





A Teoria da Reserva do Possível e seu impacto na efetivação do direito à Saúde Pública

The Theory of the Possible Reserve and its impact on the effectiveness of the right to


Public Health

Resumo

Rosângela Oliveira de Jesus¹
 orcid.org/0000-0002-7765-5078

Dayane Ferreira Silva¹
 orcid.org/0000-0003-3324-0679

Jéssica Albuquerque Vieira Oliveira¹
 orcid.org/0000-0003-0924-0839

Vanessa Cláudia Sousa Oliveira¹
 orcid.org/0000-0002-8385-5017

¹ Faculdades Integradas do Norte de Minas (FUNORTE), Montes Claros, MG, Brasil.

Autora para correspondência: Rosângela Oliveira de Jesus. Coordenação do curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas. Rua Coronel Joaquim Costa, n. 491, Centro, Montes Claros, MG, Brasil. E-mail: rosa.aps@live.com

Como citar este artigo

ABNT

JESUS, R. O. *et al.* A Teoria da Reserva do Possível e seu impacto na efetivação do direito à Saúde Pública. *Humanidades (Montes Claros)*, Montes Claros, v. 8, n. 1, p. 1-12, p. 1-12, jan./jun. 2019.

Vancouver

Jesus RO, Silva DF, Oliveira JAV, Oliveira VCS. Teoria da Reserva do Possível e seu impacto na efetivação do direito à Saúde Pública. *Humanidades (Montes Claros)*. 2019 jan-jun;8(1):1-12.

Objetivo: analisar as demandas judiciais pela promoção do direito social à saúde. **Materiais e Métodos:** utilizou-se predominantemente a metodologia qualitativa, por meio da revisão bibliográfica. Foram analisadas doutrinas, jurisprudências, dados divulgados por órgãos governamentais e a legislação pertinente ao tema. **Resultados:** a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um direito social, inclusive oponível ao próprio Estado que também está submetido ao império da Lei. O poder público não tem promovido satisfatoriamente as políticas de saúde, o Judiciário tem sido acionado pela população como meio para requerer esse direito, fato que resultou no fenômeno denominado de Judicialização da Saúde. Na tentativa de justificar eventuais carências das políticas públicas, especialmente nas lides que envolvem questões sobre assistência à saúde, o Poder Executivo alega a Teoria da Reserva do Possível. **Considerações Finais:** a análise dos dados coletados permitiu verificar a necessidade de se encontrar meios para atenuar as consequências da judicialização da saúde para o Estado e a sociedade. Os problemas envolvendo a saúde pública vão além das medidas curativas e ultrapassam a resolução dos conflitos na esfera judiciária, sendo necessário o comprometimento de várias áreas da sociedade para que seja consolidada uma conscientização social em prol do bem comum.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Reserva do Possível.

Abstract

Objective: analyzing the lawsuits for the promotion of the social right to health in the field of public health. **Materials and Methods:** the qualitative methodology was predominantly used through literature review. Doctrines, data disclosed by government agencies and legislation relevant to the topic were analyzed. Results: since the Federal Constitution of 1988, health has become a social right, even opposed to the state itself that is also subject to the rule of law. The public power has not satisfactorily promoted health policies, the judiciary has been driven by the population as a means to claim this right, a fact that resulted in the phenomenon called Judicialization of Health. In an attempt to justify any shortcomings of public policies, especially in matters involving health care issues, the Executive Power claims the Reserve Theory of the Possible. Final Considerations: the analysis of the collected data allowed us to verify the need to find ways to mitigate the consequences of the judicialization of health for the State and society. Problems involving public health go beyond curative measures and go beyond the resolution of conflicts in the judiciary, requiring the commitment of various areas of society to consolidate social awareness for the common good.

Keywords: Right to Health. Judicialization. Possible Reserve.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, de acordo com Barroso (2009), inaugurou premissas fundamentais do Estado Democrático de Direito, entre elas a Dignidade da Pessoa Humana, preceito que amolda o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, a CRFB/1988 prega a igualdade formal de todos em direitos e obrigações, inclusive submete o próprio Estado ao império da Lei, também prevê o acesso à justiça a todos que se sentirem prejudicados ou ameaçados em seus direitos e garantias, além de considerar expressamente a saúde em todo território brasileiro como “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988).

Na interpretação de Lima (2014), a previsão constitucional da saúde, como direitos de todos frente ao Estado, causa grande impacto político. A compreensão das políticas de saúde na percepção de Benevides e Vieira (2016) engloba fatores econômicos e sociais determinantes, pois, mesmo com o triunfo da inscrição do direito à saúde na CRFB/1988, conflitos têm maculado a efetividade da previsão constitucional; no caso da saúde, há embates sociais permanentes para a consolidação do Sistema Único de Saúde – SUS.

A plena materialização da previsão de acesso universal à saúde, de acordo com Asbahr (2004) *apud* Benevides e Vieira (2016), esbarra na reserva do possível, uma vez que depende de recursos finitos e envolve o Princípio Constitucional da Proporcionalidade que restringe a abrangência de um direito fundamental em choque com outro direito também fundamental.

A Teoria da Reserva do Possível, como ressaltam Barroso (2009), Souza e Costa (2018), Mendes e Branco (2018), é frequentemente evocada pelo Poder Executivo brasileiro na tentativa de justificar

eventuais carências das políticas públicas quanto à prestação estatal dos direitos e garantias fundamentais previstos na legislação, em especial nas lides que envolvem questões sobre assistência à saúde.

Paula e Bittar (2017) evidenciam que há um volumoso fluxo de litígios judiciais envolvendo a promoção do direito social à saúde, o qual tem causado efeitos negativos à estruturação e organização do SUS. Para o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2017), o aumento no número de demandas judiciais sobre a saúde tornou-se um fenômeno social e econômico.

Este artigo teve como objetivo geral analisar as demandas judiciais pela promoção do direito social à saúde no âmbito da saúde pública. E entre os objetivos específicos buscou-se descrever sobre o fenômeno da judicialização do direito constitucional à saúde e a teoria da Reserva do Possível, além de verificar os impactos financeiros, políticos e sociais da assistência à saúde individual contenciosa nos recursos planejados para o coletivo.

Para a realização desta pesquisa, foi utilizada a metodologia qualitativa, através da qual lançou-se mão da pesquisa bibliográfica, o que propiciou um grande número de informações acerca da temática, como sua complexidade e propostas de solução ou readequação, possibilitando atender aos objetivos propostos na sua realização.

O artigo foi estruturado em duas seções: a primeira descreve sobre a inserção do direito público à saúde no ordenamento jurídico pátrio e demonstra o surgimento e a conceituação da Teoria da Reserva do Possível, também discorre sobre o fenômeno da judicialização do direito constitucional à saúde.

Na segunda seção, analisaram-se possíveis impactos financeiros, políticos e sociais da assistência à saúde individual contenciosa, iniciada logo após a

vigência da CRFB/1988, nos recursos planejados para o coletivo.

A caracterização da saúde como direito de todos é um avanço e ao mesmo tempo um desafio, os obstáculos que inviabilizam a prestação da saúde pública a contento social atingem diretamente a dignidade humana. Desse modo, pesquisas sobre o tema são de suma importância. A não efetivação das propostas públicas legais de saúde é uma realidade que é sentida em maior ou menor grau por toda a sociedade, uma vez que, como pontua Masson (2018), é indispensável ter saúde para usufruir de forma plena os outros direitos essenciais.

O Fenômeno da Judicialização do Direito Constitucional à Saúde e a Teoria da Reserva do Possível

Masson (2018) leciona que a Constituição Brasileira de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, foi a primeira no direito pátrio a disciplinar os direitos sociais em um título referente à ordem econômica e social. Na mesma linha de pensamento, Mendes e Branco (2018) mencionam que textos de constituições anteriores a 1988 descreviam apenas disposições esparsas sobre saúde pública, por exemplo, a Constituição de 1824 fazia referência aos “socorros públicos” que praticavam ações curativas.

A CRFB/1988, na opinião de Mendes e Branco (2018), consagrou o direito fundamental à saúde. Barroso (2009) atribui esta consagração como resultado de uma série de lutas no contexto interno e mundial, como a criação, em 1946, da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão que visa atender ao clamor social por dignidade e direitos humanos, e da Organização Mundial de Saúde (OMS) agência especializada em saúde e o movimento sanitarista que intensificou o

debate sobre a importância da universalização dos serviços públicos de saúde.

Assim, a CRFB/1988 traz no artigo 196 a seguinte redação: “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 [...]” (BRASIL, 1988).

A nova ordem social interna, inaugurada pela CRFB/1988, na concepção de Barroso (2009), determinou a criação de uma lei que regulasse a forma de acesso ao direito à saúde. Assim, foi instituída a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº8.080/1990, que, com o objetivo de estruturar e organizar a prevenção, promoção e recuperação da saúde, criou o SUS e estabeleceu um conjunto articulado e descentralizado de ações e competências supletivas entre os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal, e Municípios), e a Administração Indireta, tornando-os corresponsáveis.

O artigo 6º, inciso VI da Lei nº8.080/1990, define, entre outras, as principais atribuições do SUS: “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (BRASIL, 1990).

Em linhas gerais, Barroso (2009) demonstra o avanço do direito à saúde no Brasil, até ser reconhecido pela CRFB/1988, como universal, gratuito, direito de todos e dever do Estado. Ele explica que houve todo um processo histórico iniciado com a chegada da Corte portuguesa, período em que foram realizadas algumas ações de combate à lepra e à peste. E, somente a partir da década de 30, houve uma estruturação básica de saúde pública com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, época em que também foram criados os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAP, que

disponibilizavam serviços de saúde curativa. Mas esses serviços apenas eram oferecidos ao trabalhador urbano com carteira assinada contribuinte, o que deixava grande parte da população brasileira à margem das políticas públicas de saúde.

Na percepção de Benevides e Vieira (2016), a saúde pública no Brasil teve avanços significativos. Nas últimas décadas, foi ampliado o acesso da população à atenção básica, como: programas de vacinação, pré-natal, investimento em recursos humanos e novas tecnologias para tratamentos preventivos e emergenciais, resultado das políticas sociais e das reformas setoriais impressas na CRFB/1988 e sua condição de aplicabilidade e efetividade. No entanto, ainda assim, o Estado encontra dificuldades em garantir as mais variadas necessidades de saúde para todos. Danielli (2018) pontua que o fato de a CRFB/1988 ser analítica e a sociedade altamente complexa oportunizou a judicialização da vida, pois questões que antes eram tratadas somente no discurso político ou sociológico tornaram-se jurídicas.

Consoante Stival e Girão (2016), a limitação do Poder executivo em distribuir de forma integral, universal e gratuita os instrumentos de saúde aliado a previsão descrita na CRFB/1988, artigo 5º, inciso XXXV, de acesso à justiça, conforme a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, viabilizou uma crescente demanda judicial na busca por esses direitos, movimento denominado de judicialização da saúde.

Benevides e Vieira (2016) destacam que a aprovação da Emenda Constitucional nº95 de 2016, que institui o “Novo Regime Fiscal”, cujo objetivo é reduzir as despesas do governo e estabelecer um valor máximo dos gastos públicos, proporcionará o agravamento da atual problemática do direito à saúde e sua judicialização.

A possibilidade de intervenção do poder judiciário é defendida por Mendes e Branco (2017). Segundo eles, na análise do caso concreto levado à sua ciência, o juiz tem o poder/dever de sopesar entre o direito subjetivo individual ou coletivo à saúde e a objetividade do caso em questão, assim como a demonstração por parte do administrador público de grave lesão à ordem econômica, financeira ou social. Barroso (2009) e Masson (2018) disciplinam que o poder judiciário deve intervir sempre que um direito fundamental estiver sob ameaça ou lesionado, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa.

Para Masson (2018), com a evidente ligação entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a realidade econômica e financeira, o Estado, ao definir prioridades e determinar as políticas públicas passou a alegar a “reserva do possível” que seria uma limitação jurídica fática apresentada em face às restrições financeiras que dificultam ou impedem o oferecimento e cumprimento de todas as prestações materiais demandadas pelos indivíduos.

A reserva do possível, consoante Barroso (2009), pode ser caracterizada pelo fato de o orçamento público ser geralmente insuficiente para atender a todas as necessidades sociais que se mostram ilimitadas. Na maioria das vezes, investir em determinado setor reduz ou inviabiliza o repasse de recursos a outros setores, o que requer uma gestão cada vez mais especializada.

Para reforçar a necessidade da consideração à atenção a reserva do possível, Stival e Girão (2016) justificam que todo orçamento é limitado, seja ele público ou privado, e devem ser observadas as exigências de harmonização econômica geral, a maior abrangência e eficácia possíveis dos bens e serviços pretendidos, com o menor gasto dos recursos disponíveis. Apesar de que, para muitos juristas,

segundo Stival e Girão (2016), a reserva do possível é apenas uma “desculpa” sendo uma questão secundária, enquanto a saúde, único direito social cuja efetividade o judiciário toma para si, uma vez que, quando se trata de educação, trabalho, moradia, alimentação entre outros; ele não se manifesta com tanta ênfase.

Em sua obra, Mendes e Branco (2017) citam estudo sobre demandas relacionadas à saúde e educação realizado em cinco estados brasileiros e, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa constatou que 96% dos litígios tratavam do direito à saúde, enquanto apenas 4%, do direito à educação.

A reserva do possível no entender de Stival e Girão (2016) pode ser dividida em dois vieses, um de caráter técnico e outro econômico, o primeiro ligado à falta de equipamentos ou medicamentos fora dos diagnósticos, e a tratamentos existentes no país; o de caráter econômico requer uma gestão democrática observada a adequação, necessidade, proporcionalidade e progressividade. Assim, a reserva do possível não é mera desculpa do administrador público, não se trata apenas de escolhas políticas discricionárias, mas sim vinculadas à análise orçamentária, à otimização de processos e à busca pela maior abrangência do bem comum que é a satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

Em sua origem, a Teoria da Reserva do Possível não estava ligada diretamente à restrição de recursos materiais. Masson (2018), Souza e Costa (2018) relatam que, ao ser trazida para o ordenamento jurídico pátrio, ela ganhou um forte viés econômico e tornou-se a teoria da “reserva do financeiramente possível”. Atualmente, é frequentemente evocada pelo poder executivo brasileiro, diante das demandas judiciais como justificativa a eventuais carências das políticas públicas quanto à prestação estatal dos direitos e garantias

fundamentais previstos no ordenamento jurídico, em especial a assistência à saúde.

Para Mendes e Branco (2018), nos casos de lides, sejam elas individuais ou grupos de pessoas contra o Estado em busca do direito à saúde, a demonstração da insuficiência de recursos é ônus do ente estatal e não pode por si só eximi-lo de sua obrigação prevista na CRFB/1988 e Leis infraconstitucionais.

O rol de direitos sociais elencados no artigo 6º da CRFB/1988 foi ampliado desde sua origem e atualmente tem a seguinte configuração: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988).

Para Danielli (2018), a CRFB/1988 atribuiu a esses direitos eficácia imediata, no entanto, há controvérsias em relação aos seus reflexos jurídicos e alcance hermenêutico. Muitos neoconstitucionalistas versam que, na exata caracterização dos direitos sociais, reside sua aptidão em atingir o fim a que se destinam. Danielli (2018) aponta ainda como um dos principais dilemas a respeito da eficácia normativa do direito à saúde, seu enquadramento como regra ou princípio e consequentemente os limites de sua judicialização.

Impactos políticos, financeiros e sociais da assistência à saúde individual contenciosa nos recursos planejados para o coletivo

Barroso (2009) explica que a referência à escassez de recursos financeiros predominava nas fundamentações das decisões dos litígios mais antigos envolvendo a saúde. Muitas vezes, pedidos de medidas cautelares eram negados sob a alegação da impossibilidade de atender um só indivíduo em

detrimento de outros, e da matéria, por ser de ordem administrativa, não caber ao judiciário interferir nos seus méritos.

Danielli (2018, p.60) diz que o entendimento jurisprudencial, inicialmente, tratava o direito à saúde como típica norma programática, interpretação que começou a ser mudada na década de 1990, quando várias demandas pelo fornecimento de medicamentos imprescindíveis ao tratamento da AIDS chegaram ao judiciário, “forçando a reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão”.

Barroso (2009) e Danielli (2018) também citam que o poder concedido ao povo para exigir do Estado essas prestações positivas, sobretudo não se relacionam simplesmente ao direito à saúde e sim ao direito à vida com dignidade.

Segundo Lima (2014) e Macedo (2016), em 2009, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em audiência pública, com o objetivo de esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, versou que a judicialização da saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Macedo (2016) ainda frisa, que mesmo após várias audiências públicas, recomendações, seminários e outras iniciativas, o problema da judicialização da Saúde atual não se distancia muito do cenário apresentado em 2009 e, conforme dados públicos, é possível verificar que as taxas de judicialização inclusive aumentaram.

O CNJ (2017) divulgou a realização de audiência pública, em dezembro de 2017, com a participação de representantes do Poder Público, da

iniciativa privada, dos pacientes, da Academia e do sistema de Justiça, para debater a judicialização da saúde. A audiência contou com a participação de 30 instituições diferentes, desde gestores públicos, como secretários municipais e estaduais de Saúde, até associações de pacientes de doenças raras.

Segundo o CNJ (2017), as diferentes visões apresentadas na reunião demonstram a crescente tensão entre a busca pelo direito à saúde e a escassez de recursos. As falas dos participantes trataram de forma geral sobre a discrepância entre a demanda e a oferta de saúde no Brasil e as implicações do problema para a sociedade.

Ao publicar a referida audiência, o CNJ (2017) demonstrou o entendimento de algumas autoridades em serviços públicos de Saúde presentes no evento. Elas destacaram alguns aspectos importantes como a falta de recursos para a área. Para o presidente do Conselho Nacional de Saúde - CNS, Ronald Ferreira dos Santos, há, no Brasil, um subfinanciamento que acaba por intensificar a judicialização, o país investe 3,8% do Produto Interno Bruto - PIB em saúde, já outros países com acesso universal aos serviços de saúde destinam entre 7% e 8%. O presidente da Confederação Nacional de Municípios - CNM, Paulo Ziulkoski, informou que as prefeituras investem em saúde mais de 15% da Receita Corrente Líquida, enquanto que poucos estados cumprem as exigências legais. Paulo Ziulkoski, na mesma audiência, também ressaltou que Lei é simples para escrever, o difícil é cumprir e o problema sempre afeta mais o município.

Sobre o assunto, Mendes e Branco (2017) afirmam a necessidade de uma distribuição mais equânime das receitas tributárias, para que seja alcançado o equilíbrio entre competição e cooperação pelos entes federados.

Conforme o CNJ (2017), o então secretário-executivo do Ministério da Saúde, Antônio Nardi, presente na audiência pública de 2017, declarou, que por ano, os municípios, os estados e a União gastam cerca de R\$ 7 bilhões para cumprir determinações judiciais em processos relativos à saúde; entre 2010 e 2016, o aumento de ações foi de 1010%. Até outubro de 2017, a União destinou R\$ 751 milhões para o cumprimento de sentenças. Durante a audiência, Nardi ainda informou que os 10 medicamentos mais caros representam quase 90% dos gastos com judicialização. E os estados que mais têm demandas judiciais são: Minas Gerais, Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Na mesma audiência, o CNJ (2017) destaca ainda que, pacientes de doenças raras debateram a respeito das consequências da falta de assistência à saúde, do tratamento precário por parte dos serviços de saúde e que são obrigados a recorrerem à Justiça para sobreviver. Relataram casos de mortes recentes porque decisões judiciais que assegurariam o fornecimento de medicamentos não foram cumpridas pelo Estado.

Pesquisa encomendada pelo CNJ (2019) analisou as demandas na 1ª instância sobre o tema saúde, em todas as unidades federativas. O resultado vai de encontro ao senso comum até então estabelecido, que aponta alguns estados do Sul e Sudeste com o maior índice de judicialização. A análise, em termos per capita, demonstrou que os cinco primeiros estados com maiores demandas judiciais envolvendo saúde estão nas regiões Centro-Oeste e Nordeste. Sendo eles: Mato Grosso do Sul, Ceará, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Pernambuco. Já São Paulo aparece em nono lugar e Rio de Janeiro em décimo. A pesquisa também revelou que, embora tenha havido um crescimento das ações judiciais em saúde no Brasil como um todo, em determinados estados houve queda acentuada, por

exemplo, o Rio de Janeiro. A hipótese de tal situação é que ações desse estado e outros com diminuição de demandas referentes às causas da judicialização, sejam na esfera administrativa ou judicial, têm surtido efeitos positivos.

As decisões dos tribunais ao concederem prestações individuais, para Nunes (2011) *apud* Stival e Girão (2016), comprometem o funcionamento do SUS e desarticulam o sistema, visto que não é possível desvincular a efetividade dos direitos sociais dos recursos limitados. As escolhas políticas não devem sofrer constantes intromissões jurídica, pois, somente políticas públicas, nas quais o poder Executivo possa sopesar a conveniência e a oportunidade, podem alcançar o maior número de beneficiados, não sendo possível ao Poder Judiciário a interferência nessas escolhas por não possuir tal atribuição. O judiciário, sob a alegação de cumprir a CRFB/1988, fere o princípio da separação dos poderes, restringe o acesso aos serviços públicos, ultrapassa sua competência constitucional e altera a lei de orçamento.

A violação à separação dos Poderes é constantemente alegada nos recursos de defesa da Administração Pública. Mendes e Branco (2017), Masson (2018) dizem que essa tese é tradicionalmente afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF. A Corte entende que a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever estabelecido na CRFB/1988, quanto à garantia do direito à saúde, abre a possibilidade de exame da matéria pelo Poder Judiciário que, ao impor no caso concreto a efetivação do direito à saúde, exerce o controle judicial dos atos e omissões administrativas. Mendes e Branco (2017) também destacam que os Ministros do STF, em votação unânime, mostraram-se contrários à possibilidade de o usuário do SUS, através do pagamento de uma diferença de valores, ter tratamento diferenciado nos serviços prestados pelo

sistema público de saúde, além disso, reforçam a necessidade de ampla produção de provas para a adequada instrução das demandas sobre saúde.

A crescente judicialização no país é um problema, na concepção de Araújo (2016, p.8), uma vez que, não raras vezes, são concedidas “toda e qualquer coisa”, com a alegação de se tratar de direito à saúde. Os juízes tendem a considerar todas as demandas relacionadas à saúde como resultado de falhas do Executivo. Ademais, apesar de o Brasil ser um dos países mais avançados em relação à questão da saúde pública, é inevitável o paradoxo, pois, quanto mais o sistema pretende atender a toda e qualquer pessoa, maiores são suas chances de falhar.

Para Nunes (2011) *apud* Stival e Girão (2016, p.146), nenhum país do mundo tem finanças suficientes para arcar com “todas as exigências de todos”. Delduque e Castro (2015) indicam o Brasil como único país a constitucionalizar a garantia do acesso das pessoas pobres à justiça, mas ainda padece de organização definitiva e concreta da Defensoria Pública, além de manter um déficit aproximado de 10.578 defensores públicos em todo o País, o que consequentemente dificulta o acesso à justiça aos dependentes da assistência judiciária gratuita. Os autores reforçam a ideia de que os litígios em matéria de saúde são uma questão social com proporções epidêmicas. E os mecanismos clássicos de resolução dos conflitos produziram externalidades negativas para o SUS.

Mendes e Branco (2018) aludem que o artigo 196 da CRFB/1988 não deve ser tratado como uma mera norma programática, pois equivaleria negar a força normativa da Constituição. Stival e Girão (2016) argumentam que o direito à saúde, por estar inserido entre os direitos sociais considerados normas programáticas, servem de parâmetros para ações do

Legislativo e do Executivo e, mesmo que pertença aos direitos fundamentais, não é absoluto e ilimitado, sendo uma obrigação dentre outras várias, o que faz questionar até que ponto o Estado deve garantir o acesso a um medicamento ou/e tratamento para uma só pessoa. Enquanto muitas outras, por falta de informação ou carência na disponibilidade, mal usufruem do atendimento básico na saúde, menos ainda têm sua situação analisada pelo judiciário. Ainda, segundo Stival e Girão (2016), na prática, quem chega ao judiciário são indivíduos com maior renda e educação.

Para Fulfulé e Mastrodi (2017), os cidadãos têm direito de buscar a tutela Judicial na defesa do direito à saúde. Para o judiciário o direito à saúde é imediato e independente de previsão em políticas públicas, por outro lado, a declaração de eficácia imediata desse direito impede ou dificulta o planejamento dos materiais humanos e orçamentários para promover as políticas de saúde. O Judiciário não invade a esfera do Administrador ao decidir prioridades em casos concretos sob seu julgamento, nem o Administrador necessariamente erra ao, discricionariamente, utilizar as técnicas disponíveis para definir quais medidas considera mais eficientes e adequadas para a promoção efetiva do direito à saúde coletiva, conforme as urgências e prioridades definidas, ora pela legislação, ora por seu próprio entendimento. Nos últimos tempos, a questão da judicialização da saúde é bastante debatida, uns contra e outros a favor, mas todos concordam que é um fato que se expressa no dia a dia dos fóruns.

Hüning e Costa (2017) apontam que os laboratórios farmacêuticos contribuem para o aumento da jurisdição, quando, interessados na comercialização de seus medicamentos, investem em propagandas que estimulam a população a consumir os mais variados medicamentos, sob o lema de que para todo problema existe um remédio como solução, promovendo uma

constante medicalização da vida. Muitas vezes interessados somente no lucro e tratando a saúde como bem de mercadoria, oferecem privilégios aos médicos, a fim de que prescrevam seus fármacos em detrimento de genéricos que possuem fórmula igual ou muito semelhante e que, muitas vezes, são oferecidos pelo SUS. É importante o aumento da fiscalização por parte dos entes públicos para evitar o consumo desenfreado de medicamentos e diminuir o número de demandas judiciais consequentes da omissão estatal. Araújo (2016) também frisa que, em alguns casos, a indústria farmacêutica, advogados e médicos demandam ações com objetivos que visam lucros ilegais.

O Senado Federal divulgou no seu sítio eletrônico, em 15 de maio de 2018, a notícia intitulada “País busca soluções para aumento de judicialização na saúde”, onde diz que os Defensores Públicos, Celestino Chupel, Coordenador do Núcleo de Saúde da Defensoria Pública, e Ramiro Santana, representante da Defensoria no Conselho Nacional de Justiça – CNJ afirmam que o Estado não está provendo como deveria o fornecimento de remédios. Tal fato alavanca as demandas pela via judicial e encarece a aquisição de insumos, pois, comprar, através de licitação, grupos de remédios padronizados é mais barato que adquirir-los a cada processo e que o problema da judicialização é muito mais amplo que a alegação de alto custo de alguns medicamentos. Segundo os defensores, grande parte das demandas objetiva uma simples consulta e exames, como mamografia, ecocardiograma e ressonância magnética (BRASIL, 2018).

Ainda, segundo a notícia do Senado Federal, Santana defende que há um mito de que a judicialização é para a elite e desestrutura o orçamento público (BRASIL, 2018). Em sentido oposto, Mendes e Branco (2017, p.604) afirmam que estudos realizados no Estado de São Paulo, ao considerar o local de residência dos

autores de demandas envolvendo o direito à saúde e o número de ações propostas por advogados particulares, somaram 74% dos casos, fato que pode ser um indicativo de que, no geral, os beneficiados, através do judiciário, têm melhor condição socioeconômica e acesso à informação. Isso torna o sistema assimétrico e indica uma contradição à proposta constitucional “quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários”.

Na mesma matéria trazida pelo Senado Federal, Santana afirma que outros fatores devem ser levados em consideração, como a Proposta de Emenda Constitucional - PEC do Limite de Gastos e as isenções fornecidas aos planos de saúde das pessoas físicas. Também o problema se deve ao atraso na estruturação do acesso à assistência farmacêutica, principalmente para as pessoas com doenças raras. O sistema é bem organizado: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é responsável pelo registro dos medicamentos e faz a barreira sanitária. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - Conitec e as comissões estaduais analisam a adoção de procedimentos. Entretanto, deve haver mais celeridade nas análises para evitar o favorecimento de uma empresa farmacêutica ou o esquecimento de qualquer faixa da população (BRASIL, 2018).

A Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa – INTERFARMA (2018) revelou que projeções do Ministério da Saúde demonstraram o aumento de gastos da União com as demandas judiciais do ano de 2010 até julho de 2017. Os valores teriam saltado de R\$ 122,6 milhões de reais em 2010, para R\$ 1360,0 milhões de reais em 2016, sendo que, até julho de 2017, os gastos do ano somavam R\$ 705,1 milhões de reais. E, grande parte desse custo estava ligado ao fornecimento, via decisão judicial, de fármacos

associados a doenças raras; em 2016, eram 10 dos 20 medicamentos de maior demanda via judiciário, esses 10 tipos de remédios corresponderam à R\$ 956,4 milhões de reais de gastos no ano, sendo que, até junho de 2017, já contabilizavam R\$ 592,8 milhões de reais.

Conforme veiculado pelo portal do Tribunal de Contas da União – TCU (2017), o órgão realizou, em 2015, auditoria na qual foi identificado o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde. O estudo abrangeu a União, algumas secretarias de saúde e órgãos do judiciário; além de estados e municípios, por exemplo: Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal. No âmbito municipal, a fiscalização compreendeu cidades, como: Divinópolis, Cuiabá, São José do Rio Preto e Curitiba. Em todos os entes pesquisados, o maior número de ações contra o Poder Público e o maior volume de gastos relaciona-se com o fornecimento de medicamentos. Os estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina gastaram juntos, entre 2013 e 2014, mais que a União, 80% das despesas corresponderam a medicamentos. A União, de 2008 a 2015, com medicamentos e insumos no cumprimento de sentenças, teve aumento nos gastos de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, total de mais de 1.300%. As ações são predominantemente individuais e o índice de provimento é alto, algumas se referem a materiais que deveriam ser fornecidos pelo SUS.

A Resolução nº 107 de 2010, do CNJ, considera os litígios referentes ao direito à saúde, de ampla diversidade, número elevado e forte impacto sobre os orçamentos públicos. A Resolução nº 238 de 2016, do CNJ, considera que a judicialização da saúde tem questões complexas que exigem a especialização dos magistrados, a ementa da Resolução “dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com

mais de uma vara de fazenda Pública” (BRASIL, 2010; 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais, inseridos na CRFB/1988, neles incluído o direito à saúde, fazem parte de um rol exemplificativo que vem sendo expandido como resultado de novas conquistas e perspectivas públicas. E, na maioria das vezes, requerem certas prestações estatais, que quando não são efetivadas administrativamente, acabam sendo levadas ao judiciário, que é visto como último e único meio possível para sua realização; pôde ser notado que a maior parte das demandas que tratam dos direitos sociais são relacionadas ao direito à saúde.

Os impactos da denominada judicialização da saúde podem comprometer o funcionamento do SUS, pois diretamente desvia recursos financeiros que, a princípio, seriam usados em outras ações públicas. Por outro lado, a judicialização acaba dando visibilidade ao problema que, de uma forma ou de outra, precisa ser solucionado, ainda que dificilmente se chegará a uma condição considerada ideal ao menos contribui para diminuir os desníveis, quanto à forma de acesso às prestações de serviços de saúde previstos na CRFB/1988.

Em relação à Teoria da Reserva do Possível, pode-se notar que, para alguns estudiosos e juristas envolvidos no assunto, ela deve ser sim levada em consideração, pois, geralmente, todas as ações voltadas à prestação positiva do Estado para assegurar os direitos sociais requerem dispêndio financeiro. Os recursos são finitos, fato que não possibilita ao Estado investir indiscriminadamente em todas as variadas formas de tecnologias tendentes à efetivação das garantias e direitos previstos na CRFB/1988, o que reforça a necessidade de planejar a incorporação de ações que

atendam a sociedade da maneira mais ampla possível, com os recursos disponíveis. Essa teoria também não pode ser usada simplesmente para eximir o Estado de suas obrigações impostas pelo constituinte.

Com base nos dados obtidos, verifica-se que os problemas envolvendo a saúde pública vão além das medidas curativas e ultrapassam a resolução dos conflitos na esfera judiciária, pois devem ser considerados como o investimento em obras de infraestrutura e educação, uma vez que a qualidade de vida de uma sociedade influencia diretamente nos níveis de saúde de seu povo.

Em face da complexidade da gestão dos recursos públicos e da crescente judicialização da saúde, essa temática têm ganhado destaque no meio acadêmico e é uma preocupação para os dirigentes dos órgãos estatais envolvidos com ela. O assunto é observado em várias nuances, o que faz surgir diversas correntes de pensamento. No entanto, a temática está longe de ser esgotada, pois carece de aprofundamentos teóricos para a construção e consolidação de resoluções.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, C. P. **A judicialização da saúde e a necessidade de assessoramento técnico para decidir**. 2016. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/Artigo-livro-Rodrigo-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.
- BARROSO, R. L. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.
- BENEVIDES, F. S.; VIEIRA, R. P. S. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 3, n. 10, p.1-26, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860>. Acesso em: 9 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília DF; Presidência da República [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 set. 2018.
- BRASIL. **Lei n° 8.080/90, de 19 de Setembro de 1990**. Brasília DF; Presidência da República [1990]. Dispõe sobre as condições para a promoção 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: 12 set. 2018.
- BRASIL. Senado Federal. **País busca soluções para aumento de judicialização na saúde**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/pais-busca-solucoes-para-aumento-de-judicializacao-na-saude>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº107 de 06 abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?documento=173>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238 de 06 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência expõe complexidade em debate plural sobre judicialização da saúde**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-expoe-complexidade-em-debate-plural-sobre-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministério da Saúde Alerta Sobre Custos da Judicialização**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao/>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- DANIELLI, R. **A judicialização da saúde no brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DELDUQUE, M. C.; CASTRO, E. V. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015.
- FULFULE, E. C. S. F.; MASTRODI, J. O Problema da Judicialização da Saúde no Brasil: Sugestão de Novos Rumos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 593-614, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22425>. Acesso em: 6 out. 2018.
- HÜNING, A. C.; COSTA, J. R. C. Entre a Medicalização da Vida e a Judicialização da Saúde: uma Participação Popular Necessária. **Revista de Políticas Públicas e Segurança Social**, v. 1, n. 1, p. 127-141, 2017. Disponível em: <https://www.neppps.com/revista/index.php/revistappss/article/view/2017010106/3>. Acesso em: 6 out. 2018.
- INTERFARMA. Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa. **Doenças Raras: a urgência do Acesso à Saúde**. São Paulo, 2018. 32 p. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/doencas-raras--a-urgencia-do-acesso-a-saude-interfarma.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

LIMA, T. M. O Direito à Saúde Revisitado: Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 202, p. 181-201, abr. /jun. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p181. Acesso em: 16 set. 2018.

MACEDO, M. B. A Judicialização da saúde pública e o diálogo institucional como garantia de equidade social. **Revista cidadania e acesso à justiça**, v.2, n.2, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/25374803/A_JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_E_O_DI%C3%81LOGO_INSTITUCIONAL_COMO_GARANTIA_DE_EQUIDADE_SOCIAL_1. Acesso em: 27 mar. 2019.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13° ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAULA, C. E. A.; BITTAR, C. M. L. Meios para amenizar as consequências prejudiciais da judicialização da saúde. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Brasília, v.3, n.1, pag. 33-37, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/1865>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SOUZA, P. K. M. C.; COSTA, H. A. M. A Reserva do Possível e sua Correlação com a Má Gestão do Dinheiro Público. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ed. 04, v. 4, p. 73-82, abr. 2018. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/gestao-do-dinheiro-publico>. Acesso em: 16 set. 2018.

STIVAL, S. L. M.; GIRÃO, F. A. Judicialização da Saúde: Breves Comentários. **Revista Cadernos Ibero-Americanas de Direito Sanitário**, v. 2, n. 10, p. 142-159, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/285>. Acesso em: 10 out. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.