

RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL: LIMITES E APORIAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

RESERVE OF POSSIBLE IN BRAZIL: LIMITS AND UNSOLVED SITUATION FOR EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT TO HEALTH

Sônia do Carmo Groberio¹

Alexandre de Castro Coura²

RESUMO

A teoria da “reserva do possível” surgiu na Alemanha com o entendimento da Corte Constitucional de que os cidadãos só podem exigir do estado aquilo que razoavelmente se pode esperar. A teoria vem sendo adotada no Brasil como reserva do financeiramente possível refletindo na efetivação dos direitos sociais fundamentais, principalmente à saúde. Optou-se pela abordagem na doutrina e análise das decisões judiciais sobre a temática através de acórdãos do STF e Tribunais de segundo grau, identificados por meio de pesquisa jurisprudencial, no site do STF, com a utilização das palavras-chave: “direito”; “saúde”; “mínimo existencial”; “orçamento”; e “reserva do possível”, o que permitiu constatar que a cláusula da reserva do possível se traduz em limites e aporias para a efetividade do direito social fundamental à saúde e que embora o esforço do Poder Judiciário, através de estudo do CNJ para implementação de parâmetros e diretrizes para as decisões judiciais, ainda existem muitas divergências nos tribunais com decisões “solitárias” e para além das questões do

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória/ES. Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, FDV- Faculdades de Vitória. Licenciatura plena em Educação Física pela Universidade Federal do Espírito Santo, graduação no Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, graduação em Direito pelo Centro Universitário de Vila Velha. Especialização em Segurança Pública pela Universidade Federal do Espírito Santo. Gerenciamento em Segurança Pública com função exercida em Diretoria de Ensino, Corregedoria, Comando de Policiamento Ostensivo Metropolitano, área de trânsito Urbano e Rodoviário e Comando de Policiamento Municipal(Comando de Batalhão). Integrante do Grupo de Pesquisa “Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) da FDV. Advogada OAB/ES 29878. Email: sonia.groberio@gmail.com

² Realizou pós-doutorado como visiting scholar na American University Washington College of Law e visiting foreign judicial fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Possui doutorado e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ocupou o cargo de professor adjunto nível II no Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Atualmente é professor efetivo do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Tem experiência nas áreas de Teoria do Direito e Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Desenvolve e orienta pesquisas relacionadas a direitos e garantias fundamentais, hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional. Email: acastrcoura@gmail.com

orçamento.

Palavras-Chave: Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direito à Saúde.

ABSTRACT

The theory of the reserve of the possible arose in Germany with the Constitutional Court's understanding that citizens can only demand from the state what can reasonably be expected. The theory has been adopted in Brazil as a reserve of the financially possible reflecting on the realization of fundamental social rights, especially health. We opted for an approach in the doctrine and analysis of judicial decisions on the subject through of judgments of the STF and Courts of second degree, identified by means of jurisprudential research, in the STF's website, using the keywords: "Right"; "Cheers"; "Existential minimum"; "budget"; And "reserve of the possible", which allowed to verify that the clause of the reservation of the possible is translated into limits and unsolved situation for the effectiveness of the fundamental social right to health and that although the effort of the Judiciary Power, through study of the CNJ for the implementation of Parameters and guidelines for judicial decisions, there are still many discrepancies in the courts with "solitary" decisions and beyond budget issues.

Keywords: Possible Reserve. Minimum Existential. Health to Righ.

INTRODUÇÃO

O debate em torno da efetividade dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, ainda continua atual embora a Constituição Brasileira de 1988 tenha sido promulgada a mais de vinte e cinco anos. Nesses debates desponta a questão da efetividade do direito fundamental social à saúde que se apresenta como um grande desafio para o Estado e para a sociedade.

Na tentativa de apresentar soluções para a delicada situação, vem ocorrendo nos últimos anos, uma crescente judicialização de demandas invocando o direito fundamental à saúde, exigindo-se decisões diversificadas e inovadoras que incluem controle de ações da administração pública em relação aos direitos fundamentais sociais e alocação de recursos públicos. Na mesma proporção da crescente intervenção do judiciário, crescem as críticas e discussão sobre a legitimidade dessa atuação.

Além da crescente intervenção, as decisões do judiciário são divergentes para atendimento ao direito à saúde, pois quando o Estado invoca a teoria da reserva do possível por implicar em mudanças no orçamento, ora as decisões judiciais aceitam essa justificativa e em outras decisões determinam o atendimento às pretensões, interferindo sobremaneira na organização financeira do Estado.

Serão apresentadas inicialmente algumas considerações sobre a classificação histórica dos direitos fundamentais em “geração de direitos” e na doutrina mais recente sobre as “dimensões” dos direitos para na sequência tratar dos direitos sociais e do mínimo existencial como direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Posteriormente, será tratado sobre a teoria da reserva do possível fazendo uma correlação com a efetividade do direito à saúde e o mínimo existencial.

Na parte final serão analisadas algumas decisões judiciais relevantes sobre o direito à saúde e que envolvem o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, tratando dos limites e aporias da efetivação do direito social fundamental à saúde. As decisões referidas foram pesquisadas nos acórdãos do STF e Tribunais de segundo grau, identificados por meio de pesquisa jurisprudencial, no site do STF, com a utilização das palavras-chave: “direito”; “saúde”; “mínimo existencial”; “orçamento”; e “reserva do possível”. Serão apresentadas também algumas iniciativas do judiciário através do Conselho Nacional do Justiça(CNJ) que visam estabelecer parâmetros e diretrizes para as decisões judiciais na área da saúde.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE “GERAÇÕES” E “DIMENSÕES” DOS DIREITOS

A classificação histórica dos direitos humanos em “gerações” surgiu segundo registros de Trindade (2000, p.15) de forma despretenciosa quando o Jurista Karel Vazak, em 1979, ao proferir uma aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, utilizou a expressão "gerações de direitos do homem", com a intenção de demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da “liberdade, igualdade e fraternidade” da Revolução Francesa. Dessa forma, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. A segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade. E a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, simbolizando a fraternidade.

A expressão utilizada por Karel Vazak foi divulgada por vários juristas principalmente por Bobbio(1992, p. 32)³, que tem sido inclusive indicado como autor da classificação. Em sua historicidade dos direitos o referido autor registra que os direitos “surtem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”

Às gerações de direitos foi acrescida por Bonavides (2000, p.522), uma quarta geração composta pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, seguindo dessa forma a classificação de direitos em gerações. Existem muitas críticas em relação à classificação dos direitos em Gerações, destacando-se que o termo "geração" pode levar ao entendimento da substituição de uma geração por outra, o que não ocorre, pois os direitos de liberdade não desaparecem quando surgem os direitos sociais e assim por diante. Existe uma acumulação de direitos e não uma sucessão. E acrescentam que os direitos não seguiram historicamente a sequência apresentada nas gerações. Um exemplo claro ocorreu no Brasil onde vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos, como na "Era Vargas", durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade de imprensa, de reunião, de associação, uma vez que o país estava sob um regime de exceção democrática.

Dessa forma, alguns autores passaram a utilizar a expressão dimensão de direitos, mas não em substituição à palavra gerações e sim como um entendimento de que os direitos têm uma característica multidimensional podendo ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal, (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão), não se estabelecendo hierarquia entre essas dimensões. Para Oliveira Cattoni (2003, p.111), a utilização dessas dimensões ultrapassa a perspectiva meramente cronológica e possui, com certeza, uma preocupação cronológica.

Exemplificando, temos o direito social à saúde. Inicialmente a saúde tem uma

³ O Supremo Tribunal Federal já reproduziu a teoria das gerações dos direitos fundamentais, no voto do Min. Celso de Mello. (STF, MS 22164/SP).

conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos, dentre outros ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, permitindo, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de diminuir os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio (OMC), apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS⁴. E podemos ainda dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

Outra crítica é sobre a consideração de que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa classificação dos direitos por *status* foi desenvolvida por Jellinek e considera que os direitos civis e políticos teriam o *status* negativo, pois implicariam em um não agir ou omissão, por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos, por sua vez, teriam um *status* positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir ou uma ação por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas. Essa distinção é utilizada por muitos juristas, sem questionamento. Ocorre que todos os direitos fundamentais só serem concretizados mediante a adoção de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um agir ou não agir por parte do Estado através de gastos de verbas públicas.

A proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda

⁴ Processo instaurado pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (TRIPS Agreement), firmado pelos países membros da OMC. Na conclusão do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produzisse medicamentos genéricos anti-Aids, desde que assumia o compromisso de avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas.

geração, teria, na classificação tradicional, *status* positivo. No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado *não pode* agir contra a saúde dos cidadãos). Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito à saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas.

Para Ingo SARLET (2007, p.90) o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

O impedimento dessas ingerências por parte do Estado e a obrigação de estabelecimento de políticas públicas para efetivar o direito à saúde está correlacionado ao entendimento de que os direitos sociais são fundamentais pela ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana que visa a proteção do mínimo existencial, como será tratado a seguir.

1.1 MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

A afirmação de que os direitos sociais são fundamentais não possui aceitação unânime existindo controvérsias entre os autores sobre esse entendimento. Mas Ingo Sarlet(2007, p.33)destaca que é a Constituição Federal de 1988 o referencial que serve de guia para a constatação de que os direitos sociais são direitos fundamentais, pois uma simples análise do texto constitucional mostra que o constituinte de 1988 reconheceu um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais sociais o que contribui para uma compreensão de que os direitos sociais são direitos fundamentais.

Registra-se também que na Constituição atual encontramos um extenso rol de direitos sociais no artigo 6º, capítulo II, Título II e nos artigos 196 ao 200 que trata especificamente do direito à saúde. Para Sarlet(2007, p.90 e ss), não importa a localização topológica, pois o entendimento é de que os direitos sociais são fundamentais compreendendo os previstos nos tratados internacionais que são regulados e incorporados no nosso ordenamento jurídico, conforme previsão do Inciso II do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988. Além disso, como ressalta Torres(2008,p.69), não houve complementação de lei ordinária relativa aos direitos sociais, mas a tipologia dos direitos sociais inclusa na constituição de 1988, levou a assimilação dos direitos sociais como fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas definições administrativas de políticas públicas.

Outra compreensão de que os direitos sociais são fundamentais é a ligação que esses direitos possuem com os direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, através da principiologia constitucional. A dignidade da pessoa humana é um princípio que se espalha por toda a Constituição Federal e está ligado ao mínimo existencial.

Em relação à efetividade dos direitos sociais no Brasil, vivenciamos fases na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Conforme Torres (2008, p.74), em relação à Legislação, elencamos a extensão dos direitos sociais fundamentais na Constituição Brasileira de 1988; as mudanças constitucionais ocorridas no período de 1995 a 2004; As Emendas Constitucionais que tratam da vinculação de receitas à área da saúde; a reforma tributária; a criação do SUS; o surgimento de remédios para idosos; o incremento na assistência social, com os programas Bolsa escola e Bolsa família; o programa “fome zero” e a publicação do Estatuto do idoso.

Na Doutrina, segundo Torres (2008,p.74), o surgimento da compreensão do Mínimo existencial que é tratado como o mínimo necessário para existência humana digna, com fundamento na dignidade da pessoa humana, teve a influência de autores renomados como Jhon Rawls, Habermas e Alexy, cujas teorias foram introduzidas na década de 90 no Brasil. Registra-se que a tratativa sobre o mínimo existencial de forma precursora no Brasil, foi do próprio Ricardo Lobo Torres. E temos ainda Ingo Sarlet (2008, p.77) que trata com profundidade sobre o tema em suas obras seguindo a Doutrina alemã.

Barcellos (2002,p.28) contribui também com a doutrina sobre a temática, estabelecendo um conceito para o mínimo existencial que segundo a autora se caracteriza

como “Educação fundamental, Saúde básica, Assistência aos desamparados e Acesso à justiça.” Na sequência, será tratado sobre a questão da reserva do possível, o mínimo existencial e orçamento.

2 RESERVA DO POSSÍVEL: MÍNIMO EXISTENCIAL E ORÇAMENTO

Historicamente a discussão sobre a teoria dos custos dos direitos e do mínimo existencial surgiu na segunda metade do século XX, período em que a segunda dimensão dos direitos fundamentais se fez sentir de forma expressa na legislação constitucional do mundo, primando pela efetividade dos direitos referentes que tinham como carro chefe o conceito de igualdade material.

Dentro da perspectiva da igualdade material, uma vez que já se reconhecia as desigualdades fáticas, tornou-se imprescindível que o Estado passasse a agir ativamente pela promoção de direitos para a classe social desfavorecida econômica, social e culturalmente, sob pena de que tais pessoas quedassem-se inevitavelmente afastadas da possibilidade das condições mínimas de sobrevivência que deve ser aliada a um conceito de dignidade, por mais subjetivo que este possa ser.(CANOTILHO, 2003, p...)

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha, quando a Corte Constitucional Alemã proferiu decisão no caso *numerus clausus*⁵, considerando que o direito à prestação positiva, ou seja, o número de vagas nas universidades, encontrava-se dependente da reserva do possível. Conforme Ingo Sarlet (2003, p.265), o Tribunal alemão entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de maneira que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

No Brasil, a interpretação da teoria da reserva do possível alemã transformou-se em uma teoria da reserva do financeiramente possível, sendo considerada como limite à

⁵ Ver Ingo Sarlet (2003, p.265) Decisão em demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. A pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. Andreas Krell apud Sarlet (2008, p. 30), explica que a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado, posto que se enquadram como direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos. Assim, caberia aos governantes e aos parlamentares a decisão sobre a disponibilidade dos recursos financeiros do Estado.

A efetivação desses direitos fundamentais, para Sarlet (2003, p.286), encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado. Ressalta-se que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. De acordo com o referido autor “para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito”.

E enfatiza Sarlet (2008, p.30) que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange em primeiro lugar, a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; em segundo lugar a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos - distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras. Equacionamento no caso do Brasil, sistema constitucional federativo; e por último, envolve o problema da proporcionalidade da prestação quanto à sua exigibilidade e também da razoabilidade. Dessa forma, a efetividade do direito à saúde oscila entre a reserva do possível e o mínimo existencial, tendo de um lado o Estado alegando suas dificuldades orçamentárias e de outro o reclame pelo atendimento ao mínimo existencial, como será tratado no próximo tópico.

2.1 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Com a crescente demanda para soluções através do poder judiciário em relação ao direito à saúde, surgem dificuldades de solucionar questões em relação às tensões entre o mínimo existencial e direitos sociais sem romper com os princípios orçamentários, a reserva

do possível. Verifica-se que o direito à saúde é afetado diretamente pela reserva do possível, pois implica na existência de recursos. É uma realidade na qual um direito fundamental, que é constitucionalmente reconhecido, fica à mercê da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, sendo uma problemática para sua efetividade.

Entende-se, que nos casos de omissão ou desvio das finalidades firmadas na Magna Carta de responsabilidade dos órgãos legiferantes, o Poder Judiciário pode(e deve) decidir sobre esse gabarito existencial mínimo, na forma como vem fazendo o Supremo Tribunal Federal, blindado contra a invocação da cláusula da “reserva do possível”(COURA;MIYAMOTO, 2015, p.88). Nesse contexto, temos que a vida é prioritária em relação à reserva do possível, mesmo com comprometimento de outras demandas, mesmo com falta de recursos deve-se garantir o mínimo existencial. Dessa forma, não basta reconhecer a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o cumprimento das decisões judiciais, pois não são questões apenas de ordem financeiro- orçamentária. As decisões implicam também em disponibilidade de leitos, existência de aparelhos médicos avançados, profissionais habilitados, realização de perícias, antes da concessão do tratamento solicitado (AMARAL, 2008, p.35).

A crescente judicialização do direito à saúde leva a discussão da reserva do possível na condição de limite fático jurídico à efetivação judicial de direitos fundamentais como um todo no entendimento de Sarlet (2008, p.32) e não só do direito à saúde. Acrescenta o autor que o eventual impacto da reserva do possível poderá ser minimizado mediante o controle, também jurisdicional das decisões políticas quanto à alocação dos recursos. Dessa forma, será abordado no próximo tópico sobre a judicialização do direito à saúde e a reserva do possível, apresentando os limites e aporias ou dificuldades encontradas para a efetividade desse fundamental direito.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSIVEL: LIMITES E APORIAS

A progressiva influência que o Judiciário vem exercendo nas políticas públicas de saúde não o isenta de contradições e desafios (ARSENSI; PINHEIRO,2015, p.135), além de trazer um debate sobre quais são os limites e aporias em contribuir para a efetivação desse direito. Registra-se que qualquer intervenção judicial que seja realizada de forma contínua

influencia nas políticas públicas em relação ao orçamento, planejamento, gestão, dentre outros, principalmente em relação à saúde. A justificativa do Judiciário é que existe a necessidade de celeridade das decisões, pois existe relação direta com o direito à vida e a complexidade do que significa tratamento e prevenção são elementos que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais.

A reserva do possível tem sido invocada pelos Estados pra se eximirem da efetivação dos direitos sociais à saúde diante das dificuldades financeiras e a necessidade ao atendimento às outras políticas públicas. E o Supremo Tribunal Federal, tem decidido de forma diferenciada, às vezes no sentido maximalista, dilargando o conceito de direitos sociais fundamentais, e concedendo o solicitado e em outras vezes negando o atendimento ao direito à saúde seguindo as alegações dos Estados quanto à questão orçamentária. Visando ilustrar essa situação foram compiladas e analisadas algumas decisões Judiciais, como nos excertos a seguir.

No ARE 745745 Agr / MG - MINAS GERAIS julgado em 2014, tendo como Relator o Min. CELSO DE MELLO, verifica-se que o Município invocou a reserva do possível para demanda quanto à manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, sendo julgado pela impossibilidade de sua invocação por inobservância do mínimo existencial:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL** (RTJ 200/191-197) – [...] - DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. STF – ARE 745745 AgR/MG- MINAS GERAIS, JULGADO EM 2014.

No mesmo sentido, na decisão do recurso extraordinário com agravo julgado em 2014, no qual discutia-se o custeio por parte do Estado de serviços hospitalares realizados por Instituições privadas em benefício aos paciente do SUS, nos casos de urgência e falta de leitos na rede pública, foi invocado a teoria da reserva do possível, como se segue.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL** (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – **A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO** –[...] – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. **(Grifo nosso).**

Foram encontrados também julgados que mostram que nem todos os ministros são totalmente favoráveis ao reconhecimento da saúde irrestrita e do direito de acesso aos medicamentos e tratamentos sem que antes sejam verificadas as condições financeiras do Estado. Nesse sentido, a decisão de suspensão de segurança do STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3.073/RN. RELATORA MIN. ELLEN GRACIE. DECISÃO EM: 09/02/2007 na qual o Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. [...] A

Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à **economia públicas**. [...]

A ministra se manifestou dizendo que estava devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. E acrescentou que a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca **uma maior racionalização entre o custo e o benefício** dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. O entendimento nesse caso é a de que o artigo 196 da Constituição refere-se à efetivação de políticas públicas de acesso igualitário a todos os cidadãos e não de forma diferenciada, pois estaria, dessa forma, reduzindo o acesso do restante da coletividade aos serviços de saúde básicos. Dessa forma as opiniões sobre o tema são divergentes. **(Grifo nosso).**

Verifica-se que os Tribunais de segunda instância também não são unânicos em suas decisões como na confirmação do direito ao recebimento dos medicamentos na decisão do Tribunal de Minas Gerais a seguir.

MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS QUE NÃO FAZEM PARTE DA FARMÁCIA BÁSICA - RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO - AUSÊNCIA. - **SE OS RECURSOS PÚBLICOS SÃO ESCASSOS, PRINCIPALMENTE OS MUNICIPAIS, DEVEM SER HARMONIZADOS PARA ATENDIMENTO DE TODOS OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.** PORTANTO, O PARTICULAR DEVERÁ RECLAMAR DO MUNICÍPIO AQUELES MEDICAMENTOS INCLUÍDOS NA FARMÁCIA BÁSICA E DO ESTADO OS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS, ASSIM DEFINIDOS ATRAVÉS DE PORTARIA EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE, **NÃO SE AFIGURANDO RAZOÁVEL QUE UM ENTE RESPONDA PELAS ATRIBUIÇÕES DO OUTRO, SEM QUALQUER PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA TANTO.** - SENTENÇA REFORMADA. TJMG – PROCESSO Nº 1.0699.06.064557-8/002 – RELATOR: DES. EDUARDO ANDRADE – DECISÃO EM: 05/08/02.

Nesse caso, foram acolhidas as considerações do Município quanto a falta de disponibilidade de recursos públicos para o fornecimento do medicamento em detrimento de outras garantias básicas, direitos fundamentais sociais, com justificativa na teoria da Reserva do Possível.

Recentemente, verifica-se que vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável (GOUVEIA, 2003, p. 113). Tais decisões dificultam a Administração na capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma dessas decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, em termos de atendimento à coletividade, impediria a otimização das possibilidades estatais em relação à promoção da saúde pública.

No entendimento de Gouvêa, “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais.” (GOUVÊA, 2003, p.113). E continua o referido autor esclarecendo que as autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, “constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

No mesmo sentido LIMA (2010, p.238) entende que a limitação de recursos públicos no Brasil é um fato a ser considerado, sendo exagerado defender a ideia de que o Estado possa conceder para qualquer pessoa toda e qualquer prestação na área da saúde, situação que não existe nem mesmo em países de melhor condição econômica. Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, conforme disposto no artigo 196 da Constituição, observados critérios racionais de aplicação.

Em virtude desses posicionamentos e decisões divergentes sobre a temática, verificou-se a necessidade por parte do Conselho Nacional de Justiça de se estabelecer parâmetros e diretrizes para as decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde, como será tratado no próximo tópico.

3.1 PARÂMETROS E DIRETRIZES PARA AS DECISÕES JUDICIAIS

Existem vários questionamentos gerais em relação ao protagonismo do Judiciário nas decisões sobre o direito à saúde, para além do orçamento, bem como sugestões para melhoria dessas decisões. Os questionamentos giram em torno da falta de legitimidade por parte do poder judiciário; inobservância do princípio da separação de poderes; a falta de conhecimento técnico sobre o assunto; a influência da emoção nas decisões; o sequestro de recursos que o Estado empregaria em outras áreas igualmente importantes como a segurança pública e a realização da microjustiça.

E em relação às sugestões temos que as decisões deveriam conter uma melhor fundamentação Jurídica; é preciso ter uma definição clara sobre o significado de hipossuficiência; o acesso ao orçamento e exigência das condições do orçamento do Estado devem ser comprovadas; deve haver transparência nas decisões e ainda deverão ser realizadas audiências públicas para tratar da temática com toda a sociedade interessada, dentre outras.

Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça sinalizou a preocupação com essas decisões e realizou um estudo (ARSENSI; PINHEIRO, 2015, p.5) ⁶ visando estabelecer diretrizes e parâmetros para as decisões judiciais na área da saúde em todos os tribunais brasileiros. As diretrizes estabelecidas são ainda muito recentes e estão em fase de experimentação e não é possível verificar seus efeitos, mas significa um grande avanço. Conforme registro no estudo realizado, nos últimos anos, o Judiciário buscou se debruçar de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem procurado fazer que este ato não seja necessariamente uma decisão “solitária”. Verifica-se que o crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica.

A atuação perene do Judiciário trouxe a necessidade daquele Poder reconfigurar suas estratégias e pensar em meios e formas de atuar judicial e extrajudicialmente na efetivação da saúde. Além disso, trouxe desafios cotidianos aos magistrados. Os espaços institucionais internos do poder judiciário - tais como o Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional do Judiciário e os Comitês Estaduais - serviram como instrumentos catalisadores de anseios e discussões em todo o Brasil.

Verifica-se que a necessidade de celeridade das decisões, a relação direta com o direito à vida e o mínimo existencial, a complexidade do que significa tratamento e

⁶ Estudo realizado em 2015 pelo CNJ e que contém dados e experiência da Judicialização da saúde no Brasil.

prevenção, são elementos específicos do direito à saúde em relação aos demais direitos sociais, e dessa forma, devem ser tratados de forma diferenciada.

Dentre as considerações do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, foram apresentados alguns desafios como as necessidades de enfatizar a saúde como política de Estado: o primeiro passo consiste em reconhecer que o direito à saúde não se esgota na norma constitucional e que as políticas públicas devem ter continuidade, configurando-se como políticas de Estado, e não de governo; Intensificar o espaço de diálogo institucional: no cotidiano de suas ações, as instituições jurídicas têm a atribuição de atuar na efetivação do direito à saúde, responsabilizando e dialogando com os diversos atores sociais envolvidos em sua concretização; Articulação com mecanismos participativos: o cenário da efetivação do direito à saúde, nos dias de hoje, passa não somente por uma relação estanque e episódica entre a sociedade, que figura como demandante, e o Estado, que é o responsável pela política (Executivo) ou por resolver conflitos (Judiciário).

A Lei n. 8.142/1990 consolidou espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde – os Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde – espaços relevantes para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem a horizontalização da relação Estado-sociedade, o que não é observado por muitos magistrados.

Foram incluídos também nas considerações a necessidade de se institucionalizar as experiências, que ainda são muito dependentes de iniciativas individuais: as experiências ainda são muito pontuais, apesar de cada vez mais frequentes, sendo necessário constituir espaços para lhes dar visibilidade e para uma discussão pública a respeito de fatores de sucesso, desafios de institucionalização e, principalmente, sobre a possibilidade de replicação em outros municípios, estados ou, até mesmo, na União; Realizar a capacitação inteligente de todos os atores: transitar na área da saúde enseja a necessidade de mútua capacitação de todos os atores políticos, jurídicos e participativos para a efetivação deste direito. Pelo conteúdo do estudo importantes medidas foram apontadas mostrando um grande avanço por parte do Conselho Nacional de Justiça em relação às decisões sobre o direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A classificação histórica dos direitos humanos em “gerações” surgiu de forma despretensiosa através do Jurista Karel Vazak quando utilizou a expressão "gerações de

direitos do homem", com a intenção de demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da "liberdade, igualdade e fraternidade" da Revolução Francesa.

A classificação ganhou notoriedade e posteriormente surgiram muitas críticas em relação à essa classificação, destacando-se que o termo "geração" pode levar ao entendimento da substituição de uma geração por outra, o que não ocorre. Dessa forma, alguns autores passaram a utilizar a expressão dimensão de direitos, com um entendimento de que os direitos têm uma característica multidimensional podendo ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões.

No mesmo sentido, a afirmação de que os direitos sociais são fundamentais também não possui aceitação unânime existindo controvérsias entre os autores sobre esse entendimento, mas destaca-se que é a Constituição Federal de 1988 o referencial que serve de guia para a constatação de que os direitos sociais são direitos fundamentais além da ligação que esses direitos possuem com os direitos humanos e à dignidade da pessoa humana através da principiologia constitucional.

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha, quando a Corte Constitucional Alemã proferiu decisão no caso *numerus clausus*. No Brasil, a interpretação da teoria da reserva do possível alemã está sendo considerada e aplicada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, estando a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado. Dessa forma, para garantir o acesso ao direito social à saúde, e evitar essas limitações, o Judiciário assumiu um importante papel, ficando responsável por determinar a aplicabilidade das disposições constitucionais, obrigando o Estado a cumprir o seu papel.

Ao analisar as decisões verifica-se divergências entre elas pois ora o Estado invoca a teoria da reserva do possível por implicar em mudanças no orçamento, ora as decisões judiciais aceitam essa justificativa e em outras decisões determinam o atendimento às pretensões, interferindo sobremaneira na organização financeira do Estado. Em virtude dessa atuação do judiciário, surgiram questionamentos gerais em relação às decisões sobre o direito à saúde, para além das questões do orçamento, como a falta de legitimidade por parte do poder judiciário; inobservância do princípio da separação de poderes; a falta de conhecimento técnico sobre o assunto; a influência da emoção nas decisões; o sequestro de recursos que o Estado empregaria em outras áreas igualmente importantes como a segurança pública e a realização da microjustiça.

Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça sinalizou a preocupação com as decisões e realizou um estudo em 2015, visando estabelecer diretrizes e parâmetros para as decisões judiciais na área da saúde em todos os tribunais brasileiros. As diretrizes estabelecidas são ainda muito recentes e estão em fase de experimentação e não é possível verificar seus efeitos, mas significa um grande avanço. Verificou-se que a progressiva influência que o Judiciário vem exercendo nas políticas públicas de saúde não o isenta de contradições e desafios, além de trazer um debate sobre quais são os limites e aporias em contribuir para a efetivação desse direito. Observa-se que esses desafios incidem sobre a relação entre Estado, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde e de consolidação da saúde pública e suplementar. Verifica-se que urge a importância de se estabelecer uma política judiciária nacional e simultaneamente local para a saúde em todo o Brasil.

Destaca-se que além dos parâmetros e diretrizes para estabelecer limites para as decisões judiciais é necessário que os Estados também estabeleçam suas reais limitações em termos de orçamento para se evitar as aporias que surgem quando o Judiciário decide e o Estado não cumpre invocando a reserva do possível, criando um impasse e consequente inefetivação do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. MELLO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Organizadores). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2008, capítulos 1, 3 e 4.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO Roseni.(Coordenadores). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 142 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COURA, Alexandre de Castro; MIYAMOTO, Yumi Maria Helena. **Controle Jurisdicional de políticas públicas e mínimo existencial**. In: Ingo Wolfgang Sarlet e outros (Org.) **Direitos Humanos e Fundamentos na América do Sul**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2015, p.88

LIMA. George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos**

direitos fundamentais. 2003, p.4 Disponível em: <<https://jus.com.br>> Acesso em: 16/05/2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 88. Belo Horizonte: UFMG- Pós-graduação da Faculdade de Direito, dezembro de 2003, p. 109- 147.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional:** interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Organizadores). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2008, capítulos 1, 3 e 4.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33 e SS.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Recurso Especial nº 535533-MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Decisão unânime. Brasília, 02.10.03. DJ de 28.10.03, p. 221. Disponível a partir de: <<http://juris.cjf.gov.br/Jurisp/Jurisp.asp>>. Acesso em: 21/05/2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Organizadores). **Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2008, capítulos 1, 3 e 4.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional.** Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm> Acesso em: 09 de maio de 2016.

Submetido em 05.11.2019

Aceito em 20.03.2020