

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

VANDERSON DOMINGOS PEREIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: CONFLITO ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

UBERLÂNDIA

2022

VANDERSON DOMINGOS PEREIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: CONFLITO ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Curso de Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Paulo Henrique da Silveira Chaves

UBERLÂNDIA

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

VANDERSON DOMINGOS PEREIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Curso de Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Paulo Henrique da Silveira Chaves

Aprovado em _____ Nota: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves – UFU (Orientador)

Prof. Me. Ricardo Rocha Viola – UFU (Examinador)

Dedico essa obra a Deus, em primeiro lugar, por estar comigo em todos os momentos e por me ajudar a concluir este objetivo;

à minha família, pelo carinho e confiança em todos os momentos da minha vida;

e ao meu orientador que sempre me apoiou nessa longa caminhada acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito analisar o conflito entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, destacando os direitos fundamentais à saúde que é garantido a todos. Para isso, necessário se torna a apresentação do fenômeno da judicialização da política desde o seu surgimento. Abordar-se-á o instituto da saúde pública no Brasil, passando, sucintamente, pelo sistema adotado antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, após, se analisará o surgimento do SUS, suas legislações, o percentual mínimo de investimento da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios na saúde e a necessidade de ter que mover o judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde. Adiante analisar-se-á, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao direito à saúde. Por fim, o presente artigo apresentará algumas considerações sobre a possibilidade de superação ou mitigação do conflito tratado neste artigo.

Palavras chave: mínimo existencial, reserva do possível, judicialização da saúde, SUS, saúde pública, judicialização da política.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the conflict between the principle of the existential minimum and the principle of reserving the possible, highlighting the fundamental rights to health that are guaranteed to all. For this, it is necessary to become the presentation of the phenomenon of the judicialization of politics since its entry. The institute of public health in Brazil will be approached, passing, briefly, by the system adopted before the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and, afterwards, the introduction of the SUS, its legislation, the minimum percentage of investment of the Union, States, Federal District and Municipalities in health and the need to move the judiciary to guarantee the passage of the right to health. Further on, the understanding of the Federal Supreme Court with regard to the right to health will be analysed. Finally, this article will present some considerations about the possibility of overcoming or mitigating the conflict addressed in this article.

Keywords: existential minimum, reserve of the possible, judicialization of health, SUS, public health, judicialization of politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	02
2. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....	03
3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	04
4. A SAÚDE PÚBLICA E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).....	07
4.1 LEI 8.142/90 CONTROLE SOCIAL DO SUS E TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS....	07
4.2 PORTARIA Nº 399/06 – PACTO PELA SAÚDE.....	08
4.3 PORTARIA Nº 1.820/09 MS – DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS DO SUS.....	09
4.4 LEI COMPLEMENTAR 141/12 – PERCENTUAL MÍNIMO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS DOS ENTES EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE.....	09
4.5 PEC DOS GASTOS PÚBLICOS E OS REFLEXOS NO SUS.....	10
4.6 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 04/2009 DO STF.....	11
5. O MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	12
6. REFLEXÃO SOBRE A SUPERAÇÃO DO CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	14
7. REFLEXÃO SOBRE A DISTRIBUIÇÃO ADEQUADA DE RECURSOS PÚBLICOS E MÉTODOS PARA AUMENTAR OS RECURSOS NA ÁREA DA SAÚDE.....	16
8. CONCLUSÃO.....	17
REFERÊNCIAS.....	18

INTRODUÇÃO

Analisar-se-á, no presente artigo científico, questão afeta à Judicialização do direito à saúde, bem como as consequências que este instituto tem causado na sociedade atual.

A judicialização da saúde se iniciou por volta da década de 1980, quando pessoas tiveram que mover o judiciário para alcançar, por via judicial, o acesso à saúde, sendo este instituto de suma importância, pois consiste em um fenômeno de vultosa ascensão, seja no âmbito social, econômico ou político na mais ampla percepção do termo.

É evidente que em nosso país o sistema de saúde é deficitário e não tem sido capaz de efetivar o Direito à Saúde a todas as pessoas, conforme prevê a nossa Carta Magna. A busca pelo judiciário para obter este direito, que é uma garantia constitucional, deveria ser “uma exceção”, mas, infelizmente, nos dias atuais, vem se tornando cada vez maior o número de demandas judiciais, causando, assim, sérios problemas, tanto para a sociedade, quanto para o judiciário que já é sobrecarregado. Tratar-se-á, assim, sobre os Direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e, neste sentido, se explanará o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia do direito à saúde pública.

O presente estudo pretende explorar, portanto, o surgimento e o crescimento da judicialização de questões afetas à saúde, bem como o sistema público de saúde antes e depois da Constituição Federal brasileira de 1988, o Sistema Único de Saúde (SUS) e suas principais legislações.

Busca-se, também, com o presente, a análise sobre o atual modo de distribuição dos recursos públicos, além da possibilidade de criação de novos mecanismos para obter recursos e destiná-los em sua integralidade a saúde.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente estudo se baseará em obras de Direito Constitucional, com ênfase nos Direitos Fundamentais, sobretudo no direito à saúde. Além dos artigos científicos e publicações por meio digital relacionadas aos assuntos abordados e também nas jurisprudências dos Tribunais Superiores, com o intuito de traçar um caminho harmônico entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Deste modo, com a harmonização entre estes dois institutos, ocasionará, inevitavelmente, a redução de demandas envolvendo a judicialização da saúde e em considerável melhora no precário Sistema Público de Saúde do Brasil.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No direito constitucional contemporâneo, a judicialização da política tem sido objeto de inúmeros estudos relacionados, principalmente, aos limites de atuação dos tribunais nas políticas públicas. Atualmente, esse fenômeno tem se verificado em diferentes países e tradições, ou seja, desde aqueles que adotam o sistema *Common Law*, até aqueles que se referem ao *Civil Law* como sistema primordial de resolução de conflitos. Tal fato ocorre, pois, cada dia mais, referidos institutos tornam-se cogentes e se aproximam.

Neste contexto, o judiciário é cada vez mais acionado para se manifestar sobre assuntos que envolvem as políticas públicas, matéria que, em regra, é atribuída, legal e tipicamente, ao Poder Executivo. Com isso, o Poder Judiciário, a fim de atender aos anseios sociais e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, se viu na obrigação de atuar de modo proativo.

Enquanto a judicialização pode ser compreendida como um fenômeno típico do constitucionalismo analítico, onde assuntos de elevada importância política e social são levados ao Judiciário em virtude das atribuições conferidas pelo próprio poder constituinte; o ativismo revela-se uma postura proativa e extensiva na interpretação da Constituição. Dessa forma, consolida-se a vontade do Poder Judiciário em maximizar a aplicabilidade das normas, mesmo que não expressamente previstas no texto Constitucional.

A judicialização no Brasil é, no entanto, cristalinamente evidenciada após a promulgação da Constituição Republicana de 1988. A possibilidade da realização do Controle de Constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, o Mandado de Injunção, a possibilidade de decidir sobre conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a exemplo da derrubada do veto Presidencial sobre os *royalties*, o livre acesso à justiça e a ampliação dos direitos fundamentais, levaram a ascensão deste fenômeno no país.

Assim, com a inserção na Carta Magna do direito fundamental à saúde e sua universalização, previsto nos artigos 6º e 196 a 200; o Poder Judiciário passou a ser acionado, frequentemente, para analisar pretensões não exitosas no âmbito administrativo, sendo tal fenômeno denominado judicialização da saúde.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Antes de adentrar ao tema em si, nota-se de considerável importância, a título de elucidação e abrangência da própria pesquisa, apresentar um breve histórico a respeito do direito constitucional à saúde nas constituições brasileiras.

A primeira constituição promulgada em 1824 perdurou por sessenta e cinco anos e amparava, em regra, a nobreza, de forma a buscar a concentração dos poderes para o Imperador, não incluído, porém, o direito a saúde. A segunda constituição, consolidada no ano de 1891, salvaguardava direitos como a liberdade, propriedade e segurança, mas, novamente, não tratava em seu texto do direito a saúde.

A constituição de 1934, por sua vez, foi a primeira a mencionar o direito à saúde, prevendo em seu texto competência concorrente entre União e Estados na garantia da saúde e de assistências públicas.

Em 1937, surge uma nova Constituição, a qual ficou conhecida como “polaca”. No entanto, a mesma não tratou de nenhum direito fundamental, apesar de expressar, em seu artigo 16, inciso XXVII, que competia, privativamente, à União legislar sobre normas fundamentais, especialmente da saúde da criança.

A constituição de 1946 trouxe em seu artigo 5º, inciso XV, alínea “b” a competência da União para legislar sobre normas de defesa e proteção à saúde. A carta constitucional de 1967, porém, não tratou sobre o direito a saúde, continuando, apenas, com a disposição da constituição de 1946 e acrescentou a competência da União para legislar sobre plano nacional de saúde.

No ano de 1969 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 1 que, no entanto, não previa o direito à saúde, mas, apenas, reiterou o que estava na constituição anterior de que os municípios deveriam dispor de 6% do repasse da União para a saúde.

Já a atual constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, trouxe o direito à saúde no título atinente aos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo referente aos Direitos Sociais, especificamente no artigo 6º. Referidos direitos, no âmbito de classificação atinente aos direitos constitucionais em si, são tidos como direitos de segunda geração ou prestacionais, os quais impõem ao Estado uma conduta positiva, a fim de garantir justiça social. Neste sentido destaca-se o pensamento da doutrinadora Josiane Araújo Gomes:

Sendo a saúde um direito fundamental, tem-se também o seu enquadramento dentre os direitos humanos, pois aquele constitui a positivação constitucional deste. Logo, a saúde consiste em direito inerente à pessoa, pelo simples fato de existir como pessoa, sendo dotado de caráter universal, uma vez que pertence a todos, independentemente de seus atributos pessoais ou sociais. (GOMES, 2016, p.25)

A constituição republicana de 1988 concedeu relevante destaque no capítulo referente à seguridade social, previsto na seção II, denominado SAÚDE, ao garantir a universalidade da saúde e atribuir ao Estado o dever de garantir a todos o direito à saúde, além da gratuidade do serviço, integralidade no atendimento e a equidade no acesso, em um sistema regionalizado, hierarquizado e descentralizado, com a participação da comunidade e mantido com recursos do orçamento da Seguridade Social e da União, dos Estados e dos Municípios.

A constituição cidadã também previu como de relevância pública as ações e serviços de saúde no artigo 197, apresentando o conceito de que a assistência à saúde é livre e de iniciativa privada que atua de modo complementar ao sistema único de saúde, observando, porém, suas diretrizes, conforme descrito no artigo 199, do mesmo diploma legal.

É importante destacar, por fim, o artigo 200, da Constituição Federal de 1988 que, por seu turno, foi responsável por definir o sistema o único de saúde, rompendo com o ultrapassado modelo Previdenciário de Saúde, com métodos curativistas e hospitalocêntricos, passando para métodos de maior abrangência, sobretudo os preventivos, onde são observados os fatores determinantes e condicionantes.

Assim sendo, de todo o desenvolvimento apresentado, tem-se que o tema a ser desenvolvido possui extrema relevância social, já que, apesar da normatização ampla, plena e de aplicação imediata que independente de intervenção judicial para sua efetivação, nota-se que o Poder Judiciário, por meio de ordens judiciais que visam a garantia dos direitos existentes, tem se tornado a principal “porta de entrada” ao sistema de saúde brasileiro.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É importante ressaltar sobre o terminologia da palavra “saúde”, tomando por base os termos apresentados pela doutrinadora Josiane Araújo Gomes que conceitua tal disposição como:

O termo “saúde” tem por origem raiz etimológica *salus*, que designa, em latim, o atributo principal dos inteiros, intactos, íntegros. Já em grego *salus*

decorre do termo *holos*– raiz dos termos holismo e holístico- tomado no sentido de totalidade”. (GOMES, 2016, p.46)

Diante do apresentado, pode-se afirmar que “saúde” é a situação de bem-estar da pessoa, seja física, mental, afetiva ou socialmente e não apenas a ausência de enfermidade, sendo que esse bem estar está condicionado também a outros direitos como educação, saneamento básico, assistência social, à proteção do meio ambiente, bem estar social e ao acesso ao sistema dos diversos profissionais vinculados à área de saúde.

A judicialização da saúde, no entanto, pode ser conceituada como a provocação do judiciário em proveito da efetivação de auxílio médico-farmacêutica, ou seja, a última opção na busca de medicamentos ou tratamentos não concedidos pelo SUS, atingindo, assim, o direito pleno à saúde. A busca pelo judiciário na concretização do direito ao acesso à saúde está cada vez mais recorrente, sendo esses litígios dirigidos, em regra, em desfavor de empresas de planos de saúde (saúde suplementar) e ao SUS (saúde pública), buscando-se, assim, a solução para a ausência de prestação positiva ou contrapondo à má ou parcial prestação de um serviço vinculado à saúde individual ou coletiva.

O marco da judicialização da saúde no Brasil ocorre no início de 1990, quando pedidos são apresentados ao Poder Judiciário no intuito de que se imponha ao poder público a garantia de acesso a medicamentos antirretrovirais para tratamento de vírus de imunodeficiência humana, como o vírus HIV (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). O Estado Democrático de Direito passa a buscar a concretização dos direitos fundamentais, vinculando-se, sobretudo ao Princípio da Dignidade da pessoa humana.

O direito a saúde é um direito fundamental e está inserido no índice dos Direitos Sociais (artigos 196-200) e é definido pela Constituição Federal como:

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. (BRASIL, 1988)

Para a concretização desse direito, no entanto, entende-se necessária a criação de políticas públicas, sendo que, a falta dessas políticas acarreta, automaticamente, a denegação desse direito, consolidando-se, assim, como um sério problema nos dias atuais.

As políticas públicas, para serem efetivamente implementadas, necessitam de técnicos capacitados e comprometidos com a saúde da sociedade, bem como com repasses e

aplicação/gestão correta destes por parte dos órgãos públicos, o que, a princípio, pela realidade vivenciada, não se apresenta como uma realidade brasileira.

Há uma forte discussão, também, no que tange a Judicialização da saúde, acerca de quem teria responsabilidade quando requerido, por via judicial, alguma prestação positiva vinculada o direito à saúde, ou seja, se referida responsabilidade seria da União, do Estado ou dos Municípios.

Referida resposta, porém, se encontra no artigo 198, §1º, da Constituição Federal que dispõe que “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. (BRASIL, 1988)

Já o artigo 196, da Constituição federal expressa que a saúde é dever do Estado, mas, neste caso, deve-se esclarecer que o “Estado” se refere a todos os entes da federação. Destaca-se, também, que é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os entes da federação são solidários no custeamento da saúde pública, senão veja-se a o entendimento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

4. A SAÚDE PÚBLICA E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 definiu o Sistema Único de Saúde (SUS) em seu ordenamento, mas, a sua regulamentação somente realizou-se com a Lei 8.080, em 19 de setembro de 1990, com a chamada Lei Orgânica da Saúde, que, por sua vez, é responsável pela normatização das ações e serviços de saúde no território nacional, delineando, assim, sobre a proteção, promoção e a recuperação da saúde.

Baseado nas diretrizes constitucionais, a estruturação do SUS se regula pelos seguintes princípios doutrinários: a universalidade no atendimento a todo e qualquer cidadão; a equidade nas ações e serviços de saúde, levando em consideração as diferenças dos grupos existentes na sociedade; a integralidade na atenção ao indivíduo nos diversos graus de complexidade, prestando uma assistência completa, seja na prevenção e proteção, seja na recuperação da saúde com tratamento médico, hospitalar e farmacêutico integral; a descentralização, consistente na redistribuição da obrigação estatal nas ações e serviços de saúde entre os entes da federação, notadamente os municípios; o controle social representado pela participação popular na gestão do SUS, por meio das Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, e a regionalização e hierarquização que versa sobre a separação de áreas geográficas por regiões de saúde e por níveis de complexidade tecnológica.

4.1 LEI 8.142/90 – CONTROLE SOCIAL DO SUS E TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS E O PACTO PELA SAÚDE

A lei 8.142/90 foi criada no mesmo ano da Lei Orgânica da Saúde, porém, no mês de dezembro. Referida legislação possui apenas sete artigos, os quais dispunham a respeito da cooperação da população na gestão do SUS e sobre a transferência governamental de recursos financeiros na área da saúde.

Aludida lei sistematizou e organizou a Conferência de Saúde ¹e o Conselho de Saúde ² que são instâncias colegiadas ao SUS e também tratou da destinação dos recursos do FNS (Fundo Nacional de Saúde), bem como dos requisitos para que os Municípios, Estados e Distrito Federal recebessem esses recursos financeiros como ter o fundo de saúde; Conselho de Saúde, plano de saúde; relatório de gestão, entre outros.

4.2 PORTARIA Nº 399/06 - PACTO PELA SAÚDE

A portaria nº 399/06 instituiu o Pacto pela Saúde que visava superar dificuldades enfrentadas pelo SUS durante sua trajetória e tinha como proposta a qualificação da gestão pública do sistema, buscando, assim, maior eficiência e qualidade. O pacto da saúde assumiu o compromisso de ser revisado anualmente e contava com três dimensões, sendo elas o Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão.

O Pacto pela Vida tinha como principal prioridade a saúde do idoso, a redução nos números de mortalidade por câncer de colo do útero e de mama, a redução do número de mortalidade infantil e materna, o controle de doenças emergentes e endemias, a promoção da saúde e o fortalecimento da atenção básica à saúde.

O pacto em Defesa do SUS visava a implementação de projetos de mobilização social com o fim de apontar que a saúde é um direito de cidadania, para aprovar o orçamento do SUS, para regular a Emenda Constitucional 29, para incrementar recursos para saúde e para elaborar e publicar a carta dos Direitos dos Usuários do SUS.

Já o Pacto de Gestão definia melhor a responsabilidade sanitária de cada esfera do governo, para evitar o famoso “empurra- empurra” entre os entes, estabelecendo responsabilidade solidária dos gestores, e estabelecia diretrizes para a gestão do SUS.

¹ Realizada a cada quatro anos com a finalidade de interagir a sociedade nas atividades de delimitação, gestão e controle de uma estipulada política pública.

² Órgão pertencente ao Ministério da Saúde que tem o papel de fiscalizar, deliberar, conduzir e supervisionar as políticas públicas de saúde.

4.3 PORTARIA Nº 1.820/09 MS – DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS DO SUS

A portaria número 1.820/09 foi aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), estabelecendo a Carta dos Direitos e Deveres dos usuários do SUS que, por seu turno, buscava mais qualidade no sistema de saúde, mostrando os direitos e deveres dos usuários que almejavam atendimento de saúde. Foram estabelecidos nesta portaria seis princípios básicos, quais sejam:

1. O direito de ser atendido com ordem e organização
2. O direito a um atendimento de qualidade
3. O direito a um tratamento humanizado e sem discriminação
4. O respeito aos direitos do paciente
5. Os deveres do cidadão ao buscar o atendimento de saúde
6. O cumprimento da carta dos direitos dos usuários da saúde por todos

Revela-se oportuno mencionar, ainda, que referida portaria apresenta, também, o direito de atendimento prioritário daqueles em estado grave ou com maior sofrimento, o direito a ter respeito à intimidade, a cultura e a religião, além do não preconceito, a liberdade de permitir ou recusar procedimentos médicos e o espaço destinado a receber sugestões e críticas sobre o sistema.

4.4 LEI COMPLEMENTAR 141/12 – PERCENTUAL MÍNIMO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS DOS ENTES EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

A Lei Complementar 141/12, em suma, regulamenta o §3º do artigo 198 da Constituição Federal do Brasil de 1988, que dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, além de estabelecer métodos de rateio e avaliação, controle e fiscalização de despesas com saúde pública.

Citada legislação fixou, em seu artigo 5º, que a União deverá aplicar, anualmente, nas ações e serviços públicos de saúde o valor empenhado no exercício financeiro anterior, mais a variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano anterior à lei orçamentária anual. Mas essa fixação mudou com a Emenda Constitucional nº. 86/2015 que alterou esse percentual mínimo de investimento da União para 13,02% (treze inteiros e dois décimos por cento) para o ano de

2016, 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) para o ano de 2017, 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) para o ano de 2018, 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) para o ano de 2019 e 15% (quinze por cento) para o ano de 2020. Sendo que esse valor a ser calculado deve decorrer da receita corrente líquida, que é a sobra dos repasses aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que tange aos Municípios ficou estabelecido pelo artigo 6º da Lei Complementar 141/12 que deverá ser aplicado o mínimo percentual de 12% (doze por cento) sobre a arrecadação de impostos nas ações e serviços de saúde. E para os Municípios foi determinado pelo artigo 7º também da mencionada lei o mínimo percentual de 15% (quinze por cento) dos impostos arrecadados na saúde, sendo que de acordo com o artigo 198 da Constituição Federal esses percentuais definidos devem ser revistos a cada cinco anos.

É importante ressaltar que a divisão dos recursos financeiros da União para as ações de saúde devem ser observados critérios como o perfil demográfico, socioeconômico, espacial, a dimensão epidemiológica e a necessidade da população, de acordo com os artigos 17 a 22 da Lei Complementar 141/12.

4.5 PEC DOS GASTOS PÚBLICOS E OS REFLEXOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Em 13 de Dezembro de 2016, após extenso debate do legislativo, foi aprovada a Proposta de Emenda Constitucional número 55 (antiga PEC 241), conhecida como “a PEC do teto dos gastos públicos”, a qual estipula os limites de gastos públicos da União, abrangendo seus três poderes, a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. A principal proposta da PEC é a retomada do crescimento econômico do país, bem como a estabilidade da inflação. Sua validade é de vinte anos, a contar do exercício de 2017, podendo ser alterada mediante proposta do Presidente da República com dez anos de exercício.

Nota-se importante a inclusão deste tópico, pois referida PEC incidirá, também, nos gastos relativos à saúde, porém, acerca destes, referidos limites se efetivarão, apenas, a partir do ano de 2018.

Referida proposta de emenda constitucional traz grandes reflexos para a saúde pública do país, destacando, assim, que professora Cristina Helena de Mello³ citada no jornal “BBC online”, considera inadequada aludida PEC, observando que colocar um teto para os gastos com a saúde é desapropriado porque não é previsível o crescimento de atendimentos.

Segundo a professora citada, a limitação dos gastos com a saúde pública ocasionará “movimentos migratórios intensos, aumento da violência e das emergências, aumento dos nascimentos, além de hospital superlotado, com dificuldades para atender⁴” (MELLO, 2016,).

Assim sendo, verifica-se que apesar da proposta de emenda constitucional ser aplicada na área da saúde somente em 2018 e contar com a antecipação de 15% (quinze por cento) de investimento da receita corrente líquida da União no ano de 2017, o que, a princípio, ocorreria somente em 2020, referida limitação se revela contrária às designações constitucionais, já que incidirá, direta e indiretamente, na Dignidade da pessoa humana.

4.6 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 04/2009 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A audiência pública que tratou sobre a judicialização da saúde pública, no âmbito do SUS, foi 11ª audiência pública que ocorreu em 2009, sendo presidida pelo ministro Gilmar Mendes. Devido a importância do tema tratado, a audiência contou com mais de 140 pedidos de participação.

O intuito dos debates ocorridos era servir de apoio para as ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, foram citadas demandas enfrentadas pelo STF envolvendo a judicialização da saúde pública, tais como: o Agravo Regimental 223, sobre a condenação do Estado de Pernambuco em arcar com a realização de procedimento experimental; o Pedido de Suspensão Liminar 228, em que o magistrado determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral providenciassem a transferência de pacientes para Unidades de Terapia

³Possui graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987), mestrado em Economia de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - SP (1990) e doutorado em Economia de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - SP (1994). Atualmente é Pró Reitora Nacional de Pesquisa e Pós Graduação *Stricto Sensu* na ESPM, avaliador de curso do Ministério da Educação e assistente doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://buscav.cnpq.br/buscav/#/espelho?nro_id_cnpq_cp_s=6805014673629900>. Consultado em 14 de maio de 2017.

⁴ Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37603414>>. Consultado em 29 de Maio de 2017.

Intensiva (UTI), seja de hospitais públicos e privados e que houvesse a quantidade mínima legal de leitos, sob pena de aplicação de multa; a Suspensão da Tutela Antecipada 198, que deliberou sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado do Paraná à criança portadora de doença rara no valor de mais de 1 milhão de reais por ano; além da Suspensão da Tutela Antecipada 268, do município de Igrejinha, envolvendo a falta de medicamentos da farmácia municipal.

Referida audiência dividiu-se em três assuntos, quais sejam: a dispensa/desnecessidade de medicamentos, a interligação dos poderes e a alocação de recursos. O destaque em relação à concessão de medicamentos se deu diante dos elevados custos fármacos, bem como do fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e dos denominados experimentais que são, com frequência, concedidos pelo Judiciário.

No que tange a alocação de recursos, ressaltou-se a questão do sub-financiamento da saúde e a necessidade de dar prioridade às despesas com saúde em detrimento com gastos públicos tidos como não essenciais.

A ineficiência do Poder Executivo foi objeto de discussões, alegando, para tanto, que a judicialização consiste no reflexo da ineficiência e na necessidade de melhorias na saúde pública do país. É relevante, ressaltar, por fim, que foi também mencionado na aludida audiência a importância do Poder Judiciário na concessão deste direito fundamental, já que administrativamente tal pretensão nem sempre tem êxito.

5. O MÍNIMO EXISTENCIAL x RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O mínimo existencial é ligado à justiça social, a qual impõe ao Estado a obrigação de garantir uma vida digna ao ser humano. Apresenta-se, assim, como o mínimo que o cidadão precisa para sobreviver, sendo que, para a doutrina majoritária, tal garantia é o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a saúde um destaque especial entre os direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna. A dignidade da pessoa humana é um princípio basilar das garantias constitucionais que deve ser garantido a todos os cidadãos.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, destaca, acerca do tema, que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET 2011, p. 73)

A Constituição Federal de 1988 consagrou inúmeros direitos fundamentais prestacionais ocasionando, assim, a impossibilidade financeira do Estado em cumprir todas as garantias previstas, justificando assim com a tese da “reserva do possível”.

A “reserva do possível”, também chamada de reserva do financeiramente possível, ou ainda, reserva da consistência, foi criada pela doutrina Alemã e sua origem se deu em virtude dos inúmeros pedidos apresentados por estudantes junto a Corte daquele país, onde pleiteavam, com base em dispositivo fundamental (artigo 12, Lei Fundamental Alemã) que previa o direito à livre escolha da profissão, o ingresso em cursos universitários. No aludido julgamento, firmou-se entendimento que somente poderá ser exigido do Estado aquela prestação que se apresente como razoavelmente possível.

Apesar de tal preceito não ter uma definição exata, Ana Paula Barcelos, acerca do tema, ressalta que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui apreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direito. (BARCELOS, 2002, p. 236)

Verifica-se, assim, que, ainda que existam direitos fundamentais prestacionais, o Estado estaria obrigado a prestá-los somente até os limites de sua capacidade econômica e financeira, sendo adstrito ao seu orçamento.

6. REFLEXÃO SOBRE A SUPERAÇÃO DO CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

As limitações aos direitos fundamentais podem ser entendidas como toda ação ou omissão do poder público nas três esferas, tendentes a afetar direitos fundamentais, seja eliminando, reduzindo ou dificultando seu acesso.

Surgem então, as teorias interna e externa que, em breve síntese, a primeira entende não existir restrições legítimas aos direitos fundamentais, pois eventuais reservas devem ser entendidas como limitações conceituais ou imanentes, vale dizer, inerente ao próprio direito fundamental, enquanto a segunda permite a previsão de restrição aos direitos fundamentais, a fim de compatibilizar o direito de todos os cidadãos, desde que tais restrições sejam provenientes de normas ou atos jurídicos e sejam submetidas a controle para serem consideradas efetivamente legítimas.

Ocorre que, contemporaneamente, prepondera o entendimento que normas infraconstitucionais são aptas a restringir direitos fundamentais. Entretanto, elas não podem reduzir o direito fundamental a ponto de esgotá-lo completamente, fazendo com que referido direito perca sua eficácia. Tal eficácia que, por sua vez, deve ser preservada, é conhecida pela doutrina como princípio da proteção do núcleo essencial.

Entre as principais limitações impostas aos direitos fundamentais, encontra-se a reserva do possível, cujo surgimento advém da Corte Alemã, no ano de 1973. Na ocasião, tal Corte passou ao julgamento de determinada demanda que impugnava a limitação de vagas no curso superior de Medicina, onde ficou declarada a limitação ao acesso universal em razão da capacidade orçamentária do Estado.

Mencionada Corte interpretou não ser razoável/proporcional exigir do Estado, esforços superiores a sua capacidade orçamentária para atender determinados direitos, pois isso poderia comprometer a concessão de outros direitos fundamentais ou a implementação de políticas públicas. Em que pese a significativa defesa com o argumento da reserva do possível para a limitação dos recursos públicos, que conflita diretamente com o mínimo existencial, deve-se proteger o núcleo “*essencial*” do direito fundamental.

Nesta perspectiva, tornou-se frequente a apresentação da tese da reserva do possível por parte da Fazenda Pública, buscando, assim, se esquivar da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal 1988.

Diferentemente da Carta Magna, que não prevê expressamente a proteção do núcleo essencial, como nas Constituições Alemã, Portuguesa e Espanhola, a Constituição Federal de 1988 resguarda o núcleo essencial implicitamente, buscando proteger o mínimo do direito fundamental e, por via de consequência, mitiga a aplicação da reserva do possível na medida em que estabelece “conteúdos mínimos” dos direitos sociais que não podem sofrer limitações, nem mesmo sob o argumento de ausência de recursos financeiros.

Portanto, parte da doutrina interpreta que somente é legítima a utilização do argumento da reserva do possível, visando limitar direitos fundamentais, quando for aplicável a direitos que estão além da dimensão do que se considera “*mínimo vital*”.

Neste sentido, a lição do ilustre professor, Vidal Serrano Nunes Junior:

Em conclusão, concatenando-se análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que a teoria da reserva do possível – em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade – é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários (NUNES JUNIOR, 2009, p.29)

É pertinente, ainda, destacar a existência de teorias que não admitem a limitação de direitos sociais ao argumento da reserva do possível, pois a realidade brasileira se diferencia de outros países, pelo simples fato de existirem recursos, mas que são inadequadamente distribuídos.

Nesta perspectiva, buscando uma melhor distribuição de recursos públicos e o aumento da capacidade econômica do Estado, a fim de atender o direito fundamental à saúde, submete-se a discussão acadêmica e política a seguir.

7. REFLEXÃO SOBRE A DISTRIBUIÇÃO ADEQUADA DE RECURSOS PÚBLICOS E MÉTODOS PARA AUMENTAR OS RECURSOS NA ÁREA DA SAÚDE

Com relação a distribuição de recursos na área da saúde, tem-se, do objeto apresentado, como opção para aumentá-los, a redução de verbas destinadas às atividades não essenciais do Estado, como os recursos gastos com publicidade e propaganda; viagens para cursos de aperfeiçoamento que muito custam e pouco contribuem com a qualificação do servidor e a redução da quantidade de parlamentares e verbas de gabinetes nas três esferas. Tais medidas, mesmo sendo impopulares no meio político, contribuiriam, consideravelmente, para a concretização do direito fundamental à saúde, fazendo com que a população de baixa renda passe a ter uma vida digna e saudável.

É pertinente destacar, também, pelo delineamento do trabalho que se apresenta, que os magistrados, na análise de demandas que envolvam questões afetas à saúde pública, têm importante papel na adequada distribuição de recursos. Os juízes, como representantes do Estado que o são e instrumentos de pacificação social, devem se valer de mecanismos de cautela ao proferir decisões envolvendo o acesso às ações e serviços de saúde, tanto em relação à análise orçamentária do ente que figure na polaridade passiva, por meio de perícia contábil/estudos técnicos de viabilidade/necessidade; quanto à observância da capacidade financeira daqueles que ingressam com processo visando ser custeados pelo SUS, seja com medicamentos, exames ou cirurgias, pois neste caso, entende-se que aqueles que possuem condições financeiras hábeis a custear os tratamentos, devem ter mitigados os princípios da universalidade e da integralidade.

Os operadores do direito têm, portanto, importante papel no cenário da boa distribuição dos recursos e na conseqüente harmonização entre o mínimo existencial e a reserva do possível no âmbito da judicialização da saúde. Tais profissionais, ao intentar ou analisar questões afetas à saúde pública devem ter responsabilidade em observar a real capacidade dos entes públicos, a fim de observar qual deles terá maior condição econômica ou mesmo responsabilidade social em atender demandas correlatas a direito fundamental, dentre as quais, se destaca neste trabalho o direito à saúde.

Por fim, propõem-se medida aparentemente radial, visando angariar recursos para o custeio da saúde pública, consistente na legalização dos chamados “jogos de azar”, visto que, em nada se diferenciam dos bilhetes de loteria, sendo incluídos tais jogos no conceito de concursos de prognósticos, de modo que, a quantia arrecadada seria destinada integralmente para a saúde pública.

8. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho, portanto, consiste em apresentar, mesmo de forma sucinta, mas não menos complexa, o fenômeno da judicialização da saúde pública e o consequente conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível nas decisões envolvendo o direito fundamental à saúde.

Chegou-se à conclusão que o conflito entre esses dois institutos é apenas aparente, tendo em vista que, a reserva do possível é relativizada pelo princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental a saúde, garantia esta que assegura um conteúdo mínimo dos direitos sociais, incompatível, assim, com qualquer limitação, mesmo que se vincule a indisponibilidade financeira da Administração Pública, pois visa resguardar o mínimo vital.

Concluiu-se, também, que no âmbito do Poder Judiciário, tanto os magistrados quanto os demais operadores do direito, podem contribuir efetivamente com a justa aplicação dos recursos destinados à saúde pública, desde que analisem as respectivas questões com responsabilidade e atenção à real necessidade e à possibilidade do ente estatal.

Submete-se, ainda, a discussão da comunidade científica e política, a possibilidade de modificação do modo de distribuição dos recursos públicos, reduzindo a destinação de alguns recursos financeiros que não são essenciais para aumentar assim o repasse para as atividades essenciais, sobretudo para saúde.

Por fim, são apontados métodos para obter recursos e destiná-los a saúde, como a legalização dos chamados “jogos de azar”, buscando assim, atender em sua integralidade o direito fundamental à saúde, que é consagrado pela Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 236.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

(STF - AgR ARE: 894085 SP - SÃO PAULO 0043534-49.2011.8.26.0053, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/12/2015, Primeira Turma). Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000302306&base=baseAcordaos> > Acesso em: 29 de maio.2017.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização

GOMES, J. A. . Contratos de Planos de Saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de plano de saúde. 1. ed. Leme: JH Mizuno, 2016. e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.