

A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Fábio da Costa Batista Gomes¹, Danilo de Souza Rodrigues², Fernanda Franklin Seixas Arakaki³, Andréia Almeida Mendes⁴, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira⁵

¹ Graduando em Direito, FACIG, fabiocbg1@hotmail.com

² Graduando em Direito, FACIG, danilo.s.rodrigues@hotmail.com

³ Mestre em Hermenêutica Constitucional, Teoria e Filosofia do Direito, professora da FACIG, fernandafs@sempre.facig.edu.br

⁴ Doutora e Mestre em Linguística pela UFMG, graduada em Letras, professora da FACIG, andreialetras@yahoo.com.br

⁵ Mestre em Direito Empresarial, coordenador e professor do curso de direito da FACIG, leonidasmansur@yahoo.com

Resumo- O presente artigo tem como tema central a avaliação da crescente demanda judicial para o exercício de direitos fundamentais voltados à saúde em face da invocação da Teoria da Reserva do Possível pelo Estado, objetivando frear a demanda de medicamentos e a assistência à saúde para hipossuficientes, se justificando por meio da impossibilidade de atendimento às reivindicações em massa. Para tanto, realizou-se uma pesquisa de revisão bibliográfica tendo por base referências já analisadas e publicadas, além de dados quantitativos para vislumbrar materialmente a realidade.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde; Reserva do Possível; Direitos Fundamentais.

Área do Conhecimento: Ciências Sociais Aplicadas

1 INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o acréscimo expresso das garantias individuais para sua efetivação, esses mecanismos de amparo ao indivíduo que antes estavam modestos em normas anteriores passaram a ter grande força normativa.

Desde a última década, o tema “judicialização das políticas de saúde” vem intensificando embates entre as esferas do Poder e, conseqüentemente, atraindo ainda mais a atenção de pensadores do Direito. Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, e da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, já demonstrando com essa atitude grande alerta sobre o assunto.

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma análise sobre o tema, traçando uma linha expositiva que evidencie o direito público à saúde, o crescente número de demandas e gastos estatais por conta da judicialização e os parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário no deferimento de prestações referentes à saúde. Além disso, também será esclarecido a Teoria da Reserva do Possível, sempre com observância à realidade brasileira e ao princípio da proporcionalidade.

2 METODOLOGIA

Utilizou-se uma abordagem qualitativa, com vista a dar amparo nas informações apresentadas. O artigo baseia-se em revisões bibliográficas, uma vez que se levantaram referências já analisadas e publicadas, além de dados quantitativos para vislumbrar materialmente a realidade.

Quanto às metas, abordou-se a pesquisa explicativa, que extrai os pontos determinantes ou que interferem na ocorrência dos fenômenos.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Os entendimentos jurisprudenciais no Brasil se consolidam no sentido de que o Estado pode ser obrigado a aplicar políticas públicas sanitárias em favor de particulares, em razão de a saúde se caracterizar como um direito público subjetivo a prestações materiais, em amparo a interpretação dada à Constituição Federal.

Segundo Magalhães (2016, *online*), conforme se depreende da leitura dos artigos 196 a 200 da CF, “não resta dúvida acerca do caráter público do direito à saúde, cuja garantia passou a ser dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, da CF).

Nesse contexto, em contrapartida ao dever estatal de promoção e proteção da saúde, consolidou-se a tese do direito à saúde como direito fundamental social, ao qual se aplica a garantia do §1º, do art. 5º, da CF, segundo a qual normas de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata.

Assim, o direito à saúde passou a ser considerado não somente um direito negativo (que veda interferências indevidas do Estado ou de particulares sobre a esfera jurídica do titular), ou como um direito a prestações em sentido amplo (como, p. ex., organização e regulamentação de um sistema público de saúde), mas também como direito público subjetivo a prestações materiais.

Ou seja, para evitar que o direito à saúde fosse resumido a mera recomendação política proclamada na Constituição, ele foi concebido como fundamento de “posições jurídico-subjetivas concernentes à exigibilidade das mais variadas prestações, inclusive pela via judicial” (FIGUEIREDO, 2014, p. 43).

4 A EXACERBADA HIPERTROFIA NO NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS

Como o ordenamento jurídico em sua interpretação infraconstitucional possibilitou tal entendimento majoritário, os litígios relacionados ao assunto cresceram aceleradamente.

Conforme pesquisa extraída do site do Instituto de Estudos Sociais (INESC), em dezembro de 2016, as despesas da saúde com judicialização de medicamentos haviam crescido mais de 1.000 % em 8 anos. A autora da pesquisa David (2016, p.24), afirma que “como o crescimento real do orçamento de medicamentos dentro do Ministério da Saúde foi de cerca de 74% entre 2008 e 2015, bem abaixo dos 1.006% de crescimentos dos gastos com a judicialização dos medicamentos; assim, pode-se afirmar que os demais componentes previstos pela assistência farmacêutica estão tendo menos recursos, o que afeta as populações mais pobres, que já lidam com a escassez de medicamentos gratuitos e não possuem recursos nem informação para ingressar com suas demandas judicialmente.

Ainda nesse estudo:

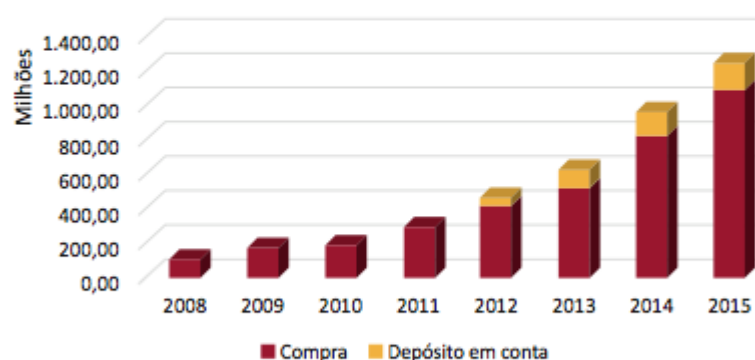
Como os gastos com a judicialização de medicamentos não constam nem nos planos anuais de saúde nem nas Leis Orçamentárias Anuais (LOA), seu pagamento deve ser efetuado retirando-se recursos dos componentes existentes. Por intermédio dos Relatórios Anuais de Gestão (RAG), foi observado que geralmente isso ocorre por meio da Ação 4705 (Ceaf - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica) do Plano Plurianual (PPA). Isso se reflete no aumento exponencial dos gastos com o componente Ceaf, uma vez que, se fosse excluída a judicialização, não haveria necessidade de ampliar tanto o orçamento desse componente, por não existir uma variação tão grande do número de pacientes portadores das doenças que esse componente atende, como é o caso de doenças raras, artrite reumatoide e alguns casos de hepatites (DAVID, 2016, p. 25).

Além disso, expõe ainda a autora que, mesmo com a maximização orçamentária do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, a reivindicação por medicamentos foi demasiadamente maior:

Em anos recentes, já prevendo as demandas judiciais, o Ministério da Saúde alega ter ‘hiperinflado’ a dotação orçamentária para o Ceaf (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica). Porém, quando avaliamos as Leis Orçamentárias Anuais (LOA), a dotação inicial desse componente saiu de R\$ 4.540.509.000 em 2008, chegando a R\$ 6.040.371.000 em 2015, o que representa um aumento de 71%, porcentagem muito inferior à do crescimento das demandas judiciais (1.006%). Além disso, nem mesmo a soma do crescimento das despesas de todos os componentes consegue acompanhar o crescimento dos gastos com demanda judicial (DAVID, 2016, p. 25).

Para elucidar melhor tamanha discrepância entre o orçamento de medicamentos do Ministério da Saúde e os reais gastos, a própria pesquisa elaborou gráficos que constata a crescente demanda de 2008 até 2015:

Gráfico 20: Orçamento de Medicamentos do Ministério da Saúde – Despesas totais com demandas judiciais, de 2008 a 2015

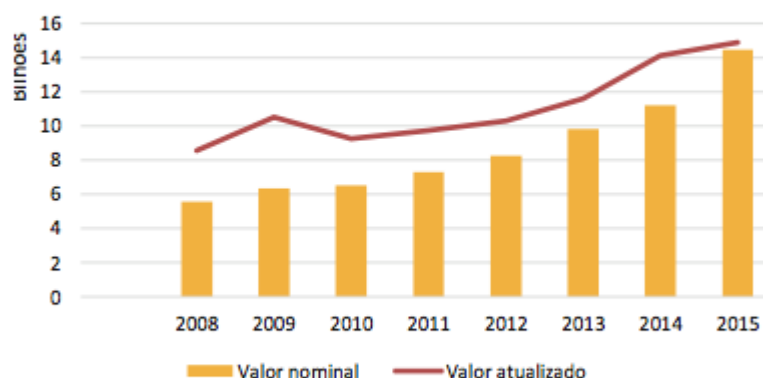


Fonte: SCTIE e FNS.

Elaboração própria.

* Valores atualizados pelo IPCA com valores de março de 2016.

Gráfico 4: Evolução orçamentária dos gastos com medicamentos no Ministério da Saúde, de 2008 a 2015



Fonte: Fundo Nacional de Saúde (FNS) e RAG.

* Valores atualizados pelo IPCA – março de 2016.

Elaboração própria.

Ainda que os dados não deixem dúvidas sobre uma maior exigência da população em relação aos seus direitos por meio da judicialização da saúde, existem aqueles excluídos que, por falta de recursos e de informação sobre meios para acessar gratuitamente a justiça, deixam de fazê-lo.

5 NOVOS PARÂMETROS A SEREM SEGUIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO NO DEFERIMENTO DE PRESTAÇÕES REFERENTES À SAÚDE

Para diminuir o desperdício com o dinheiro público, bem como tentar estabelecer uma padronização das decisões, em 2010, o CNJ já publicava recomendações como a Recomendação nº 31, que sugeria aos Tribunais a adoção de medidas como a exigência de relatórios médicos específicos, evitar autorizar a concessão de medicamentos não registrados pela ANVISA, ouvir gestores públicos antes de acatar medidas de urgência e instituir o direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira de magistratura.

Recentemente, no dia 26 de abril de 2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) incidiu sobre o Recurso Especial 1.657.156, da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos afetando diretamente na “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”. Na ocasião, foi determinada nos termos do art. 1.037, II, do Código de Processo Civil (CPC), a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos que versem sobre o tema.

Segundo Oliveira (2017):

A suspensão dos processos em que se discute a entrega de medicamentos não contemplados na lista do SUS (Portaria 2.982/2009) em um primeiro momento causa preocupação, tendo em vista, o grande número de ações neste sentido que todos os dias aportam no Judiciário e a possibilidade de milhares de pessoas deixarem de receber medicamentos essenciais.

Entretanto, os casos que reclamam urgência no atendimento não ficarão desassistidos. O CPC dispõe de instrumentos capazes de assegurar ao paciente grave o acesso aos medicamentos de que necessita, ainda que o processo esteja suspenso (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

Outrossim, tal decisão incide apenas na portaria do Ministério da Saúde, não se vinculando às demais normas utilizadas pelo SUS em outros setores auxiliares:

Noutro norte, a decisão do STJ se limita a discutir os medicamentos que não estão contemplados pela Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde. Porém, há diversas outras normas que tratam de medicamentos fornecidos pelo SUS em outros pontos de assistência (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

6 ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A denominada ‘Teoria da reserva do possível’, surgiu na Alemanha no dia 18 de Julho de 1972, dia em que a Suprema Corte Alemã julgava o caso de alguns estudantes que após tentarem ingressar em uma Universidade pública, não obtiveram êxito. Eles discutiam acerca da limitação de vagas nas Universidades públicas Alemãs. A pretensão dos estudantes teve como fundamento o artigo 12 da Constituição Federal Alemã, ao qual dispõe: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. O Tribunal Alemão inovou e invocou a Teoria da Reserva do Possível, fazendo com que para que se possa pleitear ou exigir algo em relação ao Estado é necessário que o pedido seja razoável. Segundo Sarlet (2003), assim entendeu a Suprema Corte Alemã:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. .. (Ingo Wolfgang Sarlet, 2003, p. 265).

O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

7 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

No Brasil, essa teoria acabou sendo relativamente distorcida e não sendo atrelada à ideia da razoabilidade de pretensão, mas sim na falta de recursos financeiros, a fim de afastar a responsabilidade do Estado na efetivação de direitos fundamentais indisponíveis, tal como à saúde.

Em decorrência dessa equivocada concepção, a teoria da reserva do possível tem sido extremamente criticada. Existe quem entenda que o argumento do Estado em relação à ausência da disponibilidade de recursos financeiros não pode ser aceito, uma vez que incumbe ao Estado programar a efetivação dos direitos sociais, especialmente aqueles positivados na própria Constituição Federal. Como o artigo 196 da Constituição Federal que diz: “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”. Canotilho (2004) é um crítico da concepção da teoria da reserva do possível adotada no Brasil, e a respeito do tema, ele assevera que:

[...] Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (CANOTILHO, 2004, p. 481).

Há, porém, quem entenda que o argumento pode ser aceito em algumas hipóteses específicas, pois não há como negar que os recursos do Poder Público são limitados, em *contrário sensu*, as demandas dos indivíduos são ilimitadas, devendo ser alocadas aos recursos financeiros existentes, dentro dos limites do que é possível. Nesse ínterim, Barcellos (2011) diz:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas (BARCELLOS, 2011, p. 276).

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em afastar esse argumento da Teoria da Reserva do Possível quando o direito negligenciado pelo Estado e reivindicado pelo indivíduo integra o rol do mínimo existencial. Como se pode perceber no trecho da sentença do Ministro Celso de Mello (2011):

[...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (MELLO, 2011, p. 12).

O mínimo existencial, citado pelo Ministro Celso de Mello, faz referência aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível viver com dignidade, mais especificamente aos direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição Federal como o trabalho, alimentação, educação e, principalmente, a saúde, estes tidos como fundamentais em um rol não exaustivo. Além disso, é um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, fazendo referência ao direito positivo, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos, consagrados pela Doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III da CF/88.

8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal do Brasil, tida como a norma suprema no ordenamento jurídico pátrio, é amplamente conhecida pelo seu caráter humanitário, ao ter entre os seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III), ao colocar como objetivos a construção de uma sociedade

livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (Art. 3º, I, II, III, IV). O Poder Público, não pode eximir-se de prestar auxílio a seus cidadãos, principalmente os hipossuficientes, seja pela via fática da teoria da reserva do possível (insuficiência de recursos), seja pela via jurídica (imprevisão orçamentária), quando o pedido for razoável e em consonância com o ordenamento jurídico, como é o caso da saúde, que, segundo a Constituição Federal, é direito de todos e deve ser garantida pelo Estado por meio de políticas sociais e financeiras, artigo 196.

A judicialização das políticas de saúde não é uma exceção ao princípio da tripartição de poderes, sendo dever do Poder Judiciário tutelar os direitos subjetivos. A imprevisão orçamentária não pode ser impedimento ao reconhecimento judicial de direitos públicos em matéria de saúde, ainda que de cunho subjetivo. E a responsabilidade de prestar assistência à saúde é solidária entre os entes federativos, conforme reafirmou o Supremo Tribunal Federal em decisão tomada na análise de Recurso Extraordinário (RE) 855178, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

Por fim, vale ressaltar que tal abrangência das obrigações do Estado devem se pautar pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por isso, caso o litigante tenha condições financeiras de arcar com os custos que assegurem sua saúde sem prejuízo de suas necessidades básicas, tal atribuição não será delegada ao Poder Público. Para tal dilema sobre quando essa situação ocorrerá é que impera o Poder Judiciário, ponderando e julgando tais conflitos.

9 REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Intervenção Judicial na saúde pública**. Brasília: AGU, 2013. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 9, n. 34, p. 11-43, abr./jun. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

DAVID, Grazielle. **Despesas da saúde com judicialização de medicamentos crescem mais de 1000% em oito anos**. Publicado em 12/12/2016. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2016/dezembro/despesas-da-saude-com-judicializacao-de-medicamentos-crescem-mais-de-1.000-em-oito-anos>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida no ARE 639337 AGR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: MELLO, Celso de. Julgamento: 23/08/2011, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acessado em 08/10/2017

OLIVEIRA, Edmar. **STJ suspende processos que tratam do fornecimento de medicamentos pelo Estado**. Publicado em 05/2017. Disponível em: <https://advedmar.jusbrasil.com.br/noticias/459376935/stj-suspende-processos-que-tratam-do-fornecimento-de-medicamentos-pelo-estado>

OLIVEIRA MAGALHÃES, Mauro. O conceito de direito subjetivo aplicado ao direito à saúde. **Revista Jus Navigandi**. Publicado em 02/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46866/o-conceito-de-direito-subjetivo-aplicado-ao-direito-a-saude>

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da**

Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 184-203, jul./dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível**: Origem, conceito e ordens. Publicado em 03/2015. Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>