

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: A (IM)PROVÁVEL CONVERGÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

Guilherme Prata Garcia Cordeiro¹

Renê Bernardes de Souza Júnior²

RESUMO

Em razão da especial tutela constitucional dispensada à saúde pública e de sua hostil realidade, o Judiciário em sua função típica de dizer o direito, vê-se obrigado, no mais das vezes, a sopesar a reserva do possível, como principal tese da Fazenda Pública a explicar a deficiência no oferecimento do direito antes mencionado, o mínimo existencial e a vedação do retrocesso, calcados nas garantias e princípios basilares do Estado de Direito, e que estão, por sua vez, a alicerçar os pedidos do particular. Traçar um paralelo entre essas teorias nas suas implicações aos casos em que se pleiteia, em juízo, o direito à saúde pública, com amparo, sobretudo, no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, buscando racionalizar uma provável convergência entre elas com a máxima efetividade desse direito é o objetivo deste trabalho. E isso parece ser possível a partir do momento em que o Judiciário passa a agir mais criteriosamente, o que acaba por destacar a concretização daquilo que, segundo Hesse, se denomina de vontade da Constituição.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Reserva do possível. Mínimo existencial. Vedação do retrocesso.

¹ Acadêmico da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: guilherme.pgc@hotmail.com
² Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2.007) e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2.000), com experiência profissional e acadêmica em: Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Educacional e Ciência Política. Professor na Universidade de Uberaba.

INTRODUÇÃO

Ante o crescimento alarmante de ações judiciais que têm por fito a prestação da saúde pública a ser efetivada por meio de decisão do Poder Judiciário uma pergunta se faz inevitável: até que ponto tal prática é virtuosa? Seguindo essa mesma linha, seria possível na seara judiciária uma compatibilização da reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso a fim de se viabilizar uma prestação de saúde que atenda a vontade da Constituição?

Por certo que a resposta não pode ser simplória; as questões que envolvem o fenômeno da judicialização da saúde pública além de demandarem uma análise casuística merecem extrema prudência do julgador por abarcar não só o aspecto jurídico, mas também o social.

Neste sentido o presente artigo faz uma análise da legislação pertinente, das causas, motivos e efeitos daquilo que tem sido feito no desiderato que rever conceitos, princípios e alcance, mas, sobretudo, tenta abalizar razões com o fim de adequar a realidade pública sem tolher o direito daquele que necessita, mas também sem fragilizar (ainda mais) o Sistema Único de Saúde.

É também com essa mentalidade que o estudo buscará notas jurisprudenciais pertinentes e as investigará para, a partir de uma comparação sistêmica, traçar um paralelo na qual seja possível demonstrar juridicamente uma compatibilização plausível que adéque as disposições constitucionais relativas à saúde pública com a realidade atualmente vivenciada.

Daí a importância deste trabalho. A situação hoje enfrentada por aqueles que necessitam da prestação da saúde por parte do Estado, ou seja, de natureza pública, é infelizmente das mais variadas sorte de escassez: de médicos a esparadrapos. Porém, por outro lado, a Constituição da República de 1988 foi extremamente generosa ao dispor sobre o direito à saúde.

Diante dessa real desarmonia e da atuação cada vez mais frequente do Estado Judiciário no cumprimento das obrigações do Estado Executivo no que diz respeito à saúde pública, é que se revela o objeto de estudo e o valor deste artigo.

Assim, a garantia da máxima eficiência desse direito ainda que oriunda de ordem judicial e por consequência a saúde do próprio SUS, dentro das possibilidades proporcionadas pelo conjunto normativo material e processual existentes, e, não se olvidando das teorias da

reserva do possível, do mínimo existencial e do princípio da vedação do retrocesso é o matiz que guiará o desenvolver do presente estudo.

1 O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO COM A SAÚDE

Com o fim da 1ª Guerra Mundial o Estado Liberal ficou fragilizado por conta de restar evidenciada sua incapacidade de atender as demandas sociais, acabando por resultar em uma grande mudança estrutural de paradigma que culminou no estabelecimento do Estado Social.

Nessa nova perspectiva, buscou-se superar as desigualdades sociais existentes por meio da consagração de direitos sociais.

No Brasil, como é de tradição desde 1934, a Constituição consagra tais direitos que exigem, por parte do Estado, prestações positivas que visem a estabelecer condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos (FERREIRA FILHO. 2012, p. 279). Equivale dizer, portanto, que a implementação de tais direitos será obtida por meio de políticas públicas que privilegiem a dignidade humana.

Na atual realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 estatuiu em seu art. 6º que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Impende observar, porém que referidos direitos foram desdobrados em outros dispositivos constitucionais, como, à guisa de exemplo, os arts. 7º e 8º, e 194 a 204.

Neste sentido, o direito à saúde ficou institucionalizado, notadamente, no art. 196 da Constituição da República de 1988, cuja reprodução se faz pertinente:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

É de se ver que por sua estreita ligação com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do Estado de Direito Democrático Brasileiro, o direito à saúde acaba por ter caráter de fundamentalidade.

Não se pode olvidar, outrossim, “que para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)” (BRANCO e MENDES. 2012, p. 766). Diante disso, com precisão, a própria Carta da República de 1988 tratou de prever como de relevância pública as ações e serviços públicos de saúde (art. 197), que hão de ser prestados por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada com base na descentralização, no atendimento integral, e na participação da comunidade ao qual denominou de Sistema Único de Saúde (art. 198, § 1º).

No campo infraconstitucional, as Leis 8.080/90 e 8.142/90 dispõem sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, bem como regulam a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

Endossando o aspecto fundamental do direito à saúde o art. 2º da Lei 8.080/90 estabelece que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Ademais, esclarece o § 1º do citado artigo que:

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, segundo a lei, o SUS tem por objetivos: (I) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (II) a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do supramencionado § 1º, do art. 2º; e (III) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Demais disso, estão compreendidas nas atribuições do SUS (art. 6º) a execução de ações de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador, de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, além da ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde, da proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, e o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico, entre vários outros.

Apresentado este panorama, salutar a ponderação de Bulos (2010, p. 1.716/17) para quem:

Da mesma forma que os direitos sociais em geral (art. 6º), o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e negativas. Pela primeira, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas ou paliativas no combate e no tratamento de doenças. Pela segunda, incumbe-lhes abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental.

Embora o art. 196 esteja vazado em norma programática, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo.

[...]

Significa dizer que os governos têm capacidade discricionária — não arbitrária — para dispor sobre a matéria, mediante lei ordinária.

Por fim, cumpre asseverar que não obstante o manifesto dever do Estado para com a saúde pública, a sua assistência complementar é livre à iniciativa privada (art. 197 da CF) mediante contrato de direito público ou convênio, e desde que sejam seguidas as diretrizes do SUS, tendo preferência para tanto as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Mas é importante realçar que é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos; assim como é proibida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo previsão legal em sentido contrário.

À vista disso, ante a indiscutível correlação com o direito à vida, vê-se que andou bem o texto Constitucional ao dispensar tratamento especial à saúde pública.

2 O DIREITO À SAÚDE PÚBLICA DO HOMEM E DO CIDADÃO

Considerando-se a peculiar astúcia da Constituição Federal de 1988 ao tratar da saúde pública, tem-se por relevante perquirir-se acerca da natureza jurídica desse importante direito, bem como de seu âmbito de incidência e alcance.

No atual paradigma constitucional brasileiro, a Carta da República vigente dividiu em seu título II o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos, a saber: (a) direitos e deveres individuais e coletivos; (b) direitos sociais; (c) direitos de nacionalidade; (d) direitos políticos; e (e) direitos da nacionalidade. (LENZA. 2013, p. 1.201).

Como já se viu o direito à saúde é um direito social, e, portanto, está inserido nos direitos e garantias fundamentais. Mas qual a importância disso?

Ensina Del Negri (2009, p. 332-333) que embora para alguns autores os direitos fundamentais tenham conotação similar aos Direitos Humanos, eles não se confundem. Esclarece o autor que os Direitos Humanos precedem a sociedade política, são pré-constitucionais, enfim, são direitos que todo humano deve ter na sociedade. Ao passo de que direitos fundamentais são aquela gama de direitos humanos que devem estar positivados nas Constituições.

No mesmo sentido, embora com enfoque um pouco diferente, escreve Mazzuoli (2010, p. 750) que os direitos humanos podem ser compreendidos como aqueles “(...) direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.” Já os direitos fundamentais podem ser entendidos como “(...) expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas.”

Dito isso, é de se registrar que o art. XXV, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, enuncia que:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Portanto, torna-se lícito afirmar que o direito à saúde é um direito humano e também fundamental. Veja-se que pelo primeiro, a saúde é um direito que deve ser garantido à pessoa pelo simples fato de ser inerente à condição humana, donde se extrai a ideia, inclusive, jusnaturalista. Mas não é só. Referido direito está consubstanciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos - um documento internacional. Noutro lado, como já visto, a Constituição da República de 1988 também garantiu o direito à saúde, evidenciando, pois, seu viés de direito fundamental.

Nesta concepção, tem-se, destarte, que o direito à saúde é um direito humano fundamental.

É em razão dessa natureza que sustenta Moraes (2003, p. 21) que: “A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.”

Mesmo porque, para esse autor, “a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.”

Fixadas essas ideias básicas do direito à saúde pública, discussão interessante diz respeito ao alcance desse direito no campo interno. Melhor dizendo: a quem é assegurado a prestação de saúde insculpida na Constituição de 1988 e nas Leis 8.080/90 e 8.142/90? Qual a abrangência dessas normas?

Por certo que

A complexidade envolvendo os direitos sociais e sua efetividade exige uma análise específica e pontual desses direitos, para que sejam encontradas soluções adequadas à sua natureza e enunciado, sempre tendo como diretriz-guia o princípio da máxima efetividade. Este impõe uma interpretação que confira a maior eficácia “possível” ao direito em jogo, de modo a fazê-lo cumprir a finalidade para a qual foi criado. (CUNHA JÚNIOR e NOVELINO. 2012, p. 168).

Ciente disso, partindo do ponto de vista normativo, colhe-se do preceito Constitucional pertinente (art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e tem como premissa o acesso universal e igualitário.

Em razão disso, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fazendo uma exegese conjunta do art. 5º, *caput*, e o já mencionado art. 196, ambos da Constituição Federal, tem reconhecido o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas. É que segundo o escólio do Min. Celso de Mello, em relatoria de um desses precedentes (AgR-RE n. 271.286-8/RS), “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”

Nessa esteira de entendimento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em recente julgamento (APELREEX 200670020071089), decidiu ser legítimo o atendimento pelo SUS não só de todos os brasileiros que comprovem essa qualidade, independentemente de apresentação de cartão do SUS, mas também, nos casos de emergência ou urgência, àqueles que não comprovem nacionalidade brasileira caracterizando, assim o pleno atendimento à norma constitucional garantidora do direito fundamental à saúde, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Ademais, importa assinalar que teve repercussão geral reconhecida o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) das despesas com atendimento de pacientes beneficiários

de planos privados de saúde (RE 597064 RG/RJ). O que deixa claro, por via transversa, que o SUS não pode se furtar de atender mesmo aqueles que têm plano de saúde.

É dizer, portanto, que os tribunais pátrios garantem o alcance do direito à saúde aos brasileiros, aqui entendidos como todos os nacionais, sejam eles cidadãos – portadores de título eleitoral- ou não, como também aos estrangeiros, residentes ou não em território nacional – ao menos em situação de urgência ou emergência -, bem como àqueles possuem plano de saúde.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Conforme analisado anteriormente, a Carta da República de 1988 instituiu uma rede regionalizada e hierarquizada a qual cabe o empreendimento das diversas ações e serviços públicos de saúde, a que denominou de Sistema Único de Saúde.

Na mesma esteira, viu-se também que o SUS foi estabelecido sob as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridades para as atividades de cunho preventivo, mas sem prejuízo dos serviços assistenciais; e possibilidade de participação da comunidade (art. 198 da CF). Por conta dessa perspectiva, o SUS é reconhecido como um dos mais avançados sistemas de saúde do mundo; no entanto, sua implementação ainda deixa muito a desejar e encontra grandes problemas.

Nesse sentido, é conveniente à reflexão ora sugestionada, o exame da distribuição de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A Lei 8.080/90, seguindo o matiz constitucional, dispôs em seu art. 9º que a direção do Sistema é única, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

No que toca às atribuições comuns, o art. 15 da retromencionada lei, outorga em seus vinte e um incisos as responsabilidades dos entes federativos que podem ser sinteticamente traduzidos na formulação de diversos dados sobre a saúde da população; na elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde, bem como no acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais.

Em seu art. 16, a Lei 8.080/90 entrega à direção nacional do SUS as competências que lhe cabe, dentre as quais destacam-se a de cooperar técnica e financeiramente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; além de promover a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; e a de elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Daí que se afigura lícito dizer que a União é a principal financiadora da saúde pública no país. Sendo que “Historicamente, metade dos gastos é feita pelo governo federal, a outra metade fica por conta dos estados e municípios.” Ou seja, “A União formula políticas nacionais, mas a implementação é feita por seus parceiros (estados, municípios, ONGs e iniciativa privada)”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

No art. 17 da mesma lei, atribui-se aos estados as competências que lhes são afetas. Destacando-se as atribuições para promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; e, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde. Destarte, “O governo estadual implementa políticas nacionais e estaduais, além de organizar o atendimento à saúde em seu território.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

À direção municipal do Sistema Único de Saúde compete, consoante dispõe do art. 18 da Lei 8.080/90, planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; executar serviços de vigilância epidemiológica, de vigilância sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico, de saúde do trabalhador; além de dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde, dentre outros.

Portanto, pode-se concluir que o município é o principal responsável pela saúde pública de sua população, cabendo avaliar ainda que “Quando o município não possui todos os serviços de saúde, ele pactua (negocia e acerta) com as demais cidades de sua região a forma de atendimento integral à saúde de sua população.” Sendo certo que “Esse pacto também deve passar pela negociação com o gestor estadual.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

Por fim, cumpre ressaltar que ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 19).

Como se vê, não há hierarquia entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porém existem competências bem definidas para cada um desses três gestores do SUS, o que, todavia, não impede o reconhecimento do federalismo cooperativo existente, evidenciado pelo compromisso de bem-estar social a ser buscado pelo Estado.

4 O JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE

Apesar de reconhecidamente avançado, o Sistema Único de Saúde ainda não consegue ser consideravelmente eficiente para o fim que se propõe.

Disso é que, em meio ao lamentável contexto que passa a saúde pública brasileira, na qual a oferta desta parece não fazer frente à demanda existente, a judicialização dessas questões acaba por ser uma saída tangencial que merece tratamento adequado.

Dito isso é necessário traçar um quadro geral na perspectiva de se analisar teorias, princípios e posicionamentos sobre o que tem decidido o Judiciário. É o que se passa a expor.

4.1 RESERVA DO POSSÍVEL

Surgida na Alemanha a partir da década de 1970, a teoria da reserva do possível atua como uma restrição à inteira realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional. (CUNHA JÚNIOR e NOVELINO. 2012, p. 167).

Ana Paula Barcellos (*apud* GOTTLI. 2012, p. 81), assinala que a reserva do possível:

[...] descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas. Nesse fenômeno convivem duas situações distintas: a reserva do possível fática, que corresponde à inexistência fática de recursos (a exaustão orçamentária), e a reserva do possível jurídica, que descreve a ausência de autorização orçamentária para uma despesa em particular.

Nesse mesmo matiz observa Ingo Sarlet (*apud* CUNHA JÚNIOR e NOVELINO. 2012, p. 167) que “a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, abrangendo: I) a disponibilidade fática; II) a disponibilidade jurídica; e, III) a razoabilidade e proporcionalidade da prestação.” E arremata o citado autor dizendo:

[...] todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional.

Entre nós, aponta Bulos (2010, p. 362) que a “cláusula da reserva do possível apareceu na jurisprudência do Supremo por meio da ADPF 54/DF³, quando se discutiu a intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas (...)”. Pela relevância da matéria e das considerações articuladas pelo relator do caso, o Min. Celso de Mello, vale conferir a ementa do julgado no anexo 01 deste artigo, onde o decano do STF, apesar de julgar prejudicada a ação por perda superveniente do objeto, consignou que a reserva do possível deve ser analisada com cautela, pois não pode ser usada artificialmente pelo Poder Público.

Nessa ordem de ideias, sucede averbar, porém, que naqueles casos em que se busca a implementação do direito à saúde por meio de decisão judicial, a teoria ora avaliada é bastante suscitada por parte da Fazenda Pública como forma de explicar a falta de atendimento ou mesmo obstacularizar o acolhimento da pretensão do autor da demanda. Sustenta-se com base nessa teoria que para a efetivação do direito prestacional da saúde é necessária a disponibilidade financeira.

Com efeito, para a reserva do possível a escassez de verbas públicas gera para o administrador público o difícil trabalho de fazer escolhas com o fito de melhor alocar os recursos públicos para mais bem atender os serviços públicos, neles incluído a saúde.

Neste sentido um adendo que se faz necessário é que a previsão constitucional de financiamento do SUS se dá nos artigos 195 e 198, § 1º, a partir de recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. No entanto, dada a relevância pública dos serviços de saúde (art. 197 da CF) e com o intuito de conferir maior efetividade às ações e serviços públicos de saúde, a Emenda Constitucional 29/2000 acrescentou os §§ 2º e 3º ao art. 198, estabelecendo a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos dos entes federados a serem definidos por lei complementar.

Em 13 de janeiro de 2012 foi promulgada a Lei Complementar nº. 141 que veio regulamentar os mencionados §§ 2º e 3º do art. 198 da CF. Citada Lei prevê em seus arts. 5º a

³ Em verdade a ADPF a que se reporta o autor é a ADPF 45/DF e não a 54 conforme transcrito.

11, os recursos mínimos que deverão ser empregados nos serviços de saúde pública por todos os entes da federação.

Mas o mais interessante nesta Lei é que ela exclui do cálculo para fins de apuração dos percentuais mínimos determinados, os gastos despendidos na assistência à saúde que não atendam ao princípio do acesso universal (art. 4º, inciso III). Equivale dizer, portanto, que os valores despendidos com a efetivação da saúde por meio de decisão judicial não podem ser contabilizados na soma dos recursos mínimos a serem aplicados.

Essa preocupação tanto da Constituição como também da Lei Complementar 141/12 coloca em evidência a importância desse direito bem como serve de diretriz para o administrador gerenciar a máquina administrativa a fim priorizar (ainda que não exclusivamente, já existe, por exemplo, disposição semelhante com relação a educação no art. 212 da Carta Política) o direito à saúde pública.

Ponderado isso, é lícito afirmar que a essência da teoria da reserva do possível resulta da ponderação entre os recursos públicos existentes e a enorme gama de serviços a serem prestados pelo Estado.

4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial ligada intrinsecamente com a reserva do possível e com as condições de liberdade, corresponde, conforme ensina Gotti (2012, p. 75) ao “núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta de 1988) e corporifica o conjunto de prestações fáticas básicas para uma vida digna.”

Para Fernandes (2011, p. 351) a idéia de mínimo existencial volta-se para a garantia de um piso mínimo de direitos; e nessa esteira o autor aponta dois posicionamentos doutrinários cujas teses divergem quanto ao momento em que se estabelece tal piso mínimo de direitos, se aprioristicamente ou não.

Diz o doutrinador (2011, p. 352):

Alguns atribuirão à tese uma fundamentação jusmoralista – ligando o mínimo existencial à noção de dignidade da pessoa humana –, enquanto outros, vão desenvolver uma fundamentação pragmática para o tema. Aqui, Daniel Sarmiento estabelece uma divisão entre três linhas de argumentação. Nesses termos, para o autor, seriam duas fundamentações de cunho instrumental (a) e (b) e uma de viés não instrumental (c), a saber: (a) o mínimo existencial se trata de uma exigência

necessária para a garantia da liberdade real; (b) o mínimo existencial é uma exigência para a proteção dos pressupostos da democracia; (c) o atendimento das necessidades materiais básicas (essenciais) constitui um fim em si mesmo e não um meio para o exercício (ou obtenção) de outras finalidades.

Mais adiante conclui:

Certo é que, por visar garantir as condições da liberdade individual, o patamar estabelecido pelo mínimo existencial quanto ao exercício dos direitos sociais como direito de aplicabilidade imediata, para um grupo de doutrinadores, dispensaria a atuação legislativa com seu elemento concretizador; o que acabaria por permitir a intervenção judicial no controle de políticas públicas e, com isso, na própria realização de um grau mínimo de efetivação de direitos fundamentais sociais à luz da dignidade da pessoa humana.

Neste viés, salienta Oliveira Júnior (2012, p. 139) que:

O mínimo existencial possui regime jurídico previsto na Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Em seu art. 1º estabelece: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Complementa defendendo que no que concerne ao mínimo existencial qualquer cidadão possui legitimidade para buscar proteção judicial à sua vida ou de terceiro quando se apresentar quadro de ameaça de lesão.

Segundo ele “O princípio da solidariedade demanda que tal proteção se efetue em níveis substanciais”. E ainda acrescenta “Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois negar tal proteção resultaria em verdadeira sentença de morte.”

Assim, revela-se o mínimo existencial ser um ponto de tensão jurídico que exige do operador do direito um cuidado peculiar por submergir além das questões eminentemente sociais o caráter individual de tais direitos.

4.3 VEDAÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da vedação do retrocesso, também amplamente presente nas demandas judiciais de saúde pública, pode ser entendido como a proibição que inibe o legislador a reverter os direitos e garantias já alcançadas pela sociedade.

Para Fernandes (2011, p. 357):

[...] o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão.

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de consignar que o princípio da vedação do retrocesso:

[...] impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. (ARE 639337 AgR/SP)

Portanto, a proibição do retrocesso importa em afirmar que as políticas públicas existentes não podem sofrer retrocessos. Aquilo que já foi conquistado em termos de proteção e concretização de direitos fundamentais e humanos, por meio de políticas públicas, deve ser mantido. Não se retrocede em conquistas histórico-civilizatórias. (OLIVEIRA JÚNIOR. 2012, p. 103)

4.4 APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Em razão da especial tutela constitucional dispensada à saúde pública – como visto - e de sua hostil realidade, o Judiciário em sua função típica de dizer o direito, vê-se obrigado, no mais das vezes, a sopesar as teorias e princípios estudados nos tópicos precedentes. Nesta senda é curial que se façam contrapontos, para, eliminando-se - por óbvio - as especificidades do caso concreto, (tentar) abalzar um panorama na qual seja possível retirar o maior proveito possível do comando constitucional que garante a saúde a ser adimplida pelo Estado.

Dito isso, é de se mencionar que o STF e o STJ têm entendimento consolidado de que a ingerência do Judiciário nas políticas públicas que alcançam a saúde, ou seja, a

determinação da efetivação do direito à saúde mediante decisão judicial não sufraga o princípio da separação dos poderes estatuído no art. 2º da Constituição Federal (RE-AgR 259508 e AgResp 1136549).

Igualmente, já sedimentou-se também (RE-AgR 665764, STF) que o direito à saúde é responsabilidade solidária de todos os entes federados, de modo que qualquer um ou todos eles podem figurar no polo passivo de um processo judicial.

Outro aspecto interessante que está sendo reiterado pela jurisprudência dos tribunais, inclusive os superiores, diz respeito à inoponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. Argumenta-se, para tanto, que o asseguramento de um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, é escopo da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III da CF) e que não pode ser condicionado ao alvedrio do administrador público, de modo que a omissão injustificada em efetivar-se as políticas públicas necessárias à promoção da dignidade humana não deve ser assistida inadvertidamente pelo Judiciário.

Ilustram mencionado posicionamento os arestos dos Recursos Especiais (REsp) 1068731/RS e 1041197/MS apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em linhas gerais, esses são os principais apontamentos do posicionamento da jurisprudência quando se depara com questões ligadas à saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O ESTADO JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DO DEVER DO ESTADO EXECUTIVO - UM OLHAR CRÍTICO QUE TENDE A VIABILIZAR A VONTADE DA CONSTITUIÇÃO

Em a Força Normativa da Constituição (1991, p. 09), Hesse citando Walter Burckhardt afirmava que

[...] aquilo que é identificado como vontade da Constituição, ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.’

E concluía o jurista alemão “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.”

É partindo dessas considerações que analisar-se-á até onde a efetivação do direito à saúde emanada de ordem judicial é virtuosa.

Com efeito, neste aspecto, a realidade hoje vivenciada pelo Judiciário brasileiro acabou por transformá-lo em um verdadeiro balcão de farmácia, um reduto na qual sujeitos com as mais diversas patologias buscam atendimentos, tratamentos, medicamentos e internações pelo Sistema Único de Saúde.

Longe de qualquer aspereza, essa constatação merece acurada análise.

Antes de qualquer coisa, porém, é preciso ser franco em admitir que caos ora vivenciado não comporta solução peremptória. Ora, está a se falar de um direito social que ao fim e ao cabo cede espaço constantemente para a seara individual; sobretudo se se levar em conta o fenômeno da judicialização.

O que impende examinar, todavia, é a possibilidade de se parametrizar determinadas situações que no cenário atual não atende com eficiência a pretensão daquele que judicializa seu direito à saúde e desestabiliza ainda mais o Sistema Único de Saúde.

Ressoa rememorar, neste sentido, que, como visto, mostram-se sempre presentes nessas demandas judiciais as teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e também o princípio da vedação do retrocesso. Em razão disso, dentro de um possível equacionamento é despicienda a solução que não leve em conta tais variáveis.

Pontificado isso, voltando ao comando insculpido no art. 196 da Constituição Federal observa-se que o direito à saúde enquanto dever do Estado há de ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. De maneira bastante semelhante, o § 1º do art. 2º da Lei 8.080/90 dispôs que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais.

Portanto, o que se pode observar dos preceitos antes mencionados é que o dever do Estado para com a saúde não contempla o atendimento de toda e qualquer forma de prestação de saúde. Igualmente, não traduz-se em um direito irrestrito daquele que necessita.

Tais premissas normativas exigem sim do Estado políticas públicas que viabilizem o direito à saúde, mas não a saúde em si. É dizer, os entes políticos não são responsáveis pela integridade, saúde, inteireza do pulsar dos órgãos humanos, em uma acepção puramente biológica. Entender-se a garantia prestacional da saúde neste sentido, além de forçoso, é utópico.

A obrigação do Estado para com a saúde está consubstanciada em garantir, através de políticas públicas, os meios adequados no oferecimento da medicina preventiva e curativa. Ou seja, o propósito do direito constitucional da saúde está em colocar à disposição daqueles que necessitam, o melhor dos serviços médicos-hospitalares existentes, desde que estejam compreendidos dentro de suas possibilidades financeiras (reserva do possível), para, em última análise, garantir ao cidadão o acesso a uma vida saudável (metabolismo orgânico vigoroso, sadio).

A esse respeito, pondera Elcias Ferreira da Costa (*apud* CARVALHO. 2002, p. 600) “Não é dever do Estado dar saúde, mas proteger a saúde. O adimplemento pelo Estado consiste nas políticas social e econômica a serem executadas nessa área”.

Aqui é importante ressaltar que não se está a negar efetividade às normas constitucionais de caráter programático, ou mesmo deixando de aplicar os princípios que enunciam, em sua dimensão jurídica (DEL NEGRI. 2009, p. 105-108).

É que conforme expõem Cunha Júnior e Novelino (2012, p. 915) o dispositivo que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado “está consubstanciado em uma norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto.”

Ora, sendo a Constituição de 1988 analítica, dirigente, não se pode desprezar tais características e ir além daquilo que o Constituinte Originário instituiu. É dizer, se se estabeleceu determinados direitos por meio de normas programáticas deve-se visualizar com extrema prudência os reclames judiciais que têm por objeto tais direitos, sob pena de se fazer tabula rasa de normas e princípios outros que estruturam o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

É nessa perspectiva que pontifica Barroso (2008):

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.

[...]

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Daí porque “É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.” (BRANCO e MENDES. 2012, p. 783).

Isso significa que o Judiciário no julgamento de demandas individuais que têm por fito a prestação do direito à saúde, deve observar com rigor as políticas públicas (leis, protocolos clínicos, etc.) existentes para deferir ou não a pretensão autoral.

Neste ponto, abre-se um parêntese para ressaltar que de igual modo deve o Judiciário observar a competência prestacional do objeto discutido em um processo judicial. Isso porque a aplicação acrítica e incondicional da atual jurisprudência que aponta a responsabilidade solidária dos entes da federação pela prestação da saúde, além de ferir a própria responsabilização vertical delineada na Constituição, fragiliza ainda mais o SUS.

É que o endosso dessa jurisprudência já consagrada no STF e no STJ precisa ser analisada sob dois ângulos: o da solidariedade do financiamento da saúde pública e o da prestação da saúde propriamente dita.

Isso porque não se pode negar que o Sistema Único de Saúde – como já analisado – é um sistema unificado, de previsão constitucional, implantado segundo as diretrizes objetivas da Lei nº 8.080, de 19 de setembro 1990, e que prevê expressamente as atribuições de cada entidade política que o integra.

Com efeito, a descentralização de competências e de atribuições formulada na referida lei constitui a *ratio* constitucional do SUS, previsto no artigo 198 da Constituição da República.

Isso quer dizer que o Sistema Único de Saúde foi organizado e concebido como um sistema de gestão e de ações descentralizadas, de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos. E é óbvio que a divisão de atribuições entre os entes federativos não foi estabelecida de modo aleatório, ao contrário, constitui na forma mais eficiente de gestão dos serviços de saúde que se encontram a cargo do Poder Público.

O que impende dizer, pois, é que, conforme avaliado alhures, à União cabe precipuamente a cooperação técnica e financeira do Sistema; sendo que aos Estados competem o apoio técnico e financeiro aos seus Municípios além de executar supletivamente as ações e serviços de saúde; e, a estes (Municípios) foram atribuídas competência para, sobretudo, gerir e executar os serviços de saúde. Não se olvidando que ao Distrito Federal toca as atribuições entregues pela lei aos Estados e Municípios.

Essa característica é que pode ser denominada de municipalização da saúde. Afinal, o ente político mais próximo do cidadão é o Município, donde se evidencia, portanto, uma preocupação do SUS pela eficiência de seus serviços, uma vez que estes são executados e geridos especialmente pela municipalidade.

Partindo dessa premissa e sob este ângulo, o entendimento jurisprudencial dominante que impõe a todos os entes da federação a responsabilidade pela prestação de serviços de saúde ao autor de uma ação judicial se mostra equivocado.

Basta notar que se a União e o Estado respectivo repassaram à municipalidade as verbas necessárias aos serviços de saúde preestabelecidos nas políticas públicas pertinentes e ainda executam supletivamente tais serviços seguindo as perspectivas daquelas, tal condenação é desarrazoada.

Ora, a inclusão da União e do Estado nessa situação só tende a enfraquecer o SUS na medida em que a despeito de dar efetividade ao direito à saúde como dever do Estado, desmerece o princípio da descentralização, ínsito e constitucionalmente previsto para o Sistema.

Por outro lado, essa desproporcionalidade parece não existir quando a União e o Estado em determinado caso concreto, não cooperam satisfatoriamente com o financiamento ou mesmo se omitem em relação ao apoio supletivo dos serviços de saúde.

Diz-se isso porque não pode o Município arcar sozinho com os custos da saúde da população nessa situação.

O mesmo espírito da descentralização do SUS que outrora chamava a atenção para o perigo da responsabilidade solidária quanto à prestação dos serviços de saúde propriamente dito, agora, no aspecto financeiro, determina a responsabilidade solidária para o cofinanciamento pelos três entes estatais desses mesmos serviços. Rememore-se, à contento, que o preceito solidarista no financiamento do Sistema Único de Saúde está insculpido na Carta da República de 1988 (art. 198, § 1º) e também na LC 141/12.

Disso resulta que, se falta serviços públicos de saúde para quem dele necessita, o Município deve prestá-lo, ainda que emanado de ordem judicial, porém, os custos desses serviços devem recair, também, sobre os demais entes.

A ideia apesar de não ser simplista, pode ser sintetizada: se não falta repasses financeiros e atendimento supletivos, mas os serviços de saúde não são prestados satisfatoriamente, o Município deve ser condenado judicialmente, tanto no aspecto prestacional como no financeiro. Mas, no entanto, se falta serviços de saúde por faltar recursos financeiros, o Município deve prestá-lo (dimensão prestacional); contudo, o

financiamento desse serviço deve se dar em caráter solidário pelos três entes políticos (dimensão financeira).

O que irá distinguir tais situações, frise-se, é a observância da competência para a prestação dos serviços (dimensão prestacional) a fim de se analisar a qual ente cabe, prioritariamente, disponibilizar o serviço; tal qual nos casos hipoteticamente referenciados, em que se considerou o Município como ente responsável para tanto (municipalização da saúde), eis que não encontra amparo legal a substituição de um ente político por outro nas atribuições institucionais e legais que lhes foram conferidas; além do mais, o conjunto probatório levado ao conhecimento do Judiciário deverá apontar os motivos que, no caso concreto, estão a obstacularizar o serviço de saúde buscado pelo particular, e a partir daí se determinará, ou não, a responsabilidade solidária quanto ao financiamento do serviço (dimensão financeira).

Não se pode dizer que nessas circunstâncias o Sistema Único de Saúde sairá prejudicado. É de se ver que o inciso III do art. 4º da Lei Complementar 141/12 não inclui na soma dos valores mínimos a serem repassados ao SUS, aqueles gastos que não atendam o princípio do acesso universal, tornando-se lícito afirmar que o Sistema não receberá menos recursos do que o minimamente estipulado.

O malferimento da saúde pública e do próprio SUS ocorre a partir do momento em que se tem uma massificação de demandas judiciais nas quais petições iniciais, defesas e sentenças são abusivamente padronizadas, e que acabam por incutir ao Sistema a prestação de toda e qualquer tipo de assistência à saúde. Tem-se que nesses casos o SUS não está recebendo menos do que minimamente lhe cabe por conta da ressalva que o retromencionado art. 4º da LC 141/12 estabelece, mas está deixando de ganhar.

É isso o que uma exegese inversa aponta. Se se garante um mínimo de recursos ao SUS para o fim de se viabilizar o acesso universal à saúde e a par (e apesar) disso se gasta enormes quantias com o financiamento de serviços de saúde derivados de ordem judicial, o Sistema Único de Saúde perde, indevidamente, espaço.

Em questões de saúde somente é legítima a atuação do Poder Judiciário para aparar os excessos omissivos e/ou comissivos relacionados ao serviço público de saúde; e não para ser um coadjuvante na promoção deste.

Nesse sentido é que pondera Neves (2013)

Poderia dizer-se que, no pretense interesse de garantir e realizar o direito à saúde, o Judiciário e sobretudo o STF desenvolveram uma (i)racionalidade jurídica em favor de uma efetividade do “caso concreto”, julgada de forma “adjudicatória”

completamente autorreferente (consistente juridicamente), negando-se, portanto, a agir também em favor da heterorreferência (adequação social) do Direito, o que permitiria absorver seletivamente, dentro do processo judicial, a complexidade da realidade social, econômica e operacional do ente público demandado.

Entretanto, parece-me que a questão não deveria ser tratada em termos consequencialistas, muito menos mediante a surrada invocação ao chamado “princípio da reserva do possível”. O problema deve ser visto, em primeiro plano, em termos de consistência jurídico-constitucional.

O direito à saúde é um direito social. Embora possa ser individualmente exercido perante o Estado, inclusive mediante ação judicial, não se lhe pode dar o tratamento civilista ou individualista, tampouco ser considerado como um direito do indivíduo isolado ou, mais grave, um direito absoluto. É um direito fundamental a prestações em sentido estrito, um *droit-créance* (direito-crédito), como diriam Luc Ferry e Alain Renaut, para distingui-lo do *droit-liberté* (direito-liberdade). Ele exige uma consideração dos demais membros da comunidade carentes de tratamento de saúde e medicamentos, envolvendo pretensões distributivas e includentes do Estado social.

[...]

Ao garantir um “superdireito” à saúde a uma elite, enquanto, de outro lado, grande parte da coletividade continua na mesma situação de exclusão social, na condição de subdireito à saúde, o Judiciário, e especialmente o STF — incompetentes juridicamente, ilegítimos politicamente e inaptos tecnicamente para formular e implementar políticas públicas de saúde —, não têm atuado como guardião do direito à saúde, mas como assegurador e intensificador de privilégios no acesso à saúde, promovendo o aumento da desigualdade e da exclusão social.

Superado o parêntese, não se pode olvidar de que quando da observância das políticas públicas pertinentes o Judiciário pode verificar sua existência, devendo preferi-la e obedecendo seus limites; não importando isso em dizer que havendo a respectiva política pública, mas não havendo seu cumprimento, o Judiciário não poderá implementar, compelir o administrador público a fornecer o objeto da demanda por meio ordem judicial. “Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde [...]. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.” (BRANCO e MENDES. 2012, p. 784); ou poderá também constatar sua inexistência. Nessa segunda e delicadíssima situação, o magistrado sentenciante deverá por meio de uma argumentação lógico-sistemática fundamentar sua decisão; fundamentação essa que deverá compreender as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e também o princípio da vedação do retrocesso.

Isso porque o cotidiano vivido pelos operadores do direito nesse tipo de ação judicial demanda referência a essas teorias, já que amplamente trabalhadas pelos Tribunais Superiores como forma de subsidiar suas decisões, além de resumirem em si, as (im)possibilidades da assistência à saúde pelo próprio SUS.

De mais a mais, entende-se que dessa maneira a legitimidade da decisão tanto de procedência ou de improcedência será substancialmente privilegiada. Tal medida haverá de

ser tomada, também, quando do afastamento da política pública existente por ocasião de sua impropriedade ou ineficácia.

Seguindo o mesmo matiz interpretativo ora expandido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175-AgR, consignou que:

[...] o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da ‘Medicina Baseada em evidências’. Com isso, adotaram-se os ‘Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas’, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

[...]

Obrigando a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado, o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

O que se está a defender, portanto, é a minoração do impacto extremamente negativo do casuísmo processual muitas vezes revestido de caráter de urgência e do beneplácito judicial desmedido, no sistema de saúde pública brasileiro.

A utilização de critérios nessas demandas é algo precisa ser repensado. A começar com a conscientização do particular; e isso pode e deve ser feito pelo Judiciário extinguindo feitos sem resolução do mérito ante a ausência de interesse processual (art. 267, IV e VI do CPC) caracterizada pelo ajuizamento precipitado de ações que têm por objeto a prestação de saúde.

Ainda que timidamente, tem-se notado tal postura quando da utilização de mandado de segurança para o fornecimento de medicamentos (REsp 1115417/MG, STJ). Na maioria das vezes uma ação como esta, demanda extensa dilação probatória, a que não se presta a via mandamental. Portanto, correto a posição da jurisprudência extinguindo o processo sem análise de mérito.

Não se desconhece que nesses casos o vício é eminentemente processual. Todavia, o raciocínio deve ser seguido naqueles casos em que o magistrado verifica que o requerente pode esperar o trâmite burocrático para a compra da droga, ou mesmo do atendimento ou tratamento buscado judicialmente. Ou seja, em tais episódios não há qualquer negativa Estatal, mostrando-se pertinente registrar que não há que se falar em inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), mas tão somente, frise-se, que não há omissão do Poder Público – pressuposto fundamental para o ajuizamento.

Demais disso, o Judiciário deve optar pela improcedência (com análise de mérito, obviamente) quando não se comprova a omissão do Estado ou mesmo a ineficácia das medidas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS. Diz-se isso porque não se pode esquecer que a saúde está compreendida na Seguridade Social do Estado brasileiro, e esta tem por princípios a seletividade e a distributividade na prestação dos serviços (parágrafo único, inciso III do art. 194 da CF). O que implica em dizer que o administrador escolherá entre as alternativas terapêuticas e medicamentosas existentes aquelas que mais bem assegurem o direito à saúde das pessoas.

Obtemperem-se, então, que a medida judicial que desrespeita os protocolos clínicos existentes e defere a medida pleiteada mesmo quando o autor desta não consegue provar a ineficiência das alternativas disponibilizadas, fere o referido postulado constitucional. Ademais, não se contrapõe ao princípio ora invocado, os preceitos da integralidade e universalidade do atendimento nos serviços públicos de saúde (arts. 196 e 198, II, da CF) posto que estes, enquanto concretizadores da isonomia (art. 5º, *caput*), permitem o acesso de todos aqueles acobertados pelo SUS, a todos os meios terapêuticos oferecidos pelo Sistema.

De mais a mais, é preciso ser consciente de que

[...] o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. (BARROSO, 2008).

No entanto,

Em todo caso, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. Assim, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças

processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. (BRANCO e MENDES. 2012, p. 794).

Em vista dessas considerações, a releitura do problema ora proposta, passa necessariamente pela tríade formada pelas teorias/princípios que compõem o título deste trabalho dando azo a uma compatibilização que tende a viabilizar a vontade da Constituição.

Observe-se que segundo as diretrizes acima elencadas as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e também o princípio da vedação do retrocesso se justapõem e apontam para a realização do ideal da saúde pública previsto pelo texto Constitucional.

A observância dessa convergência é casuística, todavia, é imprescindível advertir que todas as três ideias centrais de cada uma das proposições têm um nascedouro comum: a Constituição. E, os direitos que esta consagra, deve, como se sabe, ser hermeneuticamente pautados pela máxima eficiência.

Por fim, insta registrar que neste delicado assunto, qualquer posição radical dissocia a atual realidade da saúde pública e a Carta de 1988, distanciando, por consequência, da vontade da Constituição vaticinada por Hesse. Todavia, algo precisa ser feito. Por isso que a racionalidade dos critérios ora sugeridos não de contribuir para melhorar o hodierno cenário da judicialização da saúde, sobretudo por proporcionarem prestígio ao princípio constitucional da isonomia. Parafrasando Del Negri (2009, p. 349) a mudança da mentalidade quanto a judicialização “é tão inevitável que, neste novo milênio, nós temos que preservar as diferenças, mas após assegurar a igualdade fundamental de direitos (todos eles)”.

THE JUDICIALNESS OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: THE UNLIKELY CONVERGENCE OF POSSIBLE RESERVE, MINIMUM TO EXISTENCE AND THE PROHIBITION OF REGRESSION

ABSTRACT

As the used constitutional protection to public health and its hostile reality, the Judiciary Power on its typical role of telling the law faces the obligation to counterweigh the possible reserve as main thesis of Public Treasure most of times to explain the defficient offer

of the law mentioned above, the minimum to existence and the prohibition of regression based on the primary principles and privileges of Constitutional State, for its turn, to base the individual requirements. The aim of this study is to compare these theories and their implications in the practical cases at the court the right to public health especially supported by article 196 of the Federal Constitution of Brazil from 1988, as an attempt to rationalize a probable convergence among them and the maximum effectiveness of this right. That seems possible to be achieved as the Judiciary Power begins to act more minutely, which ends up to highlight the accomplishment of what according to Hesse is called the will constitution.

Keywords: Right to health; Judicialness, Possible Reserve, Minimum to existence; Prohibition to regression.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view>. Acesso em 10.out.2013.

BRANCO, Paulo G. G; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10.out.2013.

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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. **Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 a (III) da assembléia geral das nações unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendendo o SUS**. Brasília/DF, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf>. Acesso em 21.out.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1136549/RS**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília/DF, 21 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900766912&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1041197/MS**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília/DF, 16 de setembro de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5649514&sReg=200800598307&sData=20090916&sTipo=91&formato=PDF >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1068731/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, 08 de março de 2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12839194&sReg=200801379303&sData=20120308&sTipo=51&formato=PDF >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília/DF, 30 de abril de 2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255> >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24.SCLA.+E+639337.NUME.%29+OU+%28ARE.ACMS.+ADJ2+639337.ACMS.%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/d3s5ro7> >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 665.764/RS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, 09 de abril de 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885686> >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 259508/RS**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília/DF, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=351209> >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 04 de maio de 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp> >. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271.286/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.064 RG/RJ**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+597064.NUME.%29+OU+%28RE.PRCR.+ADJ2+597064.PRCR.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/b6l3ykd>>. Acesso em 11.out.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 2006.70.02.007108-9/PR**. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre/RS, 07 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3216085&hash=272417cd8f89bc5874e3e403a47868cb>. Acesso em: 11.out.2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Kildare G. **Direito constitucional didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2012.

DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel G., **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. **Judiciário intensifica privilégios no acesso a saúde**. *In*: Consultor Jurídico: Observatório Constitucional. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>>. Acesso em 29.out.2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir F. **O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação**. *In*: Tratado de direito constitucional. vol. 1. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.