

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DESTA POLÍTICA PÚBLICA

Fabício da Silva Costa¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal verificar se pode o Estado deixar de garantir a promoção do direito à saúde, devidamente estabelecido na Constituição Federal de 1988 por escassez de recursos financeiros, e observar como deve se posicionar o Poder Judiciário nas lides desta natureza. Este artigo analisa o surgimento dos direitos sociais, de segunda geração, a previsão constitucional do direito à saúde, investiga o surgimento das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e faz exame da jurisprudência acerca do assunto no Supremo Tribunal Federal - STF. Realizou-se pesquisa bibliográfica a partir do estudo de artigos científicos divulgados no meio eletrônico, das leis pertinentes e das decisões do STF acerca da matéria. Concluiu-se que o Ente Público não pode apenas alegar a falta de orçamento para não propiciar o acesso ao direito à saúde e que o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões deve utilizar-se de razoabilidade, proporcionalidade e bom senso, examinando caso por caso, para privilegiar o direito à saúde, sem, entretanto, ferir as demais políticas públicas, em virtude da excessiva judicialização da saúde, que também pode ser prejudicial à população.

Palavras-chaves: Direito à saúde – Reserva do Possível – Mínimo Existencial - Razoabilidade

Introdução

O objetivo principal do presente trabalho consiste em analisar o direito à saúde, garantia fundamental prevista na Constituição Federal e as discussões que envolvem a sua efetiva aplicação, considerando o grande volume de ações judiciais envolvendo a questão que estão, atualmente, tramitando nos Tribunais brasileiros.

O Estado pode deixar de assegurar o direito à saúde sobre o argumento de escassez de recursos? Seria o direito à saúde um direito absoluto ou se restringe por questões orçamentárias? Como deve se posicionar o Poder Judiciário no enfrentamento dessa divergência?

¹ Aluno do 8º módulo do curso de Gestão Pública da Faculdade de Minas Gerais – FAMIG.

Quando se estuda o direito à saúde, observa as características da universalidade e igualdade de tratamento. A saúde é um direito de todos e é dever do Estado garanti-lo através de políticas públicas sociais e econômicas para reduzir o risco de doença, proporcionando acesso igualitário e universal às ações e serviços que visam a sua proteção, promoção e recuperação, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Os entes públicos, por sua vez, alegam carência de recursos financeiros, abrindo espaço para discussões, inclusive no poder judiciário, acerca da melhor interpretação deste direito fundamental. Surgem as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, para defender cada um dos lados desta disputa judicial.

Ribeiro (2011), ao discorrer sobre o assunto, informa:

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado que deve garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas para reduzir o risco de doença, proporcionando, ainda, o chamado acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação. Inobstante a Constituição Cidadã preceitue tal garantia de forma expressa, exsurtem nos tribunais e doutrina pátrias questionamentos acerca da matéria, no que tange à sua compatibilidade com o denominado princípio da reserva do possível. Em razão disso, há um aparente conflito entre o princípio da legalidade e o direito à saúde.

Busca-se, então, neste presente trabalho, analisar, brevemente, o surgimento do direito à saúde; examinar em que consistem essas duas teorias: reserva do possível e mínimo existencial; observar a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal - STF diante do conflito instaurado e verificar, se possível, a melhor solução para esta celeuma.

Nesse sentido, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise de artigos científicos divulgados no meio eletrônico, além do exame da jurisprudência dos tribunais brasileiros e da legislação acerca do tema.

Desenvolvimento

O direito à saúde emergiu junto com os direitos sociais oriundos de uma nova perspectiva estatal que começou a ser construída no início do século XX, influenciada pela Primeira Guerra Mundial, pela Revolução Russa e pela Segunda

Revolução Industrial. Essa nova perspectiva estatal surgiu com o paradigma do “Estado Social de Direito” ou “Estado do Bem-Estar Social”, o qual veio rompendo com o abstencionismo do Estado liberalista. Esse (Estado Social), através das pressões dos movimentos sociais, agora tem caráter intervencionista e social, e tais mudanças trouxeram transformações expressivas na vida em sociedade. Surgiram os direitos chamados de segunda geração que exigiam uma postura positiva do Estado para atender os anseios da população. (NUNES, 2005, p. 27-30)

Segundo Cunha Junior (2009), a base legal inicial de tais direitos é a Constituição do México de 1917 e a Constituição Russa de 1918. Porém, a primeira que efetivamente atestou a existência deles foi a Constituição da República de Weimar, de 1919.

Melo (2016) informa que, no Brasil, a Constituição de 1934, sob o governo de Getúlio Vargas, inaugurou os direitos de segunda geração nas terras tupiniquins e, mesmo sob o regime militar, não houve retrocesso em relação ao direito à saúde, já adquirido.

A Constituição Democrática de 1988 não ficou de fora e previu diversos dispositivos acerca do direito à saúde, que continua com o status de direito social constitucional, sendo considerado, segundo o artigo 196 da CF, direito de todos e dever do Estado, o qual é garantido mediante a existência de políticas sociais e econômicas que busquem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação.

No artigo 6º, é estabelecida a saúde como um direito fundamental e social. Já no 7º, existem dois incisos disciplinando a saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o XXII, que aponta a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Os artigos 23, e 24, por sua vez, retratam das competências comum e concorrente que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios possuem de assegurar a prestação à saúde e de legislar sobre a sua defesa.

Vale ressaltar, ainda, o artigo 34, inciso VII, alínea “e” e 35, inciso III que permitem a intervenção da União nos estados e municípios quando não for aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a

proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O direito à saúde, dessa forma, nas palavras de Nascimento (2017):

é inerente ao direito à vida e abrange a saúde física e mental, devendo ser proporcionado por meio de políticas de tratamento e de prevenção, assistência médica, psicológica e jurídica por todos os entes da federação, para que haja efetividade na garantia do referido direito a todos e que seja observado o princípio da igualdade material, que considera cada caso concreto, bem como que seja garantido o mínimo existencial, que será mais a frente explicitado, e a dignidade da pessoa humana.

A lei 8.080 de 1990 veio regulamentar as condições e o funcionamento dos serviços de saúde, que através do Sistema Único de Saúde – SUS - buscam assegurar o acesso de maneira universal e igualitária, para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Segundo Davies (2013), universalidade pode ser entendida o acesso amplo e universal pelo cidadão sem a exigência de requisitos. Já a integralidade é ter acesso ao Sistema como um todo, podendo-se usufruir de tudo que é oferecido por esse Sistema.

Porém, o Estado enfrenta grandes dificuldades na prestação do serviço de saúde por ausência de recursos financeiros suficientes para atendimento da demanda e de seus princípios norteadores, apesar da haver previsão constitucional de aplicação mínima da receita corrente para os serviços de saúde.

Nas palavras de Nascimento (2017):

Muitas vezes, a prestação do direito à saúde encontra óbices, principalmente quanto ao fator financeiro, tendo em vista que nem sempre o Estado pode cumprir seus deveres, o que faz com que a demanda para o Poder Judiciário aumente, objetivando que o mesmo obrigue o Poder Público a fornecer medicamentos ou tratamentos que ultrapassam os limites da Lei Orçamentária, a fim de prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Diante do imbróglio oriundo da necessidade de prestação dos serviços de saúde de forma universal e igualitária e da escassez de recursos necessários para a efetividade desta prestação, o Estado recorre à aplicação da teoria da “Reserva do Possível”.

Segundo Avila (2013) citando Andreas Krell apud Sarlet (2008, p. 29), a Reserva do Possível surgiu na Alemanha, quando a corte alemã analisou o caso

conhecido como “*numerus clausus*”, que discutia a limitação de número de vagas nas universidades públicas.

Segundo a mesma autora:

Para decidir a querela, a Corte Constitucional compreendeu – aplicando a teoria inovadora da “Reserva do Possível” – que o direito à prestação positiva (o número de vagas nas universidades) encontrava-se dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar. Dito de outra forma, o aduzir da Corte Alemã encontrou respaldo na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade.

Para Nascimento (2017), o princípio da reserva do possível consolida-se na observância, pelo Estado, na aplicação das políticas públicas, em cada caso concreto, dos seguintes elementos: necessidade, distributividade dos recursos e eficácia do serviço. O poder público não pode resolver todas as demandas da população de forma indistinta, por não ter poder econômico suficiente.

Segundo Ribeiro (2011), citando Leny Pereira Silva:

O princípio da reserva do possível regulamenta a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Como se depreende da leitura dos autores, a reserva do possível estabelece uma ponderação entre a necessidade da prestação do serviço pelo Estado e a existência de recursos financeiros para a implementação deste serviço.

Contudo, não pode o Estado deixar de prestar o serviço de maneira indiscriminada, sob alegação de ausência de recurso financeiro.

Silva e Vita (2014) explicam que nessa ponderação de valores, é primordial a invocação do princípio da proporcionalidade para se proteger o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, freando o retrocesso nas conquistas sociais, principalmente na seara da saúde.

O mínimo existencial é o conjunto de direitos vitais, arraigados na dignidade da pessoa humana, que devem resguardar os direitos fundamentais sociais e para que sejam concretizados o Estado deve agir de maneira positiva para criar condições de igualdade (Lurconvite).

Lurconvite ainda leciona:

E foi em busca dessa existência humanamente digna que a noção de mínimo existencial foi difundida na Alemanha. O Tribunal Constitucional Federal Alemão extraiu da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, mediante a interpretação sistemática junto ao princípio do Estado social, o direito a um mínimo de existência, a partir do que determinou um aumento expressivo do valor da ajuda social, valor mínimo que o Estado está obrigado a garantir aos cidadãos carentes” (KRELL, 2002, p. 59).

(...)

Além do direito à vida humanamente digna, a saúde está condicionada a outros direitos, com a alimentação, a moradia, a educação, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho e o lazer.

(...)

Por conseguinte, o mínimo existencial à saúde abrange não apenas a ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social. Mais um quesito que comprova a sua condição de piso vital mínimo.

Dessarte, se de um lado a teoria da Reserva do Possível condiciona a efetivação dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, à existência de recursos financeiros capazes de implementá-los, por outro, o direito ao mínimo existencial, exaltando a dignidade da pessoa humana, determina a aplicação efetiva do direito à saúde, vista não só como a ausência de doenças, mas sim como o bem-estar físico, mental e social da população. Frisa-se que para alguns autores, como Lurconvite, este direito já seria o mínimo de existência de uma pessoa, a ser garantido pelo Estado.

Sendo assim, muitos conflitos se instauraram entre aqueles que almejam o acesso aos serviços de saúde, com o fornecimento de medicamentos, tratamento e exames, e o Estado, que justifica a inefetivação desses serviços à escassez de orçamento suficiente para o atendimento de toda a demanda existente.

Para Ribeiro (2011), as discussões e posicionamentos discordantes na doutrina e jurisprudência pátrias aparecem a partir de decisões judiciais ordenando que o Ente Público forneça medicamentos ou exames ou tratamentos que não constam no orçamento aprovado. Existem defesas que, alicerçadas na falta de previsão orçamentária como elemento intrínseco às ações estatais, argumentam que os requerimentos judiciais não podem ser atendidos, eis que ausentes de recursos financeiros. Além disso, destaca-se o argumento contrário à intervenção do Poder Judiciário nesses casos, intitulado-os como “judicialização da saúde”, solicitando a vedação da atuação positiva do Juiz.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da saúde, a fim de que o Poder Executivo cumpra as políticas públicas definidas pela Constituição Federal. Conforme notícia vinculada no

site do STF, o Ministro Marco Aurélio, relator nos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, em que se discute a possibilidade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo, assim pronunciou:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Silva, ao comentar o assunto em análise, opina:

É inegável que o Brasil não conseguiu até hoje fornecer a todos os cidadãos uma condição de vida digna, mormente em saúde. Cabe dessa forma ao Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando concitado a fazê-lo, zelar para que esses direitos não fiquem esquecidos. Mas essa intervenção não pode ser feita sem critérios. Como comentado, devem-se observar as necessidades básicas do ser humano, sem afetação do conteúdo mínimo, mas também sem dilatar desnecessariamente o previsto nas normas; ademais, é necessário seguir os regramentos do Sistema Único de Saúde. Cabe salientar que a doutrina e a jurisprudência estão muito distantes de chegar a um consenso nesse âmbito.

Silva ainda pondera sobre o número crescente das demandas judiciais e o alto custo que elas representam para a União, Estados e Municípios, os quais não podem se esquivar de cumprir as determinações exaradas pelo Poder Judiciário. Ressaltam-se os importantes levantamentos destacados pela autora:

O grande cerne da questão e que parece lutar mais fortemente contra o movimento é, justamente, o custo dessas ações e os limites até os quais o Estado pode gastar sem prejudicar outras políticas públicas. Conforme levantamento de Bassette, em 2005, o custo do Ministério da Saúde para atendimento de ações judiciais em saúde foi de R\$ 2,24 milhões; em 2007, R\$ 25,1 milhões. No ano de 2009, “essas ações resultaram num gasto de R\$ 83 milhões, o que representa cerca de 1% do orçamento total da saúde, segundo Mendonça e Segatto. Em 2010, somaram gastos de R\$ 132,6 milhões (“1,8% do total do orçamento destinado ao departamento”, como exemplifica Bassette). Tais dados representam um crescimento de 5000% em 6 anos no que concerne à dispensa orçamentária relativa a essas demandas. A análise do panorama da judicialização no Brasil pela Advocacia Geral da União parece resumir a questão: “não há elementos seguros para aferir a razão do crescimento numérico das ações judiciais em face da União, mas o sucesso quase certo dessas demandas, associado à interiorização da Justiça Federal, parecem concorrer fortemente para essa evolução”. Os números falam ainda mais alto quando se somam os valores dispendidos pela União e pelos Estados. É um fato que, definitivamente,

não pode ser ignorado, considerando ainda o levantamento do Ministério da Saúde:

‘(...) pode-se afirmar (...) que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do CNJ), os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, somam a quantia de R\$ 949.230.598,54 (...), quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios). Vale destacar que os gastos federais com medicamentos no ano de 2010, para atendimento de todos os usuários do SUS, foram da ordem de R\$ 6,9 bilhões, o que significa que, no mesmo período, os gastos com ações judiciais, apenas daqueles 8 entes, corresponderam a quase 1/7 desse orçamento’.

A situação parece ser ainda mais grave considerando as ações interpostas em face dos municípios, que têm orçamentos menores, mas não podem se eximir da responsabilidade imposta pelo Judiciário. E observe-se que, já em 2010, o custo com essas ações somaram quase 2% do orçamento da saúde do país. Isso não pode ser ignorado, pois corre-se sério risco de prejudicar (ainda mais) as políticas públicas da área.

Desta forma, ao analisar as questões trazidas, percebe-se que a efetivação do direito à saúde e sua judicialização ainda trarão muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O Estado deve garantir, sim, o acesso às políticas públicas, não só à saúde, e assegurar, inclusive, uma vida digna aos cidadãos (mínimo existencial), mas os recursos financeiros não são ilimitados, devendo o Ente Público perseguir a realização daquilo que for possível (reserva do possível). Constata-se que nesta celeuma deve prevalecer a razoabilidade e a proporcionalidade na busca da efetivação do direito à saúde, que é universal.

Conclusão

O direito à saúde surgiu com a evolução da sociedade e a percepção da necessidade de se terem assegurados direitos sociais pelo Estado. A segunda geração de direitos atendia os anseios da população e se tornou garantia fundamental do cidadão, estampada na Constituição Federal. Porém, a efetividade plena de tais direitos é algo ainda difícil de ser alcançada, principalmente no âmbito da saúde, haja vista a grande demanda existente e a carência de recursos financeiros capazes de supri-la.

Diante desta divergência, surgem teorias para justificar cada uma das pretensões. Se de uma forma é dever do Ente Público garantir uma vida digna aos cidadãos, com saúde, esta entendida como bem-estar físico, mental e social

(mínimo existencial), de outra maneira o parco orçamento disponível para a atuação estatal acaba por ser um limitador intrínseco da efetivação das políticas públicas. Nesse cerne, os tribunais estão abarrotados de processos.

Observa-se que o Estado, como garantidor não pode simplesmente alegar a falta de verba para não implementar o acesso das pessoas à esse direito fundamental, que é a saúde.

Porém, aos magistrados cabem o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões para proteger e privilegiar, conforme o caso, a dignidade da pessoa humana, sem, contudo lesar as demais políticas públicas, prejudicadas pela judicialização excessiva da saúde, que pode impedir a atuação de Estado em outros setores da sociedade de suma importância para a população.

REFERÊNCIAS

Ávila, K. C. de A. *Teoria da reserva do possível*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

BRASIL, *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL, *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

Lurconvite, A. dos S. *A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em: 04 abr. 2017.

Melo, P. *Da efetivação do direito à saúde frente ao princípio da reserva do possível*. Disponível em: <<https://plbm.jusbrasil.com.br/artigos/296316285/da-efetivacao-do-direito-a-saude-frente-ao-principio-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Nascimento, A. F. do. *Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>. Acesso em 03 abr. 2017.

NUNES, D. J. C. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

Ribeiro, P. G. *O Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=16>. Acesso em: 06 abr. 2017.

Silva, K. Z. da; Vita, J. B. *O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde*. Disponível em: <file:///C:/Users/Jabo/Downloads/3439-13671-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Silva, L. C. da. *Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em: 04 abr. 2017.