia del presupuesto habilitante; de otro, la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia. El segundo recordatorio, a su vez, se concreta en que, cuando la parte recurrente efectúa una impugnación parcial de un real decreto-ley, en lugar de total, tal como la Sentencia hace constar que acontece en el caso a examen, el control sobre el concurso del tan mencionado presupuesto habilitante ha de resultar congruente con el objeto de la censura, debiendo examinarse las dos dimensiones que definen el propio control de constitucionalidad desde esa singular perspectiva: la formal (identificación de los motivos alegados) y la sustantiva (conexión de sentido o relación de adecuación). En semejante hipótesis, el control de constitucionalidad no puede dar por buenas las argumentaciones globales ni para avalar la explicitación (dimensión formal) ni para reconocer la conexión de sentido (dimensión material).

La Sentencia de la que discrepo se ha apartado de la doctrina de este Tribunal tan sumariamente recordada. En primer lugar y contrariando de manera ostensible la delimitación objetiva de la impugnación relativa al art. 86.1 CE, el escrutinio de la vertiente formal de la concurrencia del presupuesto habilitante no procede a un análisis pormenorizado de las razones determinantes de la regulación de las materias tratadas por los plurales preceptos recurridos, limitándose a traer a colación, por una parte, las dos grandes finalidades a las que obedece, con carácter general, la reforma del Sistema Nacional de Salud (existencia de una situación de grave dificultad económica y necesidad

de hacer frente a los «retos actuales de la asistencia sanitaria») y, por otra, la opción en favor de la vinculación de la condición de beneficiario a la de asegurado. Las genéricas referencias a los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas y al derecho comunitario enunciadas por la exposición de motivos de la norma de urgencia evidencian el tratamiento global desde el que se aborda esta primera vertiente. Cierto es que este tratamiento se modera en términos escasamente significativos con la alusión a las modificaciones introducidas en el acceso a la prestación sanitaria de los extranjeros [último párrafo, FJ 4 a)]; pero es más cierto que la Sentencia renuncia a analizar con el obligado detalle si, respecto de los preceptos que entiende expresamente recurridos, el Gobierno ha ofrecido una explicación clara, precisa y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad. Por este lado, la Sentencia de mi disenso contradice la premisa que delimita el análisis de la vulneración del art. 86.1 CE. La lectura del fundamento jurídico 5 a) confirma sin sombra de duda esta primera conclusión.

4. Al aval que merece el escrutinio formal de la concurrencia del presupuesto habilitante le subsigue la confirmación de la conexión de sentido entre las finalidades perseguidas por la norma de urgencia y las medidas adoptadas, de modo que estas guardan una relación directa o de adecuación con la situación que se trata de abordar.

En este orden de consideraciones e instalando mi razonamiento en el, a mi juicio, errado punto de partida del examen del presupuesto habilitante, la Sentencia de mi discrepancia intenta justificar nuevamente esa relación de congruencia con fundamento en las genéricas motivaciones formuladas en las fuentes de conocimiento para la reforma del Sistema Nacional de Salud. Por decirlo en sus propias palabras, la opción adoptada por el Gobierno de modificar la delimitación del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria mantiene una conexión de sentido «con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar» o, en otros términos, «entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relacionan, por tanto, con su sostenibilidad» [FJ 5 b)]. No es ésta, sin embargo, una afirmación que pueda compartirse.

La línea argumental de la Sentencia se basa, como se viene de exponer, en una alusión genérica a la situación de crisis económica o, como hace constar la exposición de motivos de la norma impugnada, «a una situación de grave dificultad económica» del Sistema Nacional de Salud (apartado I). Esta hipótesis podría acaso considerarse reforzada por las explicaciones que la propia exposición de motivos hace respecto de los problemas derivados de la aplicación del derecho comunitario de compensación sanitaria así como con la invocación de los informes del Tribunal de Cuentas sobre la indebida asunción del coste de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud de determinadas personas (apartado II). Ninguno de estos argumentos, sin embargo, –la crisis económica, la aplicación del derecho comunitario y las recomendaciones del Tribunal de Cuentas– ofrecen argumentos concretos para justificar las razones de los preceptos que reforman el ámbito subjetivo del Sistema Nacional de Salud –que son los únicos que, en el decir de la Sentencia, constituyen el objeto de la impugnación ex art. 86.1 CE– y que afectan a dos concretos colectivos: los españoles mayores de 26 años que dispongan de un nivel de renta que habrá de determinarse reglamentariamente y los extranjeros sin permiso de residencia.

Por lo pronto y en relación con las dificultades económicas y la necesidad de racionalizar los costes, las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera, incluso somera y general, del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar esas concretas medidas así como del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema sanitario público. En cuanto a la segunda razón alegada, relativa a la coordinación de nuestro sistema con el derecho comunitario, su aplicación no es predicable ni de los españoles mayores de 26 años con determinados niveles de renta ni, menos aún, de los extranjeros no comunitarios. El legislador de urgencia no ha hecho esfuerzo alguno para elaborar la relación de congruencia entre las medidas adoptadas y las finalidades que las mismas han de cumplir, sin que pueda servir,

como argumenta la Sentencia de mi disenso, el ahorro económico, que, como ya se ha hecho constar, no aparece concretado. Por lo demás, y no es lo de menos, esta ausencia de justificación sobre la adecuación entre la situación de extraordinaria necesidad y la regulación establecida es especialmente censurable si se valora la naturaleza de la norma impugnada. Conforme razonara la STC 119/2011, de 5 de julio, a propósito de una utilización indebida del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, la desatención a los «límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente» (FJ 7). Una política legislativa comprometida con la calidad democrática del ejercicio de los poderes normativos viene obligada a evitar esa lesión.

II. Sobre la vulneración de los límites materiales del art. 86.1 CE, en particular la prohibición de «afectar a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE».

1. Además de reprochar al Real Decreto-ley 16/2012 la vulneración del art. 86.1 CE por ausencia de su presupuesto habilitante, la parte recurrente imputa a la disposición legal cuestionada una segunda lesión de ese mismo precepto constitucional al entender que la materia objeto de tratamiento normativo le está expresamente vedada, por «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I».

Tras resumir la doctrina de este Tribunal recaída en relación con el ámbito sustantivo que no puede ser sobrepasado por la legislación de urgencia, la Sentencia de la que disiento, en su fundamento jurídico 6, desestima esta nueva queja, analizando la aplicación del presente límite material, de dimensión constitucional, en relación con los tres derechos que, en su decir, son los invocados en la demanda: derecho a la salud (art. 43 CE), establecimiento de cargas tributarias de acuerdo con la capacidad económica (art. 31.1 CE) y protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE).

Ninguna objeción me merecen los razonamientos enderezados a descartar que la norma de urgencia no haya respetado, al entrar a regular los derechos mencionados en los arts. 31.1 y 18.4 del texto constitucional, los límites materiales enunciados en el art. 86.1 CE, tal y como los mismos han sido interpretados por este Tribunal. No es ésta, sin embargo, una conclusión que pueda compartir en modo alguno respecto del derecho a la salud. Más aún, también discrepo del razonamiento que sustenta la conclusión.

Sin perjuicio de ofrecer de inmediato las razones de esta discrepancia, lo primero que llama la atención es la poco comprensible falta de correspondencia argumental entre la respuesta de la Sentencia a la queja y la elaboración de la queja. Pero más allá de este dato, de tono muy menor, lo que en verdad llama la atención es el sumario argumento que fundamenta la desestimación; a saber: el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE, dada su ubicación sistemática en el texto constitucional, «no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE» [párrafo segundo, FJ 6 a)].

Con un alegato semejante, en el que la conclusión y el argumento se encuentran fundidos, la Sentencia se instala en la preocupante senda abierta por este Tribunal en fechas recientes, preferentemente aplicable en relación con derechos sociales, consistente en reinterpretar una anterior doctrina de manera silenciosa, entendida la expresión en un doble sentido: sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio.

De conformidad con una constante inteligencia constitucional, iniciada ya en la época fundacional, este Tribunal ha descartado las interpretaciones restrictivas del límite material establecido por el art. 86.1 CE, que pudieron haber estado amparadas tanto por el sentido gramatical del verbo afectar («menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente») como por la comprensión práctica del término en el ordenamiento privado (imposición de un gravamen u obligación). Y, en su lugar, optó por una interpretación más vinculada a cánones de índole contextual y finalista; por una interpretación que, en el fondo, atiende al sistema de poderes y contrapoderes constitucionalmente instituidos y a la conveniencia de no impedir al Ejecutivo el uso de un instrumento que puede ser útil y necesario para la gobernación del país en situaciones de relativa imprevisibilidad. La prohibición de afectación no define, pues, un campo vedado a la actividad legislativa del Gobierno; su

función, bien otra, es actuar como límite interno tanto de la estructura de la norma como del contenido normado por la disposición legal de urgencia. De ahí, los dos condicionantes que, siempre de acuerdo a la uniforme doctrina de este Tribunal, delimitan el ámbito normativo del decreto-ley: de un lado, se permiten las ordenaciones singulares, pero quedan proscritas las ordenaciones generales y, de otro, se consienten las regulaciones sobre los elementos accidentales o secundarios de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos mencionado en el título I, pero se prohíben aquellas otras que alteren sus elementos estructurales o sustanciales (entre otras muchas, SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 60/1986, de 20 de mayo; 3/1988, de 21 de enero, y 182/1997, de 28 de octubre).

Lo anterior reseñado, es obligado dejar constancia de que, hasta la actualidad, ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de «no afectación» los principios rectores enunciados en el capítulo III, título I, CE; o, por expresar la misma idea desde la otra vertiente, este Tribunal, en su ya dilatada trayectoria jurisdiccional, no ha limitado la operatividad de dicha cláusula a los derechos, deberes y libertades consagrados –parece ser ese el alcance de la Sentencia de mi discrepancia– en el capítulo II, de ese mismo título I.

Una modificación de tanta intensidad como la ahora defendida en la presente resolución hubiera demandado, de seguro, un relevante desarrollo argumentativo. Y no solo ni tanto por llevar asociada un cambio o, al menos, una reinterpretación en la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal. Esa exigencia viene fundada, además y señaladamente, por los efectos restrictivos que ese cambio o reinterpretación producen en la protección de los derechos y principios constitucionales o, lo que es igual, por los efectos expansivos de un poder normativo de carácter excepcional. La preferencia expresada por la Sentencia a favor de la eliminación de trabas al ejercicio de este poder, pretiriendo la opción enderezada a salvaguardar las posiciones jurídicas de los ciudadanos, se distancia, sin justificación alguna, de la tutela y preservación de la cláusula social (art. 1.1 CE), debilitando la calidad democrática de nuestro sistema de monarquía parlamentaria.

Las consideraciones que siguen pretenden ofrecer las razones por las que, de un lado, el derecho a la salud no puede quedar excluido de la prohibición de afectación ex art. 86.1 CE y, de otro, determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, al no respetar el límite material enunciado en ese pasaje constitucional, debieron de ser declarados inconstitucionales y nulos. Y ello, incluso aceptando a efectos meramente dialécticos la tesis sobre la concurrencia del presupuesto formal sustentada por la Sentencia de mi disenso.

2. Con la finalidad de contestar a las quejas relacionadas con el art. 43 CE y, en particular, a la denuncia sobre las vulneraciones de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone, la Sentencia efectúa un análisis de la naturaleza del derecho a la protección de la salud, concluyendo en que, como ya se ha hecho constar, no se encuentra, por razón de su ubicación sistemática, en el catálogo de aquellos derechos cuya regulación por decreto-ley deba someterse al ámbito aplicativo de los citados límites materiales instituido en aquel pasaje constitucional. Al margen de ignorar la doctrina de este Tribunal, semejante conclusión obvia las dos ideas básicas que han contribuido a la progresiva maduración y consolidación de la noción de derechos *tout court*; de un lado, la indivisibilidad (o unidad) de todos los derechos, al margen de su contenido (civil, político, económico, cultural y social), tal y como afirma el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y sostiene indefectiblemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la sentencia del caso *Airey c. Irlanda* (STEDH de 9 de octubre de 1979) y, de otro, la conexión e instrumentalidad de determinados derechos o principios constitucionales «no fundamentales» respecto de otros que sí lo son por ubicarse en el capítulo II del título I.

La comprobación del soslayo de estas dos ideas por la Sentencia de mi divergencia no ofrece dificultades; antes al contrario, es una tarea bien sencilla. En la misma se define el derecho a la protección de la salud contenido en el art. 43 CE como un derecho prestacional «de configuración legal», trayendo al caso una expresión formulada por la jurisprudencia constitucional en relación con la asistencia jurídica gratuita y empleada hasta la fecha en ese contexto (entre otras muchas, SSTC 16/1994, de 20 de enero;

12/1998, de 15 de enero; 183/2001, de 17 de septiembre; 95/2003, de 22 de mayo; 217/2007, de 8 de octubre 118/2014, de 8 de julio y, en fin, 124/2015, de 8 de junio). Pero al asumir tal concepto obvia buena parte de la doctrina construida en torno al derecho a la asistencia jurídica gratuita, aplicable de manera paradigmática también a este otro derecho, al derecho a la salud.

La doctrina de este Tribunal ha venido haciendo constar, en efecto, que la conexión entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) fundamenta la tesis de que el art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE. De otro lado, también ha afirmado que corresponde al legislador delimitar el contenido y las concretas condiciones de ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, «atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias» (STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 3), asumiendo que tal libertad de configuración legal, aunque es amplia, no es absoluta y no permite excluir de su disfrute a los extranjeros en situación irregular. La ya citada STC 95/2003 sostiene «la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ 3), reconociendo la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, «con independencia de su situación jurídica» (FFJJ 5 y 6). A la misma conclusión llegará, igualmente, la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 13).

La Sentencia de la que discrepo prescinde de traer a la argumentación la totalidad de los razonamientos que acaban de ser expuestos y que son perfectamente trasladables al caso. Al estilo del derecho a la asistencia jurídica gratuita, también el derecho a la salud recogido en el art. 43 CE se sitúa extramuros del núcleo de los derechos fundamentales y cívicos que se contienen en las secciones primera y segunda del capítulo II del título I. Pero desarrolla una relación de instrumentalidad de un derecho tan fundamental como el consagrado en el art. 15 CE, que proclama que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Esta conexión instrumental se esboza en los AATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5; 114/2014, de 8 de abril, FJ 8; y 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5, que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, «así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado». De su lado, el ATC 239/2012 reconoce además que el Tribunal ya ha tenido en cuenta «la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004)» y que «los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles».

Pero, más allá del esbozo, la conexión adopta un reconocimiento expreso si se acude, tal y como dispone con carácter obligatorio el art. 10.2 CE, a los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España y a la interpretación jurisprudencial que de ellos hacen los órganos competentes. Sin ir muy lejos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH; STEDH en el asunto Valentín Câmpeanu c. Rumanía, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión

de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH asunto D. c Reino Unido de 2 de mayo de 1997, jurisprudencia revisada después y pendiente de la solución que debe dar la Gran Sala al asunto Paposhvili c. Belgica num. 41738/10); que se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH asuntos Nitecki c. Polonia, de 21 de marzo de 2002, y Panaitescu c. Rumanía de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos Oyal c. Turquía, de 23 de marzo de 2010, Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía, de 9 de abril de 2013, Asiye Genc c. Turquía de 27 de enero de 2015, entre otras).

Por tanto, la conexión entre el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria que actúa como garante de la salud individual y colectiva y el derecho a la vida y la integridad física no puede ser negado, ni puede ser obviado sin más, si atendemos a la obligación de interpretar tanto el art. 15 de la Constitución española como el art. 43 del mismo texto a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos de los que España es parte, siendo uno de los básicos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Ninguna razón jurídica se opone al reconocimiento de esta noción de conexión o de indivisibilidad de los derechos, máxime cuando la jurisprudencia de este Tribunal lo ha hecho ya con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, como se ha apuntado, y con el derecho al medio ambiente (STC 16/2004, de 23 de febrero, en la que se citan, entre otras, la conocida STEDH de 19 de febrero de 1998, asunto López Ostra c. España). Si se ha admitido que ciertos daños ambientales, como el ruido, incluso cuando no pongan en riesgo la salud de las personas, pueden atentar contra el derecho al respeto de su vida privada y familiar, y sin duda atentan contra el derecho a la integridad física y moral cuando «la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas» (STC 16/2004, de 23 de febrero, FJ 4), ninguna razón hay para negar que los riesgos para la salud derivados de una determinada política pública, pueden asimismo afectar al derecho a la integridad física y moral y, eventualmente, al propio y fundamental derecho a la vida de los individuos. El razonamiento es equivalente.

De las anteriores afirmaciones se infiere que la interdicción de afectar por medio de un decreto-ley «a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE» se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud, sin necesidad de entrar a valorar si se trata de un derecho fundamental, un principio rector, un valor de relevancia constitucional o una mera orientación dirigida al legislador. Poco importa cómo se defina o conceptualice el derecho a la salud, porque, por encima de todas esas consideraciones, se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos.

3. La conclusión de los razonamientos que se vienen de exponer es de enunciado sencillo: sea cual fuere la inteligencia que se mantenga del ámbito aplicativo asignado a la cláusula de no «afectación» enunciada en el art. 86.1 CE –bien la estrecha de la Sentencia o la más amplia, acorde con la doctrina tradicional de este Tribunal–, la regulación por una norma de urgencia del derecho a la salud ha de respetar el límite material ahí formulado.

Desde esta básica conclusión, la cuestión que de inmediato es necesario plantear y dar respuesta es de fácil formulación, consistiendo en discernir si el Real Decreto-ley 16/2012 ha observado o no las condiciones que definen la estructura y el contenido normado de las disposiciones legales dictadas con carácter excepcional por el Gobierno, al amparo de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Por lo pronto, no resulta discutible que la estructura de esta norma de urgencia carece de una vocación de regular de forma general el derecho a la salud. Así se deduce, sin

esfuerzo alguno, del simple cómputo de los preceptos objeto de modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que es, sin sombra de duda, la disposición que, con carácter prevalente, contiene el régimen general del derecho consagrado en el art. 43 CE. Pero además de proscribir las ordenaciones generales, la cláusula de «no afectación» también prohíbe las regulaciones de los elementos esenciales de los derechos, prohibición que no ha sido respetada por la norma de urgencia a examen.

Haciendo alarde de un incomprensible desconocimiento de la doctrina de este Tribunal, la exposición de motivos del decreto-ley cuestionado ofrece la prueba más evidente de la transgresión por su contenido normativo de la proscripción de entrar a regular elementos esenciales del derecho protegido por la tan citada cláusula de «no afectación». Sin reparo alguno, en efecto, el preámbulo afirma que «las medidas que se aplican en el presente real decreto-ley tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud...» (penúltimo párrafo, apartado II); esto es, una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud.

Por lo demás, un examen de las concretas modificaciones introducidas por la tan citada norma de urgencia en la ya mencionada Ley 16/2003 corrobora la voluntad del legislador excepcional de alterar algunos de los pilares más estructurales y estructuradores del derecho a la salud. En concreto y, al menos, los tres siguientes: i) el ámbito subjetivo de aplicación de la asistencia sanitaria en España (artículo 1 y disposición transitoria primera); ii) el ámbito objetivo de los servicios del Sistema Nacional de Salud (artículo 2 y disposición transitoria segunda) y iii) la contribución económica de los beneficiarios en el sostenimiento de los medicamentos y productos sanitarios (disposición transitoria tercera).

En atención a las razones expuestas, la Sentencia de la que discrepo debió declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la norma de urgencia reguladores de elementos esenciales del derecho a la salud.

III. Sobre la infracción por el Real Decreto-ley 16/2012 del art. 43 CE en lo relativo a la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia.

1. Como ya he hecho constar, la presente resolución, origen de mi disenso, no estima las quejas sobre las lesiones por el decreto-ley de las garantías que ordenan el poder normativo excepcional ejercitado por el Gobierno. Esta decisión obliga, como no puede ser de otro modo, a examinar y valorar el resto de argumentos de fondo planteados por la parte recurrente.

En relación con este control, mi disenso se centra exclusivamente en la cuestión relativa a la infracción del art. 43 CE llevada a cabo por la norma impugnada a resultas de la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, los extranjeros sin permiso de residencia en España. Esa modificación –y se trata de una constatación necesaria de todo punto para entender el núcleo de mi discrepancia– es claramente regresiva en la medida en que excluye del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita a los citados extranjeros, salvo a los menores y a las mujeres embarazadas y en situación de post-parto y en los supuestos de urgencias médicas.

No estará de más comenzar por recordar que el art. 3.1 a) de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en su versión anterior, remitía al art. 12 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) que, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. La disposición final tercera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, apresta una nueva redacción del art. 12 LOEx, que dispone que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. Por este lado, se ha producido una inversión del

anterior reenvío, debiendo ahora acudir al art. 3 de la Ley 16/2003, que también queda modificada por el Real Decreto-ley 16/2012, en los términos cuyo regularidad constitucional se discute, y que redefine la condición de asegurado.

Esta redefinición pretende lograr que el Sistema Nacional de Salud no asuma la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta bien por sus instituciones de seguridad social en origen (en el caso de los ciudadanos comunitarios), bien por esquemas de seguros privados. Pero dicha redefinición lleva aparejada como consecuencia inmediata la exclusión del Sistema Nacional de Salud de los extranjeros sin permiso de residencia, con la salvedad de las excepciones apuntadas.

Por tanto, la regulación es claramente regresiva y este Tribunal debería haber realizado, tarea que sencillamente elude, un esfuerzo de motivación para explicar las razones que pueden dotar de la obligada cobertura constitucional a la reversibilidad de los ámbitos subjetivo y objetivo de un derecho social ya alcanzado, como acontece con la universalidad del sistema sanitario público. Vale la pena citar aquí una de las primeras Sentencias del Tribunal en la que, refiriéndose a las conquistas de la mujer en materia de derechos laborales, se argumentaba que «dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3).

Cierto es que en el presente caso no estamos ante un supuesto de discriminación por razón de género en el contexto laboral; pero es más cierto que nos encontramos ante una manifiesta expresión de reversibilidad de un derecho social que, como ya he apuntado y de inmediato he de razonar con más detalle, exige un esfuerzo de motivación a la hora de adoptar determinadas medidas normativas. Así se deduce de los tratados internacionales firmados por España que, en virtud del art. 96 CE, forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, algunos de los cuales, precisamente los relativos de derechos humanos, han de actuar como pauta interpretativa obligatoria de los derechos contenidos en el título I CE.

2. La Sentencia de la que discrepo parte de una falacia al afirmar que el art. 43 CE implica un principio de universalidad del derecho a la salud que se asocia al libre y general acceso a las prestaciones sanitarias públicas, pero que no supone la identificación de un acceso universal al sistema de salud pública de forma gratuita o bonificada con cargo a fondos públicos. No es ese el problema suscitado; no se trata de disociar el derecho de acceso al sistema público sanitario de la gratuidad del modelo de prestaciones sanitarias a fin de afirmar que no se está excluyendo a los extranjeros «irregulares» del derecho de acceso al sistema sanitario, porque «apenas» se les está privando de la condición de gratuidad que no forma parte integrante del derecho. Esta condición formará parte o no del derecho a la salud en virtud de una serie de parámetros que la Sentencia no parece tener en cuenta, y que tienen que ver con la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema y no tienen ninguna alternativa de acceder a prestaciones sanitarias básicas vinculadas a la atención primaria.

La cuestión no es si el legislador (en este caso el Gobierno ejerciendo funciones de legislador de urgencia) puede imponer el pago de los servicios sanitarios públicos o no. Desde luego, puede hacerlo y de hecho lo hace también para los españoles a través del mecanismo de copago, sin que a ello obste la redacción del art. 43 CE, que no impone un determinado modelo de prestación pública sanitaria, como bien explica la ponencia. La cuestión es si, una vez previsto un sistema universal y gratuito (sea la gratuidad absoluta o relativa) o de altas bonificaciones públicas de acceso a las prestaciones sanitarias destinadas a asegurar un adecuado derecho a la salud, puede excluirse de ese modelo a determinado colectivo cuyos integrantes deberán pagar por los servicios públicos, como si de un prestador privado de servicios sanitarios se tratase, o deberán dirigirse directamente a un servicio privado de salud. Yendo algo más allá en el razonamiento, el tema esencial,

el que nos coloca de verdad ante el dilema de la constitucionalidad de la medida que aquí se discute, es si la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en un criterio como el origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal, circunstancias éstas que ninguna conexión tienen con la capacidad económica que, al menos a priori, debería ser la condición determinante para exigir o no el pago de determinados servicios.

Para dar respuesta a esta interrogante, la Sentencia expone una argumentación de la que discrepo radicalmente y que acude a la clásica, e inoperante aquí, distinción tripartita en materia de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, remitiéndose a nuestra jurisprudencia previa y en particular al fundamento jurídico 4 de la STC 236/2007. En este pronunciamiento se reconoció que el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a algunos derechos, «pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español», ni «adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4). De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2) y también, aunque con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4).

Partiendo del argumento expuesto, la Sentencia concluye que, «conforme a nuestra doctrina, el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes». El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que «por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español» (FJ 10). Pero, de nuevo, obvia que el fundamento jurídico 4 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, afirma que «la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

De este modo, puede calificarse de inconcluso el razonamiento de la Sentencia. Pudiendo estar eventualmente de acuerdo con la idea de que es posible establecer restricciones y limitaciones a las condiciones de ejercicio por los extranjeros de algunos derechos, entre ellos el derecho a la salud, en su vertiente del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, la cuestión pendiente y no resuelta adecuadamente por nuestra jurisprudencia previa es discernir si la limitación del derecho en cuestión, en este caso la que se establece en el Decreto-ley 16/2012, es constitucionalmente admisible.

Y en esa determinación no ayuda, sino que confunde, la idea presente en la STC 236/2007 y repetida hasta la saciedad después, de que cabe una gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana (art. 10 CE) que justifica la mayor o menor injerencia legal en los mismos; en particular cuando se trata de configurar su titularidad por parte de los extranjeros. Esa gradación es sencillamente imposible y no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones. Y es que para determinar si la exclusión de los inmigrantes sin permiso de residencia del sistema público sanitario es compatible con el reconocimiento del derecho a la salud, resulta más razonable admitir que, pudiendo introducirse límites al ejercicio de los derechos, es preciso que los mismos estén previstos en ley, sean

necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen, tal y como se apunta en el fundamento jurídico 4 de la STC 236/2007, y en la línea del canon a que somete el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las medidas limitativas de derechos sujetas a su supervisión.

3. Puede aceptarse que, en el caso a examen, los límites al ejercicio del derecho están previstos en la ley, entendida en sentido amplio y sin perjuicio de las observaciones realizadas en relación con la improcedencia del decreto-ley para regular la materia. Y también pueden entenderse esas restricciones como necesarias en una sociedad democrática, ya que la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario es un obligado presupuesto para la existencia de ese sistema. Ahora bien, el elemento ausente consiste en que los límites impuestos, la exclusión declarada, no es proporcional al fin que se dice perseguido, que remite a la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario.

En primer término porque a la medida le falta la mínima coherencia con la finalidad pretendida, o al menos declarada, que es garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye. Quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí está previsto independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario. En el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5, el Pleno del Tribunal Constitucional reconoció esta posibilidad, así como la dificultad de cuantificar en términos económicos los perjuicios asociados al mantenimiento de los extranjeros «irregulares» en el marco del sistema público sanitario. Esta idea abunda en nuestro argumento: si no fue posible para el Estado, representado en el procedimiento incidental que resolvió el ATC 239/2012, cuantificar el perjuicio económico derivado del hecho de que la Comunidad Autónoma del País Vasco mantuviera a los extranjeros sin permiso de residencia en el sistema de salud ¿cómo puede calificarse la medida de exclusión coherente y proporcionada con la finalidad de estabilidad financiera del modelo de prestación sanitaria pública? Es sencillamente imposible y el argumento de la Sentencia se basa en un simple voluntarismo o, si se prefiere, en un acto de fe con las afirmaciones proclamadas por el legislador de urgencia.

Además, la medida normativa cuya constitucionalidad se cuestiona deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física. Quizá ese riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede contrastarse a posteriori, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible.

Es en este punto donde conviene recordar las obligaciones positivas de los Estados derivadas del art. 2 del Convenio de Roma. El Tribunal de Estrasburgo viene manifestando de manera tan reiterada como constante –y esta Sentencia parece olvidarlo– que el mencionado pasaje del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales insta a los Estados firmantes no sólo a abstenerse de provocar la muerte de manera intencional e ilegalmente, sino que además les obliga a tomar medidas apropiadas para salvaguardar el derecho a la vida de las personas que se sitúan bajo su jurisdicción, por lo que no puede excluirse que actos y omisiones de las autoridades en el ámbito de la política de salud puedan, en ciertas circunstancias, comprometer su responsabilidad conforme al artículo 2 (entre otras, las SSTEDH Powell c. Reino Unido, 4 de mayo de 2000, y Nitecki c. Polonia de 21 de marzo de 2002). En consecuencia, la decisión de excluir a determinado colectivo del sistema de prestaciones sanitarias gratuitas, aunque resulte una opción posible dentro de la determinación de la política nacional de salud y por justificado que pueda estar desde el ámbito de la eficiencia económica del modelo, puede comprometer la responsabilidad del Estado conforme

al art. 2 CEDH en los términos descritos. Un informe del año 2011 de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union européenne/ Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States) ha puesto de relieve los riesgos reales de la exclusión y su impacto en los derechos a la vida y la integridad física de las personas migrantes.

Por otra parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales, encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta Social Europea (vigente en España desde su publicación en el BOE de 26 de junio de 1980), en las Conclusiones XX-2 referidas a España y datadas en noviembre del año 2014, al hilo de su valoración del Real Decreto-ley 16/2012, recuerda al Estado español cuáles son sus obligaciones positivas en relación con el acceso a la salud de los inmigrantes cualquiera que sea su estatuto jurídico, y apunta que la exclusión de los adultos extranjeros «irregulares» del sistema sanitario podría ser contrario al art. 11 de la Carta revisada de 1996.

Un argumento adicional debe ser expuesto. Aceptando con un propósito puramente dialéctico que la decisión de excluir a todos los extranjeros sin permiso de residencia del sistema público sanitario, independientemente de su capacidad individual para procurarse una asistencia sanitaria básica, responde a una finalidad legítima y es proporcional a la consecución de tal finalidad, hubiera sido exigible que el legislador –en este caso el Gobierno que se atribuye la potestad legislativa– hubiera aportado una motivación reforzada en sustento de la asunción de la medida en liza. Y ello, por tratarse de una medida regresiva a la que es aplicable la doctrina del Comité del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales que, en su condición de órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto, del que es parte España y que es norma vigente de nuestro ordenamiento desde su publicación en el BOE de 30 de abril de 1977, ha señalado, en su observación núm. 14, la necesidad de que los Estados aporten una justificación de las medidas regresivas. Lo hace en los siguientes términos: «§ 32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte». Ninguna justificación de este tipo concurre en este caso, de modo que el Gobierno ha contravenido de manera manifiesta la doctrina predicable de un tratado internacional del que es parte, doctrina que se proyecta sobre la interpretación del art. 43 CE. Desatendiendo los dictados del tratado, se desatienden los límites que se oponen a la injerencia en el precepto constitucional.

Por lo demás, y no es lo de menos, no es aceptable el argumento, esgrimido también en la Sentencia, de que el «acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos ya estaba vinculado, en la regulación anterior, a una determinada situación jurídica, como era la inscripción en el padrón del municipio de residencia» (FJ 10). La situación contemplada no era excluyente del ejercicio del derecho, con independencia de que algunas prácticas administrativas inadecuadas impidiesen el acceso de los extranjeros a la inscripción en el padrón, fuera cual fuera su situación administrativa. La inscripción en el padrón se conformaba como mero requisito formal, preordenado a la mejor gestión y organización de los servicios sanitarios públicos, pero no como una condición de ejercicio del derecho.

Por último, no estará de más recordar que el art. 10. 2 CE es un mandato de ajuste mínimo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos que no debe servir de argumento para no expandir más allá el alcance de los derechos, o para justificar una reversión en el estándar de protección de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. El art. 10.2 CE confiere una base de mínimos a partir de la cual los poderes públicos pueden elevar el estándar de protección constitucional de los derechos fundamentales. Pero lo que no es razonable es que la reducción de los estándares de

garantía pretenda fundamentarse con la cobertura del art. 10.2 CE. Que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos no impongan una serie de medidas positivas a los Estados en un ámbito, no justifica la reducción de los estándares internos para ajustarse a los mínimos internacionales.

Por este conjunto de razones, entiendo que la Sentencia debió declarar la inconstitucional y nulidad del art. 3 ter de la Ley 16/2003, en la redacción establecida por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Adela Asua Batarrita.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo, que considero que hubiera debido ser parcialmente estimatorio.

1. Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley por vulneración del art. 86.1 CE, ya que la urgencia y extraordinaria necesidad invocadas para su promulgación no justifica la exclusión de la asistencia sanitaria de determinados colectivos.

A mi juicio, hubiera debido estimarse la impugnación relativa al art.1.1 y, por conexión, la del art. 1.2, la de la disposición transitoria primera y la de la disposición final tercera, pues considero que, en relación con estos preceptos, no existe la debida conexión de sentido entre la situación de urgencia que, según el Gobierno, justifica dictar el Decreto-ley y las medidas que los referidos preceptos establecen. Por este motivo, respecto de los preceptos indicados, no puede, a mi juicio, considerarse que concurra la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE para que el Gobierno pueda dictar este tipo de normas.

El art. 1.1 tiene como objeto modificar el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y efectuar una nueva regulación de la condición de asegurado. Esta nueva regulación determina que queden excluidos de la asistencia sanitaria prestada con fondos públicos por el Sistema Nacional de Salud los extranjeros en situación de irregularidad migratoria (salvo que sean menores de edad o si son mayores edad la asistencia sanitaria sea urgente o sea asistencia durante el embarazo, parto o postparto) y los españoles y extranjeros que residan legalmente en España que no tengan la condición de asegurado o beneficiarios –por no encontrarse en ningún de los supuestos que según el artículo 3.2 de esta norma determinan esta condición– y cuenten con unos ingresos anuales superiores a 100.000 € (Real Decreto 1192/2012 en relación con el nuevo art. 3.3 de la Ley 16/2003).

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia considera que esta nueva definición de la condición de asegurados y beneficiario del Sistema Nacional de Salud y la consiguiente exclusión de los colectivos a los que se acaba de hacer referencia de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos es una medida adecuada para hacer frente a la situación de urgencia y necesidad en la que el Gobierno justifica el dictar el Real Decreto-ley, al apreciar que esta regulación tiene como finalidad «concretar, en aras al ahorro de costes y a la mejora de la eficacia del sistema, los sujetos que tienen la condición de asegurados del Sistema Nacional de Salud». Por ello se sostiene que existe «la conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad».

Como he adelantado no comparto esta conclusión. A mi juicio, en este caso para considerar que existe la conexión de sentido entre la medida adoptada y la situación de urgencia que legitima su adopción no basta con apreciar que a través de la misma se pueden reducir gastos, pues las razones por las que el Gobierno ha considerado «imprescindible regular, sin más demora la condición de asegurado» no es que la asunción del coste de la asistencia sanitaria que se presta a esos colectivos no puede ser asumida por el sistema, dadas las dificultades económicas por las que atraviesa, sino que se invocan razones muy distintas. Estas razones, según el preámbulo del Real Decreto-ley impugnado, son, por una parte, que el Tribunal de Cuentas ha puesto «de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios». Junto a ello se alude a los problemas suscitados en relación con el reconocimiento del derecho de asistencia sanitaria a ciudadanos de la Unión Europea. Según se afirma, las Comunidades Autónomas «han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea que reclama la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato» y también se hace referencia a los problemas que suscita la aplicación del régimen comunitario de compensación sanitaria. Por todo ello, según se afirma en el preámbulo del Real Decreto-ley, «[s]e impone ... una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país» (apartados II y III del preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012).

Y razones muy similares fueron las aducidas por la ministra en el debate de convalidación del Real Decreto-ley ahora impugnado en las que, como se recoge en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia, se hace expresa referencia a la necesidad de evitar el llamado «turismo sanitario».

De ahí que para que pueda apreciarse la necesaria conexión de sentido entre la medida adoptada –la definición de la condición de asegurado y beneficiario– y la situación de urgencia que la justifican –evitar el llamado «turismo sanitario» y que el Sistema Nacional de Salud tenga que asumir el coste de la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta en sus países de origen– sería preciso que mediante la nueva regulación de la condición de usuario que el art. 1.1 del Real Decreto 16/2012 efectúa pudieran solventarse alguno de estos problemas. Sin embargo, la reforma que lleva a cabo este concreto precepto (el art. 1.1) no establece ninguna previsión sobre tales extremos, pues no adopta ninguna medida que esté destinada a cumplir ninguna de esas finalidades. La única medida que se deriva de la nueva regulación es la exclusión de los dos colectivos anteriormente señalados [los extranjeros en situación de irregularidad migratoria y la de aquellos españoles o extranjeros que residen legalmente en España que, por no encontrarse en ninguna de las circunstancias que prevé el nuevo art. 3.2 de la Ley 16/2003, no tienen la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud y superan el límite de ingresos que reglamentariamente se establezca (actualmente 100.000 €)] y, como es evidente, esta medida no es adecuada para corregir ni los problemas originados por el «turismo sanitario» ni soluciona los problemas que pueden plantear la asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios, pues los asistencia sanitaria que se prestaba a los colectivos ahora excluidos no planteaba ninguno de esos problemas.

Por todo ello considero que, aunque el presente caso el Gobierno justifique la adopción de este Real Decreto-ley en la graves dificultades económicas por las que atraviesa el Sistema Nacional de Salud, esta justificación de carácter general de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que le legitima para adoptar esta norma no permite entender que la exclusión de los referidos colectivos de la asistencia sanitaria prestada

con fondos públicos sea una medida que, aunque pueda conllevar un ahorro económico para el Sistema Nacional de Salud, tenga conexión de sentido con la situación de urgencia declarada. Ha de tenerse cuenta que, en este caso, el Gobierno no solo no ha alegado que las razones que le llevan a modificar la condición de asegurado sea reducir gastos, sino que, lo que a estos efectos es más importante, ha fundamentado este cambio normativo en una medidas completamente distintas y que nada tienen que ver con el coste económico que la prestación sanitaria a los colectivos excluidos tienen para el sistema. Por ello, la nueva regulación de la condición de asegurado, al no adecuarse a los fines que según el propio Gobierno ha de cumplir esta regulación –ni tiende a evitar el turismo sanitario ni corrige los problemas que pueda suscitar la prestación de asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios– carece de la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida.

La circunstancia de que la medida adoptada, al contribuir «al ahorro de costes y a la mejora de la eficiencia del Sistema» puede coadyuvar a la consecución de los fines genéricos que justifican la adopción de este Real Decreto-ley, que es la razón en la que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia justifica que se cumple el requisito de la conexión de sentido, no es, en mi opinión, argumento bastante para considerar cumplida la referida exigencia. El juicio que a estos efectos realice este Tribunal no puede sustituir, como se ha afirmado reiteradamente, el juicio político del Gobierno, y en este caso el Gobierno ha declarado que la finalidad pretendida con la modificación del régimen jurídico que regula condición de asegurado del sistema de seguridad social era solventar unos problemas que la regulación de la condición de asegurado que establece este Real Decreto-ley no entra a resolver.

Por todo ello considero que hubiera debido declararse la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, por el que se modifica el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y, además, por conexión, la del art. 1.2, la de la disposición transitoria primera y la de la disposición final tercera que modifica el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La declaración de nulidad de esta disposición final, aunque no la solicita el Parlamento recurrente, hubiera sido esencial para no crear un vacío jurídico en relación con los derechos a la asistencia sanitaria de los extranjeros, que hubiera conllevado la declaración de inconstitucionalidad del referido precepto si mi tesis hubiera prosperado. Debe tenerse en cuenta que si se hubiera anulado el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, no se llevaría a cabo la modificación del art. 3 de la ley 16/2003 y, en consecuencia «reviviría» la redacción anterior de esta norma que reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en los términos establecidos en el art. 12 de la Ley de extranjería; precepto que, antes de su modificación por la disposición final 3 de este Decreto-ley, establecía que tenían derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros inscritos en el padrón municipal. Por ello, al existir una clara conexión entre el art. 1.1 y la disposición final tercera de este Decreto-ley (conexión que se reconoce expresamente en el apartado III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley) hubiera habido que declarar inconstitucional también la referida disposición final.

Agotado así el razonamiento formal, me interesa ahora subrayar, finalmente, que el Real Decreto-ley, como medida legislativa de carácter excepcional, está sujeto no solo al control jurídico por parte de este Tribunal, sino, muy señaladamente, al control político por parte del Parlamento, a quien corresponde su convalidación, y de la opinión pública. Por esto resulta esencial que el Gobierno exprese correctamente la situación de extraordinaria y urgente necesidad en que funda la necesidad de su intervención como legislador extraordinario. No es aceptable, especialmente ante medidas de la importancia de la que he venido enunciando, una desviación en la expresión de la urgencia alegada respecto de la que hipotéticamente podría justificar una medida de tal naturaleza. Este defecto, calificado tradicionalmente en el lenguaje propio del Tribunal como «falta de conexión de sentido», tiene, en este caso, un significado cuya especial importancia salta a la vista.

2. Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley por vulneración del art. 43 CE, ya que resulta desproporcionado privar del derecho a la protección de la salud a los extranjeros en situación de irregularidad migratoria.

El segundo motivo que considero que debería haber llevado a estimar el recurso de inconstitucionalidad, en lo relativo a la completa privación de la asistencia sanitaria al colectivo de extranjeros en situación de irregularidad migratoria –con las excepciones ya reiteradas de la asistencia en casos de minoría de edad, atención de urgencia y en situación de embarazo, parto y postparto–, es que esta modificación legislativa vulnera el art. 43 CE, por suponer un sacrificio desproporcionado del derecho a la protección de la salud de este colectivo.

Las razones por las que discrepo con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia sobre este particular son enteramente coincidentes con las expuestas en el apartado «III. Sobre la infracción por el Real Decreto-ley 16/2012 del art. 43 CE en lo relativo a la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia» del Voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que me adhiero.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.