

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: COMPATIBILIDADES E LIMITES DE SOBREPOSIÇÃO

Fernanda Bezerra Coe¹
Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

Analisa-se, em um viés histórico, doutrinário, legal e jurisprudencial, de que forma o direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado, convive com o Princípio da Reserva do Possível e sua limitação orçamentária. Destacando as compatibilidades e os limites de sobreposição entre a reserva do possível e o dever prestacional estatal à saúde. Devendo ser inserido neste contexto a idéia do mínimo existencial, pois sua não observância desencadeia em violação aos princípios fundamentais. Conclui-se, ante a judicialização das políticas públicas de saúde, que deve o magistrado decidir de forma equilibrada, observando o direito fundamental, bem como o impacto orçamentário de sua decisão.

Palavras-chave: Políticas Públicas de Saúde. Teoria da Reserva do Possível. Judicialização da Saúde. Mínimo Existencial.

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES AND THEORY OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE: COMPATIBILITY AND OVERLAID LIMITS

ABSTRACT

Analyzed in a historical, doctrinal, legal and jurisprudential view, how the fundamental right to health, constitutionally guaranteed, lives with the Principle of Reserve of Possible and its budget limitation. Highlighting thus the compatibilities and the limits of overlapping between the reserve of possible and state service duty. In this context there is the idea of existential minimum, since its non-compliance triggers violation of fundamental principles. It concluded that, the judicialization of public health policies, which the judge must decide in a balanced way, noting the fundamental right as well as the budgetary impact of their decision.

Keywords: Public Health Policies. Theory of Possible Reserves. Judicialization of Health. Existential Minimum.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.
E-mail: fernandacoe@hotmail.com

² Docente do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.
E-mail: betolucena@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito, conforme ensina Díaz (apud MENDES, 2009, p. 64), é pautado, inicialmente, contra o absolutismo, e, essencialmente, tem o dever de obediência à lei. Dessa forma, suas atividades são reguladas e controladas por bases legais, sendo estas o reflexo da vontade dos cidadãos.

A configuração do Estado de Direito foi conquistada ao longo da história, visualizada em três etapas distintas: a liberal, a social e a democrática. A primeira teve seu início com a Revolução Francesa, pela qual os cidadãos lutavam contra o poder indiscriminado do Estado absolutista. A segunda se desenvolveu, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, visto que, após diversas atrocidades ocorridas neste período, houve a necessidade de garantir, de forma contundente, os direitos fundamentais, que são, atualmente, a base do Estado Democrático de Direito. (MENDES, 2009).

Esse Estado é fundamento da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, o que significa dizer que o poder exercido pelos representantes emana do povo, devendo, segundo Mendes (2009), o Estado assegurar aos seus cidadãos o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Tendo o Estado Democrático de Direito caráter garantista, baseado no seu dever de provedor, cabe ao Poder Público proporcionar aos cidadãos condições mínimas para uma vida digna. Desta forma, diante de uma realidade nacional em que há considerável descrença no Poder Público, em especial no que diz respeito à implementação de políticas públicas de saúde que tutelem a dignidade da pessoa humana, ignorando, nesse sentido, direitos fundamentais constitucionais. E, somado a isto, a carência orçamentária destinada a tais políticas sociais, é fato notório que o Estado terá que fazer escolhas, de modo que haverá, inegavelmente, preferências e preteridos.

Levando ainda em consideração à omissão do Poder Público na prestação adequada de uma política pública de saúde, passou-se a pleitear a intervenção do Poder Judiciário no sentido de concretizar esse direito constitucionalmente tutelado, a este fenômeno dá-se o nome de “Judicialização das Políticas Públicas de Saúde”.

Dessa maneira, a prestação de uma política pública de saúde, que atenda as necessidades de todos, é garantia fundamental constitucional. Sendo, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana, observado como instrumento de aplicação dos direitos fundamentais, pois que este princípio tanto alimenta, como decorre dos direitos

fundamentais. Em contrapartida, a não prestação, ou a prestação insuficiente das políticas públicas de saúde, desencadeou a judicialização da saúde.

A reserva do possível ou reserva do financeiramente possível, por vezes alegada em juízo, por parte do Estado, significa o limite orçamentário estatal, quanto ao dever de proporcionar à população, em especial, os direitos prestacionais, ou seja, aqueles que exigem do Estado uma ação positiva. Aqui estão os direitos considerados de segunda dimensão – direitos econômicos, sociais e culturais.

Analisar as políticas públicas de saúde e sua judicialização, frente ao princípio da reserva do possível, não constitui matéria simples, porquanto os direitos fundamentais, em especial os de ordem social, por vezes, têm sido tolhidos à população.

Isto posto, foi objetivo deste estudo, a análise dos limites da teoria da reserva do possível, em detrimento ao direito à saúde, haja vista os limites impostos por aquele princípio, no sentido de se observar tanto a razoabilidade da pretensão, bem como a disponibilidade no orçamento estatal.

Deste modo, será traçado um breve histórico mostrando que caminhos foram tomados para que os direitos sociais - aqui se observa o direito à saúde - fossem inseridos na categoria dos direitos fundamentais, garantindo prestações positivas por parte do Estado à população. Compreender também o que se entende por mínimo existencial e suas implicações dentro da política pública de saúde.

Por fim, apreciar em que hipóteses as limitações ao direito à saúde impostas pelo Estado podem ser combatidas, no sentido de se pleitear junto ao Poder Judiciário a concretização das políticas públicas, garantindo, nesse sentido, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, há de se observar até que ponto o direito fundamental à saúde se sobrepõe à reserva do financeiramente possível, como também, de que forma e em que hipóteses, estes limites orçamentários serão justapostos em relação ao direito constitucional em questão.

A metodologia utilizada para a elaboração deste estudo foi o método dialético, fundamentado em pesquisa bibliográfica doutrinária, em que foram analisados os pensamentos dos principais doutrinadores, bem como, pesquisa jurisprudencial, observadas as posições dos tribunais em relação caso em tela. Além disso, pesquisa em periódicos, artigos e conteúdo disponível na rede mundial de computadores, a fim de se obter opiniões contemporâneas acerca do tema. Por fim, a leitura exploratória da legislação.

A partir destas fontes, será realizado um estudo crítico-analítico acerca das diversas posições tomadas dada a variedade de informações e estudos coletados.

Este estudo foi realizado observando-se, primeiramente, os direitos fundamentais de forma geral e, na sequência, o direito social à saúde, a fim de entender de que maneira estes direitos devem ser tratados e como se concretizam no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, a teoria da reserva do possível ou teoria do financeiramente possível, foi estudada desde sua origem histórica e em que contexto surgiu, bem como, a maneira com que está sendo aplicada em nosso ordenamento.

Na sequência, examinou-se de que forma acontece o processo denominado judicialização da saúde, pois que, uma vez que as políticas públicas de saúde não são suficientes para concretizar o direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário, a fim de se garantir este direito social.

Por fim, confrontou-se às compatibilidades e limites de sobreposição no que concerne o direito fundamental à saúde, sua judicialização e as limitações orçamentárias, apoiadas na teoria da reserva do financeiramente possível.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

São considerados direitos fundamentais o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, essenciais à soberania popular, vez que garantem uma convivência pacífica, digna e igualitária. Segundo Konrad Hesse (apud, BONAVIDES, 2010), criar e manter os desígnios elementares de uma vida digna é o que os direitos fundamentais almejam.

Na concepção de Dimoulis e Martins (2007), para que sejam configurados os direitos fundamentais, é imprescindível a existência de três elementos, quais sejam: o Estado, o indivíduo e o texto normativo. O primeiro, no sentido de haver um poder centralizado capaz de controlar determinado território e fixar decisões. Enquanto o segundo, indivíduo, é aqui considerado como um ser independente, individual. Por fim, o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, este elemento tem grande importância, pois, ao mesmo

tempo em que garante determinados direitos fundamentais aos indivíduos, tolhe o poder estatal, já que o impede da prática, ou omissão, de atos que impeçam a eficácia dos direitos fundamentais de maneira injustificada.

Os direitos fundamentais apenas tomaram forma na Declaração de Direitos, escrita em 1776 nos Estados Unidos. Bem como, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 1789 na França.

A Revolução Francesa (1789) carregava, em seu lema, três princípios norteadores, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Profetizando, segundo leciona Bonavides (2010), a sequência histórica das institucionalizações dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais de primeira dimensão³, estão ligados aos direitos de liberdade, tendo como titular o indivíduo – liberdades individuais. Expressam, assim, conduta negativa por parte do Estado, pois limita o seu poder de legislar. Esses direitos foram os que primeiro se integraram a Constituição.

Os direitos de segunda dimensão são direitos da coletividade, e impõem ao Estado uma atuação positiva. São assim os direitos sociais, culturais e econômicos. Tem como pressuposto o princípio da igualdade, pois entende-se que apenas é possível exercer a liberdade se houver uma igualdade material - condições mínimas. Foram introduzidos, especial e massivamente, nas Constituições do segundo pós-guerra.

Cumprе ressaltar que esta dimensão abrange mais do que os direitos prestacionais, vez que englobam também as liberdades sociais, como por exemplo, a liberdade de sindicalização e o direito de greve (SALET, 2010). É importante observar, que aqui encontramos o direito à saúde, pois que, considerado direito social, exige do Estado ações positivas, realizadas através de políticas públicas.

Embasados no princípio da fraternidade, estão os direitos de terceira dimensão, que são considerados direitos coletivos, tendo em vista que atendem coletividade indeterminável. Assim, é possível afirmar que aqui, o indivíduo não é examinado de maneira isolada. São contemplados direitos de terceira dimensão, conforme ensinamento de Ingo Sarlet (2010), os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito de comunicação. Ressalta-se, no que tange à positivação desses direitos, que ainda não foram, em sua maioria, positivados na esfera constitucional.

³ Existe grande crítica por parte de doutrina no que diz respeito ao termo ‘gerações’. Assim, segundo pensamento de Ingo Sarlet, a expressão ‘dimensões’ reconhece o caráter progressivo dos direitos fundamentais, pois que expressa complementariedade, e não alternância, como reflete a expressão ‘gerações’.

Bonavides (2010) defende ainda a existência de direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Enquanto aqueles estão ligados aos direitos de democracia, estes se relacionam com o direito à paz.

Por fim, no Brasil, a Constituição do Império de 1824, já assegurava alguns direitos fundamentais, sendo, no entanto, podados pelo poder moderador. Entretanto, a Constituição de 1891 retomou estes direitos, acrescentando outros, como por exemplo, o direito de reunião e associação. As Constituições de 1934, 1937, 1946, bem como a de 1967 são bastante semelhantes no que diz respeito à disposição dos direitos fundamentais. Finalmente, a Constituição de 1988, dispõe, em inúmeros dispositivos, e muitas vezes de forma repetitiva, sobre a garantia de tais direitos fundamentais, quais sejam, direitos individuais, coletivos, sociais e políticos (DIMOULIS, 2009).

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS

Em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana tem estreita relação com os direitos fundamentais. Assim, a dignidade é a base de todos os princípios que constam na Constituição Federal. A doutrina apresenta os seguintes direitos como fundamentais: direitos da coletividade (sociais econômicos e culturais), direitos políticos e direitos individuais. Assim, resta claro que o indivíduo possuidor de seus direitos fundamentais concretizados, terá assegurada vida digna.

Na esfera mundial, a dignidade da pessoa humana foi positivada no período posterior à Segunda Guerra Mundial, pois era necessário buscar meios de proteção ao homem, frente às atrocidades cometidas neste período. Destarte, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos surge como resposta às situações ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, e, apesar de ser considerada mera recomendação, é tida como um marco na evolução da dignidade.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana se expandiu, especialmente, no período posterior ao regime ditatorial (1985), período este em que se almejava o dito desenvolvimento nacional, em detrimento aos direitos e garantias do indivíduo. Assim, em consequência deste fato histórico, a Constituição Federal estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Segundo pensamento delineado por Barcellos (2008), a dignidade humana é fenômeno anterior à ordem jurídica, tendo sido por esta incorporada.

O princípio da dignidade humana, no Estado Democrático de Direito, exige um grau menor de condições para que seja concretizado, é o que chamamos de “mínimo existencial”. Nesse sentido, conforme pensamento de Barroso (2003, p. 38), este mínimo de condições é o núcleo material dos direitos fundamentais. E ainda, este conceito consiste em um conjunto de bens materiais que são indispensáveis para que haja uma existência humana de forma digna, considerando ainda que “o elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva que o elabore”.

Em consonância com o pensamento acima delineado, Barcellos (2008) complementa no sentido de o mínimo existencial ser o conjunto de situações materiais, consideradas imprescindíveis à existência humana digna. Estando ponderada não apenas no que diz respeito às necessidades do corpo e de sobrevivência, como também às necessidades espirituais e intelectuais.

Cumprе ressaltar que a dignidade da pessoa humana possui caráter supraconstitucional, tendo em vista que, não admite quaisquer ponderações. Sendo, por assim dizer, um superprincípio.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde está assegurado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 196, sendo, outrossim, considerado como direito fundamental e universalmente conhecido. Em especial, quando garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo este dispor de meios para sua concretização. Esse direito fundamental é direito de segunda dimensão, sendo, portanto, um direito social da coletividade que exige do Estado uma prestação positiva.

Corroborando com este pensamento, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF. RE (AgR) 271.286/RS. Relator: Ministro Celso de Mello, 2000), defende que o direito público à saúde é prerrogativa jurídica indisponível, sendo assegurada à todas as pessoas, constitucionalmente. E ainda, é bem jurídico constitucionalmente tutelado, incube ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas, no sentido de garantir, de maneira integral e responsável.

São titulares deste direito, todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independente de nacionalidade, vez que o direito à saúde está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana.

Cumpre enfatizar que, segundo nossa Carta Magna, o direito à saúde será efetivado tanto pela implementação de políticas sociais e econômicas, pelas quais visam à redução do risco de doenças, quanto pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada a prioridade para as atividades preventivas.

Em relação ao direito à saúde, há de se observar basicamente dois pilares que o sustentam, quais sejam: o reconhecimento da saúde como direito fundamental, segundo o artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, um direito de aplicabilidade direta e imediata, devendo ser efetivado de fato, diante de prestações positivas por parte do Estado. E sua base normativa de regras e princípios que dão suporte e norteiam as políticas públicas de saúde.

Inobstante, o direito constitucional à saúde não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade, e não apenas do seu indivíduo considerado isoladamente. Trata-se, portanto, de direito limitado à regulamentação legal e administrativa (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Acórdão nº 70036614030. Relatora: Maria Isabel Souza, 2010).

Sobre a obrigação de fazer incumbida ao Estado, com relação ao seu dever de prestar assistência de saúde, é importante lembrar que, no caso de tais prestações estarem contidas no mínimo existencial – que não pode ser violado, visto tratar-se do núcleo da dignidade da pessoa humana – fica claro que estas prestações são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos (BARCELLOS, 2008).

O direito constitucional à saúde é efetivado, no âmbito nacional, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), concretizando dessa forma, a política pública de saúde. O referido sistema alcança, por fim, tanto as ações preventivas, quanto as curativas.

É, segundo dispõe o artigo 4º da Lei 8.080 de 1990 (BRASIL, 1990), que regulamenta o Sistema Único de Saúde, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Deste modo, ele é responsável pela atenção à saúde, que são as ações promocionais, preventivas e assistências.

O SUS está acostado em diretrizes e princípios doutrinários pela qual o regulamenta, no sentido de complementá-lo. Portanto, tais disposições constituem, por assim dizer, as

regras pétreas do SUS, sendo tratados como linhas de base do sistema, dos serviços e práticas de saúde (VASCONCELOS, 2006).

Assim, são princípios do SUS a universalidade, a integridade, a equidade e o direito à informação. O primeiro vem assegurar a saúde a todos os cidadãos, sem que haja discriminação em relação ao acesso. Já o princípio da integridade, assegura a prestação continuada das ações e serviços, com o objetivo de garantir a promoção, proteção, cura e reabilitação dos indivíduos, bem como da coletividade. Enquanto o princípio da equidade está relacionado com a idéia de igualdade, sendo considerado um princípio de discriminação positiva, assim, a oferta de ações e serviços à população menos favorecida, que enfrentam maior risco de adoecer e morrer, em decorrência dessa desigualdade de renda.

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível teve sua origem no Tribunal Constitucional alemão, em conhecida decisão proferida (BverfGE nº 33, S.333), o chamado caso *numerus clausus*. Neste caso, o Tribunal alemão, julgou demanda de estudantes que não haviam sido admitidos em curso superior, dada a limitação de vagas. A demanda foi embasada no artigo constitucional alemão, que garante a todos os alemães o direito de escolher livremente sua profissão.

Diante do caso, decidiu o Tribunal Constitucional alemão no sentido de que, o direito em questão está subordinado à reserva do possível, pois, apenas deve-se considerar a obrigação prestacional na qual esteja dentro dos limites razoáveis – razoabilidade da pretensão. Negando, por fim, o pedido feito em juízo.

Assim, de antemão, é possível concluir que a teoria da reserva do possível, além de está vinculada à disponibilidade de orçamento, também considera a razoabilidade da demanda. Nesse caso, mesmo que o Estado disponha de recursos, somente deve prestar obrigação em que esteja no limite do denominado razoável.

A reserva do possível constitui, segundo Sarlet (2010), uma forma de limite jurídico dos direitos fundamentais, podendo também agir, em algumas situações, como garantidora destes direitos.

Quanto à evolução dos direitos sociais, cumpre ressaltar, conforme o doutrinador Carvalho Filho (2010), o *laissez faire*, que garantia, amplamente, ao indivíduo os seus direitos de liberdade, acentuava, de forma crescente, a desigualdade entre as camadas sociais. Tal

forma de Estado, porém, deu vez ao Estado-bem-estar, e, por sua vez, reduziu essa desigualdade econômica, de maneira bastante intervencionista. Esse novo modelo de Estado contemporâneo assegurava a prestação positiva dos direitos fundamentais, com o objetivo de proteger a sociedade como uma coletividade, e não como uma soma de indivíduos.

De tal modo, como consequência deste novo modelo de Estado, no sentido de prestar ações positivas, que emerge a denominada teoria da reserva do possível.

Há de se observar então, no que concerne a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, constatamos acentuada dependência de recursos econômicos e, assim sendo, serão concretizados dentro dos limites da reserva do possível, ou seja, a efetivação deste direito está condicionada aos recursos disponíveis e destinados para tal fim.

A disposição dos recursos orçamentários fica a cargo, de forma parcialmente discricionária, dos governantes e parlamentares, já que elaboram o orçamento público. A elaboração deste orçamento é instrumento utilizado pela administração pública no sentido de otimizar as etapas do processo administrativo, quais sejam: a programação a execução e o controle, respectivamente.

Aqui, a noção de orçamento público está diretamente ligada às políticas públicas, pois, para que os preceitos constitucionais sejam concretizados, é necessária a adoção de políticas públicas, e, a fim de que estas sejam implementadas, se faz necessária a presença de um orçamento. Nesse sentido, fica claro, o orçamento como objeto essencial na concretização das políticas públicas – direitos fundamentais constitucionais.

Segundo estabelecido na Constituição Federal (BRASIL, 1988), o orçamento público é feito através de três leis de iniciativa do Poder Executivo, segundo versa o artigo 165 da Constituição Federal: a lei do Plano Plurianual (PPA), a lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e, por fim, a lei Orçamentária Anual (LOA). Aqui, cabe ao parlamentar a obrigação de respeitar os limites estabelecidos por estas leis, sob pena de crime de responsabilidade previsto em nossa Carta Magna, no artigo 85, VI, com relação aos atos do Presidente da República. Ademais, importa esclarecer que existem, no âmbito constitucional, limites com relação à receita, bem como, com relação às despesas públicas, pelas quais devem ser levadas em consideração no momento da elaboração orçamentária.

Em regra, o orçamento não pode vincular percentual fixo a dispêndio específico, porém, com relação à saúde, esta regra não se aplica, segundo o artigo 167, IV, Constituição Federal (BRASIL, 1988), que veda: “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde [...]”.

Também faz parte do orçamento os recursos destinados à saúde, acrescidos pela Emenda Constitucional 29 de 2000, que objetiva assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, visto que determina percentual mínimo a ser aplicado nas ações e serviços de saúde, por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial os direitos sociais, dependem de uma ação positiva por parte do Estado para que seja concretizada, ação esta pela qual pressupõe a previsão orçamentária. Cumpre esclarecer que, quanto menores sejam os recursos disponíveis, maior será a responsabilidade dos gestores.

Para Amaral (2001), na esfera do direito à saúde, a situação é ainda mais grave, vez que:

A escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além de escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades. (AMARAL, 2001. p.172) (grifo nosso)

Desta maneira, o direito à saúde, deverá ser observado dentro dos limites estabelecidos pelo orçamento público, ficando a cargo do legislador e do governante direcionar, da melhor forma, os recursos disponíveis, com o objetivo maior de atender os interesses da coletividade.

Sobre a teoria da reserva do possível, em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF. ARE nº 639337 AgR / SP. Relator: Min. Celso de Mello, 2011), o relator esclarece que a destinação dos recursos públicos, sempre escassos, instaura situações de conflitos no que diz respeito à sua alocação. Diante desta situação, a decisão do poder público deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, sendo respeitados os limites impostos pelo mínimo existencial. E ainda, sobre os limites da reserva do possível:

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.

Por fim, a reserva do possível deve, inicialmente, atuar no sentido de efetivar os direitos fundamentais, de forma a aperfeiçoar-los, atribuindo ao Estado seu dever de garantir condições mínimas para uma vida humana digna.

No que tange a garantia do mínimo existencial, que não pode ser atingido pela reserva do possível, devendo ser assim protegido, se observa que este grau menor serve como parâmetro mínimo para guiar as ações do Estado em relação à efetivação dos direitos fundamentais.

Importa observar que, o direito à saúde de forma específica, a universalidade dos serviços, não significa gratuidade do atendimento de toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não quer dizer que todos os anseios sejam satisfeitos de forma plena. De tal modo, a garantia do mínimo existencial no que diz respeito à saúde, deve atravessar princípios como o da prevenção e precaução, no sentido de se observar critérios científicos, como também garantias de segurança e eficácia do tratamento de saúde. Tal procedimento visa otimizar e racionalizar os recursos públicos aplicados nesta área (SALET, 2010).

Deste modo, é de extrema importância ressaltar que as prestações de cunho positivo, por parte do Estado, somente podem ser efetivadas se houver recursos, pois não se pode exigir algo que nem ao menos existe. Entretanto, no caso de haver recursos disponíveis, mesmo que insuficientes, a problemática se instala em relação à aplicação destes recursos.

Portanto, o direito à saúde, prestado pelo Estado, visa garantir bem-estar mental, físico e social, e este deve fazê-lo de forma a atingir a coletividade, não podendo aqui ser considerado um indivíduo de forma isolada. Estes direitos fundamentais exigem, por parte do Estado, uma ação positiva e dependem de recursos não podem ser considerados absolutos, uma vez que os recursos são finitos, frente às necessidades humanas, que são infinitas. E, segundo a teoria da reserva do possível, a escolha a ser feita, quando se trata de insuficiência de recursos, mediante a ponderação de interesses e bens juridicamente tutelados, no caso concreto, observando também, o princípio da proporcionalidade.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Sistema Único de Saúde (SUS), pelo qual concretiza a política pública de saúde em todo o território brasileiro, é de ordem gratuita. É o que se constata no artigo 43 da Lei 8.080 de 1990 (BRASIL, 1990), independentemente da condição financeira do usuário ou de qualquer contribuição. Entretanto, há de se observar que esta gratuidade apenas abrange os serviços amparados por aquela Lei 8.080/1990 e pelas normas nas quais a regulamentam.

Considerando que o direito à saúde está contido no conceito de dignidade da pessoa humana, que este é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo reza o artigo 1º, inciso, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem-se, segundo Sarlet (2011), que o direito à saúde pode ser considerado tanto um direito subjetivo, uma vez que pode ser exigido por seu titular, como também um direito objetivo, pois é exigível pela sociedade como um todo, do ponto de vista coletivo.

A respeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este princípio, segundo Uadi Lammêgo Bulos, é também chamado de princípio do acesso à justiça ou princípio do direito à ação. Ressalta ainda o autor que, todo cidadão “tem direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade” (BULOS, 2009, p. 518).

O direito fundamental à saúde é assegurado no âmbito constitucional, e se concretiza através da implementação de políticas públicas por parte do Estado (SUS). É cediço que, no Brasil, o direito à saúde não tem sido prestado de forma a atender a necessidade da população. Em decorrência disto, os usuários recorrem à intervenção judiciária, para que, dessa forma, o serviço lhe seja assegurado. O Poder Judiciário, por sua vez, ao tomar decisões, por vezes, interfere nas decisões orçamentárias do Poder Público.

Acerca do dever prestacional do Estado, em relação ao direito à saúde, Barcellos (2010) leciona que, as prestações de saúde, em constante desenvolvimento, acarretam em custos cada vez maiores, sendo assim, o Poder Público se mostra incapaz de oferecer todos os tratamentos existentes. De tal modo, a rede pública de saúde não terá condições orçamentárias de oferecer à população determinadas prestações. Essa escolha - de quais prestações serão garantidas - envolve uma escolha trágica, pois que, nem sempre o indivíduo poderá exigir, judicialmente, do Estado o dever prestacional. (BARCELLOS, 2010).

Neste contexto, o Poder Judiciário fiscaliza a efetivação das normas constitucionais, observando também, tanto as ações e/ou omissões do Poder Executivo, quanto às do Poder Legislativo.

Sobre a exigibilidade de prestações por parte do Estado, Watanabe (2011) esclarece que os direitos imediatamente judicializáveis, independente de definição prévia de política pública pelo Legislativo ou Executivo, são, tanto os que correspondem ao núcleo básico da dignidade da pessoa humana, o chamado mínimo existencial, como também os que, fora do conceito do mínimo existencial, tem densidade suficiente para serem judicializáveis, independente de prévia ponderação do Executivo ou Legislativo.

Cumpra ressaltar, em relação ao mínimo existencial, que é considerado como o mínimo de condições para assegurar ao indivíduo uma vida digna. E ainda, o mínimo existencial varia histórico e geograficamente, sendo considerado um conceito dinâmico e evolutivo. Dessa forma, o que hoje em dia não pode ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo em situação futura. (WATANABE, 2011).

Conforme pensamento delineado por Humberto Lucena (2011, p. 8161), acerca do controle judicial das políticas públicas, “a interferência do Poder Judiciário é de natureza emergencial, para garantir um direito fundamental, em regra, violado ou sob a iminência de violação. Não se pretende que o juiz legisle e promova políticas públicas”. Portanto, resta claro que a judicialização das políticas públicas de saúde tem caráter excepcional.

No que diz respeito ao Sistema Único de Saúde, implementado, em primeiro plano, pela Constituição Federal, em seu artigo 198, e posteriormente tratado de maneira específica pela Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990), é sabido que abrange, segundo a referida lei, tanto ações de cunho preventivo, quanto assistencial. O princípio da integralidade que rege o SUS não diz respeito à assistência ilimitada e irrestrita. Porém, o SUS não pode se recusar a atender qualquer de seus usuários, independente da enfermidade no qual os acomete e do tratamento necessário. No entanto, é importante observar que o atendimento deve ocorrer de acordo com normas técnico-científicas e parâmetros racionalizadores, sob pena restar ineficaz o tratamento terapêutico e tornar-se economicamente inviável, ao ponto de privilegiar uma minoria, em detrimento de uma maioria (HENRIQUES, 2010).

Ingo Sarlet esclarece que o princípio da integralidade que norteia o SUS, estabelece que a cobertura oferecida pelo Sistema Único de Saúde deve ser a mais ampla possível, porém, é evidente que existem limites em relação a esta amplitude. Ensina também que o princípio da razoabilidade deve estar presente, pois não seria considerada razoável a concessão de um tratamento cuja eficiência não seja comprovada e, conseqüentemente, gere riscos à saúde da coletividade. (SARLET, 2008)

Para a Ministra Presidente do STF, Ellen Grace (BRASIL, STF, STA 91/AL. Relatora: Min. Ellen Grace, 2007), o direito à saúde não pode ser prestado a um indivíduo, na situação em que esta prestação colocará em questão o direito de uma coletividade:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente

caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (grifo nosso)

Sobre a judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal tratou do assunto na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45, julgada em 2004, ocasião em que o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) questionava sobre a legitimidade de controle e intervenção, por parte do judiciário, no que diz respeito ao tema de implementação de políticas públicas, no caso pelo qual é configurada a abusividade governamental. Neste julgado, o voto do Ministro relator, Celso de Mello, disserta sobre diversas questões pertinentes à casuística. Em primeiro plano, este importante julgado ressalta que Emenda Constitucional 29/2000, garante recursos financeiros mínimos para serem aplicados nas ações e serviços de saúde, alterando os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescentando artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em segundo lugar, conforme o Ministro, não se constitui função institucional ordinária do Poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas. Porém, de forma excepcional, caso os órgãos estatais competentes venham a se esquivar de seus encargos, e diante desta atitude, comprometer a eficácia e integridade dos direitos individuais e/ou coletivos de âmbito constitucional, pode, nesse sentido, o Poder Judiciário intervir no caso. De tal modo, o caráter programático das regras constitucionais, não pode converter-se apenas em promessas, sob pena de o Poder Público, assolando as expectativas nele depositadas por parte da coletividade, substituir o seu legítimo e impostergável dever.

Ademais, também em relação à ADPF 45, a concretização dos direitos de segunda geração, é vinculada à capacidade orçamentária do Estado, pois que, caso reste provada, “objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. E ainda, observa o voto do Ministro Celso de Mello que, a reserva do possível, deve tratar de motivo justo e objetivamente aferível, não pode ser invocada, por parte do Poder Público, com o objetivo de fugir do seu compromisso constitucional, especialmente quando esta escusa resultar em nulificação dos direitos constitucionais fundamentais.

As condições impostas pela teoria da reserva do possível, em relação à concretização dos direitos positivos de segunda geração, impõem a observância de dois requisitos, quais

sejam: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Afastado qualquer desses dois elementos, descaracteriza-se a probabilidade de atuação estatal. Por fim, sobre a escusa injustificada do Poder Público, para com seu dever prestacional, entende o STF que:

[...] se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. (BRASIL. STF. ADPF 45 MC / DF - Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Celso de Mello)

A jurisprudência deste Tribunal vem apontando no sentido de não admitir a alegação de falta de recursos orçamentários, ou seja, a alegação da teoria da reserva do possível, por parte do Estado, ao menos que reste provado tal situação:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso) (BRASIL, STF. STA 175 AgR / CE. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 2010)

Andreas Joachim Krell (2002) defende que a intervenção judicial, no caso no qual há violação ao direito fundamental à saúde, acarreta em violação ao princípio da separação dos poderes. Porém não é o que a maioria defende, pois, segundo o entendimento da Suprema Corte, a intervenção do Poder Judiciário – de forma excepcional -, nos casos em que resta evidente a violação arbitrária por parte do legislador, é legítima.

Importa ressaltar o princípio da separação dos poderes, Bulos (2009) esclarece que teve seu início com Aristóteles, no livro *Política*, essa teoria foi aperfeiçoada por John Locke

em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, por fim, aprimorada por Montesquieu em *Espírito das leis*.

Esse princípio foi formulado em sentido forte, pois surgiu dentro de um contexto histórico que assim o exigia. Porém, na atual conjuntura, a acepção anteriormente adotada, foi flexibilizada frente à necessidade dos Poderes exercerem as chamadas funções atípicas, ou seja, uma função que não é essencialmente de sua natureza (MENDES, 2009). Ainda, Carvalho Filho (2010) conclui que não existe exclusividade em relação ao exercício das funções pelo poderes, mas sim, preponderância.

Está previsto em norma constitucional tanto no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Quanto no artigo 60, §4º, inciso III, que institui a separação dos poderes como cláusula pétrea.

A respeito do tema, ensina Watanabe (2011) que uma das atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades dos órgãos estatais, destarte, cabe ao judiciário o controle das políticas públicas, sua implementação e adequação aos preceitos constitucionais.

Em relação ao controle realizado pelo judiciário na proteção do direito à saúde, como aqui defendido, é sabido que existem entendimentos no sentido de não considerar o direito à saúde como um direito absoluto, mas sim, sujeitando o pleito a ampla produção de provas, e também analisando seu impacto no caso concreto. Dessa maneira, seguem duas decisões, a primeira proferida em sede de recurso⁴, enquanto a segunda, proferida em primeira instância⁵.

⁴ Ementa: SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS. 1. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. 2. A assistência farmacêutica por meio do SUS compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. 3. As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial. Mas, não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o Poder Público a custear o tratamento não incluído no SUS. A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS exige a ampla produção de provas. Precedente do STF. Hipótese em que a perícia não prova a inexistência ou inadequação dos fármacos fornecidos pelo SUS e confirma o caráter experimental do fármaco. Recurso provido. Reexame necessário prejudicado. Voto vencido. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70036614030, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, 2010).

⁵ [...] Pelo acima exposto, considerando que a antecipação de tutela pode ser revista a qualquer tempo, tanto mais, diante dos elementos técnicos apresentados na audiência de justificação, asseverando que se trata de medicamento em fase de teste clínico (aberto), sem registro na ANVISA e, por óbvio, não constante das lista de medicamentos do SUS; levando em conta ainda que o custo do SOLIRIS traz manifesto risco de desequilíbrio financeiro ao orçamento da saúde do Estado, posto que, para um único paciente, consumiria o equivalente a 1/36 (um trinta e seis avos) do repasse anual do SUS para medicamentos e procedimentos de alto custo, entendo que não há verossimilhança para entender que a pretensão autoral encontra respaldo no dever de assistência à saúde nos termos previstos no art. 196 da Constituição e, deste modo, a par das informações técnicas apontadas [...] (RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela nº 0023694-17. Juiz de Direito: Airton Pinheiro, 2011)

Outra corrente jurisprudencial aponta em sentido diverso, não exigindo produção de provas em relação à eficácia do tratamento/medicamento, nem, tampouco, considerando o limite orçamentário fático. Tratando, em algumas ocasiões, de decisão irrazoável, uma vez que o magistrado não avalia os impactos práticos de sua decisão. A primeira decisão concede medicamento que não consta na política pública de saúde do SUS⁶. Na sequência, a segunda decisão versa, em especial, sobre a autoaplicabilidade do direito constitucional à saúde⁷.

A conclusão de Sarlet e Figueiredo (2008), nessa esfera reflete o atual quadro da judicialização da saúde, vejamos:

[...] o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde e, não podendo responder com o *non liquet*, alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas, podendo-se até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara – o que hoje vem sendo substituído pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas [...]. (SARLET, 2008, p. 150)

Finalmente, no que tange às consequências decorrentes das decisões judiciais, visto que, por vezes o Poder Público é obrigado a prestar, de forma indiscriminada, assistência à saúde, causando grandes prejuízos aos cofres públicos e comprometendo o funcionamento do

⁶ Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA Obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela Medicamentos Portador de TDAH Fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS Art. 196 da Constituição Federal O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna, havendo de se ter em conta, ademais, que se está tratando, no caso, de interesse de menor, ao qual se aplica a regra do artigo 227, caput, da Constituição Federal e do artigo 11, §2º, do ECA Sentença mantida Recurso fazendário não provido. (SÃO PAULO (Estado), Tribunal de Justiça. Apelação 0008872-30.2009.8.26.0053. Relator(a): Luiz Sérgio Fernandes de Souza, 2011)

⁷ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MEDICAMENTO. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. 1. Responsabilidade solidária. Cumpre tanto à União, quanto ao Estado e ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. 2. Mérito. a) Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, caput, da Carta, com aplicação imediata, leia-se, § 1º, do art. 5º, da mesma Constituição, e não um direito meramente programático. b) Princípio da Tripartição dos Poderes. Dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Da Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. c) Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). d) Direito aos medicamentos. Em sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade do requerente de fazer uso dos medicamentos descritos na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o ente público os custeie. Exegese que se faz do disposto nos arts. 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei 9.908/93. e) Denominação Comum Brasileira. É possível que seja fornecido medicamento na forma da Denominação Comum Brasileira, desde que na mesma quantidade e dosagem prescritas e com base no princípio ativo do postulado na inicial. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL. Apelação o Cível Nº 70045735826. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, 2011)

SUS, (GANDINI, 2011) é importante que os magistrados tratem do assunto com cautela, pois, decisões que onerem excessivamente o Estado, garantem o direito à saúde de poucos beneficiados, em troca de uma coletividade prejudicada.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: COMPATIBILIDADES E LIMITES DE SOBREPOSIÇÃO

Diante da grande e crescente demanda de pessoas que pleiteiam no Poder Judiciário a concretização do seu direito à saúde, constitucionalmente assegurado, o Supremo Tribunal Federal convocou Audiência Pública, em 2009, com objetivo de elucidar questões científicas, técnicas, administrativas e econômicas, que giram em torno da efetivação da política pública de saúde e sua judicialização. Havia, a esta época, neste tribunal, inúmeros pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada, com o objetivo de suspender a execução de medidas que condenavam a Fazenda Pública a fornecer diversas prestações em saúde.

Considerando que o judiciário possui, atualmente, grande atuação na efetivação do direito fundamental à saúde, é importante observar que, as decisões judiciais que vão de encontro com a atuação dos executores e legisladores, tem desencadeado conflitos entre estes e o Poder Judiciário, pois, por inúmeras vezes, os gestores se vêem obrigados a agir diferentemente do que estabelece a política pública de saúde previamente estabelecida, e ainda somado à este fator, existem as limitações orçamentárias.

A atuação do judiciário é papel essencial para o efetivo exercício da cidadania. Assim, é importante que este Poder tome decisões repletas de equilíbrio, pois circunstâncias radicais, ou seja, posições que neguem por completo a atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, ou situações que defendam o direito à saúde como um direito absoluto, de forma a garantir toda e qualquer prestação de saúde, não são decisões consideradas admissíveis. Devendo, enfim, o magistrado tomar uma decisão equilibrada, de forma a não comprometer os direitos fundamentais, nem, tampouco, deixar de analisar as consequências de sua decisão, é o pensamento do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2009)

Sobre este tema, o professor Sarlet (BRASIL, 2009) acredita ser necessária superação de qualquer tipo de extremismo quando se trata de judicialização e direito à saúde, pois tanto

a rejeição da programaticidade é necessária, em algumas situações, como também é necessário o controle da concessão sem limites de alguns pedidos.

Em relação ao direito à saúde, ressaltamos que, segundo o Advogado-Geral da União àquele tempo, José Antônio Dias Toffoli, que trata a Constituição Federal, em seus artigos 196 a 200, não quer dizer garantia a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico, pois é necessário que as políticas públicas contemplem o que será abrangido pelas chamadas integralidade, universalidade, isonomia e racionalidade no uso destes serviços de saúde. (BRASIL, 2009).

Sobre o assunto em tela, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello entende não ser qualquer direito ou garantia pleno de caráter absoluto, e ainda, que os direitos ou garantias não podem ser exercidos em detrimento do interesse de terceiros, visto aqui como a coletividade, ou em prejuízo da ordem pública.

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (grifo nosso)

Por outro lado, o direito fundamental à saúde, não pode ser tolhido pela omissão dos entes que tem o dever prestacional. Nestes casos, deve o Poder Judiciário intervir de forma a garantir o acesso às ações de saúde diante da falha da União, Estado ou Município. Acerca do tema, o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009) entende que, algumas vezes a intervenção do poder judiciário, no que diz respeito às políticas públicas de saúde, pode não sanar o problema, e até mesmo agravá-lo. Porém, completa o ministro, a não existência do controle judicial pode vir a estimular condutas e atitudes de não prestação do serviço.

Outro aspecto negativo apontado por Ingo Sarlet na judicialização das políticas públicas de saúde, trata do efeito discriminatório ou anti-isonômico que este fenômeno gera, tendo em vista que se exclui quem não provoca o Poder Judiciário por razões diversas, seja a

falta de conhecimento, a falta de instrumentalização ou a falta de Defensoria Pública na localidade, dentre outros fatores. (BRASIL, 2009)

Em relação à responsabilidade ao dever prestacional nos serviços de saúde, a Constituição Federal instituiu competência comum entre União, Estados e Municípios para prestar estes serviços, segundo versa o artigo 23, inciso II desta Carta. O financiamento do Sistema Único de Saúde se dá através de recursos advindos da seguridade social dos entes acima mencionados, bem como fontes estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 29 de 2000. Destarte, segundo entendimento do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009), o Poder Judiciário e a doutrina majoritária têm entendido que, sendo a competência comum entre União, Estados e Municípios, a responsabilidade será solidária entre os entes, para responder sobre as demandas de saúde.

No que diz respeito à integralidade, assegurada pelo artigo 198, inciso II da Carta Magna, ressalta-se que não deve ser entendida como a totalidade dos serviços de saúde, ou seja, a integralidade não significa o dever prestacional do Estado em relação à totalidade de tratamentos ou insumos. Cumpre ressaltar que a integralidade se inicia a partir do momento em que há a elaboração dos orçamentos em tema de saúde pública, com a devida participação democrática dos diversos segmentos da sociedade. (BRASIL, 2009)

Diante do limite financeiro do Estado, é preciso determinar, sim, prioridades, bem como, de que forma as ações de serviços e saúde serão realizadas em observância aos princípios constitucionais e do próprio SUS.

Acerca da limitação orçamentária para a efetivação das políticas públicas de saúde, Alberto Beltrame, Secretário da Atenção Especializada do Ministério da Saúde, elucida que é necessário que existam prioridades nas ações e serviços de saúde realizados. E esclarece que com mais recursos disponíveis, seria possível ampliar o acesso às ações e serviços de saúde, reduzindo, dessa forma, as desigualdades regionais, ampliando a cobertura a ações e serviços de saúde, e incorporando novas tecnologias em insumos e medicamentos. E pondera que, caso houvesse mais recursos destinados para a saúde pública, não seria possível, ainda assim, incorporar todas as tecnologias, insumos e medicamentos pelos quais, têm sido objeto de demandas judiciais, e que frequentemente o SUS tem sido obrigado a prover individualmente. E que, seriam incorporadas ao sistema apenas àquelas “tecnologias, insumos e medicamentos que não fossem experimentais, que tivessem fortes evidências científicas em torno de sua segurança, eficiência e eficácia, e que guardassem uma estreita e adequada” no que diz respeito ao chamado custo/benefício e o custo/utilidade. (BRASIL, 2009, p. 57)

A Lei nº 12.401 (BRASIL, 2011), de 28 de abril de 2011 – precedida pelo projeto de lei nº 7.445, de 2010 - alterou a Lei nº 8.080, dispondo sobre a assistência terapêutica, como também a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. O projeto foi vetado parcialmente pela Presidência da República, sob o argumento de contrariar o interesse público. Sendo assim, importa ressaltar que o artigo 19-S foi oposto pela seguinte justificativa (BRASIL, Mensagem 133, 2011):

A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. A exclusão deste último critério pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a consequente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos.

A efetivação dos serviços de saúde está limitada pela disponibilidade orçamentária, ou seja, pela cláusula do financeiramente possível, fundamento este alegado, inúmeras vezes, pelos entes federativos, quando a eles é imposto o fornecimento de algum insumo ou serviço de saúde. Porém, importa ressaltar que diante desta alegada limitação, o Poder Público deve fazer escolhas que beneficiem a maior parte da população. E que, quando alegada a reserva do possível, deve esta ser comprovada por parte do gestor público.

Na Audiência Pública acima citada, o então Advogado-Geral da União, José Antonio Toffoli, o seguinte caso ocorrido no interior de São Paulo:

(...) um juiz, num determinado caso, num único caso individual, bloqueou bens do orçamento municipal da área de saúde para uma determinada parte. Esse prefeito cumpriu a determinação - era uma determinação imediata – e, depois, foi ao juiz, entregou a chave da prefeitura e disse: eu não tenho mais um centavo para gastar na área de saúde, porque todo o meu orçamento foi única e exclusivamente para um único indivíduo. Então, a cláusula do financeiramente possível é extremamente relevante de ser analisada e levada em consideração. (BRASIL, 2009, p. 48)

De acordo com o quadro apresentado, tem a Corte Suprema se posicionado no sentido de que, diante de demandas que pleiteiem a concretização do direito fundamental à saúde, deve o magistrado considerar de critérios ou parâmetros para a decisão, estabelecidos por aquela Corte, analisados na sequência.

Primeiramente, há de se considerar a existência de política estatal que compreenda a prestação pleiteada, pois, ao conceder uma prestação de saúde que consta nas políticas

públicas de saúde, o Poder Judiciário não está instituindo uma nova política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Caso a prestação pleiteada não seja alcançada pelas políticas do Sistema Único de Saúde, é importante que o magistrado distinga se a não prestação deriva de uma omissão do Poder Executivo ou Legislativo, ou de decisão administrativa de não fornecer ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo aspecto a ser considerado versa acerca da existência de motivação para o não fornecimento do serviço de saúde em questão. Pois, em alguns casos, o SUS não fornece tal ação por entender que não há evidências suficientes para a inclusão no sistema. Aqui podem ocorrer duas situações: o SUS fornece tratamento alternativo, mas que não se adequa ao paciente, ou SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Considerando que o Sistema Único de Saúde adotou o critério da medicina com base em evidências, e em consequência disto, adota também a utilização dos “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que incidem em um conjunto de critérios pelos quais determinam o diagnóstico de doenças e o tratamento, neste caso, a ação de saúde em desconformidade com o Protocolo deve ser analisada com cautela, pois pode vir a contrariar o consenso científico que atualmente vigora.

Dessa maneira, levando em consideração que os recursos nessa esfera são insuficientes, o tratamento fornecido pelo SUS deverá ser adotado em detrimento ao tratamento pleiteado pelo paciente, caso este não esteja acolhido pela política do SUS. Essa posição não exclui a possibilidade de que seja deferida medida diversa daquela custeada pelo SUS, caso existam razões específicas que comprovem a ineficácia do tratamento fornecido no caso concreto.

Outra situação ocorre quanto aos tratamentos puramente experimentais, ou os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Em relação àqueles, a participação ocorre por normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Quanto aos novos tratamentos, ainda não incorporados pelo SUS, é importante observar que o conhecimento médico é dinâmico, e muito rápido, circunstâncias pelas quais dificilmente serão acompanhadas pela burocracia administrativa.

E, finalmente, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade, nem tampouco, justificar a diferença em relação às diferentes opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Aqui, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial.

A constatação de que existe limite econômico em relação aos direitos fundamentais sociais, em especial, conforme pensamento de Sarlet e Figueiredo (2008, p.150), “se intensifica quando pleiteados sob a forma de direitos a prestações materiais, impõe a discussão (dos critérios) das decisões sobre a alocação dos recursos públicos”. Da mesma forma, esclarecem:

[...] relevância econômica justifica, de um lado, o cumprimento dos deveres de informação e transparência, de modo a se aferirem a distribuição e a adequada aplicação dos recursos públicos, em atenção às diretrizes específicas do SUS e aos objetivos fundamentais da República, pelo controle político e social sobre o orçamento e a eficiência das políticas públicas, segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade, no duplo sentido de vedação do excesso e da insuficiência; e, de outra parte, é contrastada com a garantia fundamental de proteção do mínimo existencial, no sentido de salvaguarda das condições materiais mínimas à vida com dignidade e certa qualidade, que permita o desenvolvimento pessoal e a fruição dos demais direitos fundamentais, sociais ou não. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 150)

Portanto, resta claro que, diante do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, o magistrado, no caso concreto, necessita tomar decisões fundamentadas no equilíbrio, de forma que não venha a abalar a estrutura do planejamento orçamentário, garantindo o direito à saúde de poucos, em detrimento de uma coletividade sacrificada. Não esquecendo de garantir o direito fundamental à saúde, pelo qual foi constitucionalmente assegurado em relação à pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isso posto, este trabalho estudou, em primeiro plano, de que forma os direitos sociais foram inseridos no contexto de ordenamento jurídico, introduzidos pela Declaração de Direitos, escrita em 1776 nos Estados Unidos, e também, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 1789 na França. Destarte, é importante que se observe o lema da Revolução Francesa, os três princípios norteadores, quais sejam: liberdade, igualdade

e fraternidade, que, segundo Bonavides (2010) é o espelho da sequência histórica das institucionalizações dos direitos fundamentais.

Cumprе ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana, também tratado, se relaciona diretamente com os direitos fundamentais, pois, a dignidade é base de todos os princípios que constam na Constituição Federal.

A partir da análise das gerações dos direitos fundamentais, resalta-se, os direitos de segunda geração, em que estão inseridos os direitos sociais, e aqui o direito fundamental à saúde.

Dando seguimento, a Teoria da Reserva do Possível foi estudada desde seu contexto histórico até seu entendimento e aplicação nos dias atuais. Também foi explorado neste âmbito, de que forma a política pública de saúde se concretiza, bem como a elaboração dos orçamentos legalmente previstos, para que, nesse sentido, a cláusula da reserva do possível não seja alegada pelo poder público a fim de se esquivar de seus deveres, em especial os prestacionais. Mas sim, que seja utilizada de maneira equilibrada, com o objetivo de garantir o bem-estar mental, físico e social do indivíduo, entendido aqui como uma coletividade, e não de forma isolada.

Em seguida, analisou-se o fenômeno da “Judicialização das políticas públicas de saúde”, frente à grande importância da possibilidade de interferência do judiciário, tendo como objetivo de concretizar o direito, já assegurado legalmente, porém, recusado de forma injusta pelo Poder Público, com a finalidade de garantir o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Cumprе ressaltar que o julgamento no caso concreto deve observar a razoabilidade da pretensão, bem como a disponibilidade financeira do Estado.

As decisões dos magistrados devem ser sempre equilibradas, a fim de que o direito social à saúde não seja tolhido pela omissão injustificada do poder público, nem, tampouco, seja garantido o direito à saúde de um indivíduo em detrimento de uma coletividade. Aqui também foram analisados os aspectos positivos e negativos do processo de judicialização, como também, por fim, os critérios e parâmetros que estão sendo adotados pela Suprema Corte, a fim de se tomar uma decisão repleta de equilíbrio.

Portanto, é importante que diante do crescente número de mandados judiciais concedendo serviços de saúde, exista investigação em relação às alegações do pleito, bem como a análise dos impactos orçamentários advindos dessas decisões, com a finalidade de organizar o e garantir o acesso do cidadão às políticas públicas de saúde. Pois a investigação do perfil dos mandados judiciais leva a melhor compreensão das necessidades da população, no que diz respeito a assistência à saúde. Dessa forma, é possível que, diante de tais

constatações, haja um melhor planejamento estratégico e orçamentário das políticas públicas de saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. p. 807. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2235/A_Nova_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 01 nov. 2011.

BRASIL. **Lei Nº 12.401, de 28 de Abril de 2011**. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em 12 out. 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em 12 out. 2011.

BRASIL, **Mensagem nº 113, de 28 de abril de 2011**. Presidência da República. Publicação: Diário Oficial da União - Seção 1 - 29/04/2011 , Página 4 (Veto). Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2011/lei-12401-28-abril-2011-610586-veto-132351-pl.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF - Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília: 29 abr. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública:** saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE (AgR) nº 271.286. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 91 / AL. Relator: Min. Presidente. Decisão Proferida pelo(a), Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 fev. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR / CE – Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Julgamento: 17/03/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010, EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti et. al. **A judicialização do direito à saúde:** a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.

HAAS, Adriane; HOFFMANN, Eduardo. **Judicialização Da Saúde**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e prestação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais:**

Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. In: ADPF 45

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **O controle judicial das políticas públicas: a Fundamentalidade do direito ao desenvolvimento e a Concretização do mínimo existencial**. In: XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2011. **Anais eletrônicos**. Belo Horizonte. p. 8167 - 8154. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática, Madrid: Taurus (Cuadernos para el Diálogo, 1975), p. 13. Citado em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, PAULO Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela nº 0023694-17. Juiz de Direito: Airton Pinheiro. Natal, 25/02/2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70036614030. Apelação Cível / Reexame Necessário. Estado do Rio Grande do Sul e Ildegard Schadeck. Relator: Maria Isabel Souza. Porto Alegre, 25/11/2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70045735826, Primeira Câmara Cível. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 27/10/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul., 2008.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação 0008872-30.2009.8.26.0053. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público. Relator(a): Luiz Sérgio Fernandes de Souza. São Paulo: 21/11/2011.

VASCONCELOS, Cipriano Maia. **O Sistema Único de Saúde**, In: Tratado de Saúde Coletiva. São Paulo-Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/Hucitec, 2006.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, mar., p. 13-25, 2011.