

Direito fundamental a prestações de saúde: acesso universal e igualitário e a escassez de recursos

*Daniela Velosos Souza Passos**

*Maria Oderlânia Torquato Leite***

Resumo

O Direito à saúde é um direito fundamental diretamente ligado ao bem jurídico vida e assegurado pela Constituição. Para sua plena fruição é necessário a implementação de políticas públicas que visem assegurá-lo. O presente trabalho tem a pretensão de demonstrar a necessidade de que as decisões judiciais atentem para a limitação fática e jurídica de recursos públicos, analisando como e em que medida a reserva do possível pode ser alegada em matéria de saúde, evitando o comprometimento de políticas públicas e, conseqüentemente, da fruição do direito à saúde em todas as suas dimensões individual e coletiva. Para tanto, valemo-nos de pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial de alguns casos referentes a tal matéria.

Palavras-chave: Direito fundamental à Saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível.

Introdução

Um dos grandes dilemas do constitucionalismo moderno encontra-se em torno da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais que possuem que dimensão prestacional e que por isso necessitam de uma intervenção do Poder Público para serem implementados, como é o caso das prestações de saúde.

* Advogada. Mestranda em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista da Fundação Cearense de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico (Funcap).

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista da Fundação Cearense de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico (Funcap). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e professora do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (Urca).

A própria Constituição estabeleceu que tais direitos deveriam ser implementados mediante políticas sociais e econômicas. Para conferir o máximo de eficácia aos direitos sociais, temos presenciado um grande avanço na doutrina no sentido de reconhecê-los como direitos fundamentais, conferindo assim aplicabilidade imediata conforme previsão do art. 5º, §1º, da Constituição, vinculando os poderes públicos na sua implementação. Tal reconhecimento, contudo, não resolve o problema relacionado ao fato de que a realização plena de tais direitos exige a existência fática de recursos e a possibilidade jurídica de dispor desses.

Objetivando dar efetividade a esses direitos sociais, inscritos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem sido instado a manifestar-se, especialmente no que diz respeito à distribuição de medicamentos por parte do Estado. Sua intervenção mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos, procura observar a diretriz constitucional de acesso universal e igualitário do direito à saúde. Desta feita o judiciário acaba interferindo diretamente na atuação do Poder Executivo na medida em que obriga a administração a conceder medicamentos ou tratamentos terapêuticos independente de sua previsão orçamentária, comprometendo, muitas vezes, o sis-

tema público de saúde, gerando o conflito entre o interesse individual e o interesse da coletividade.

A reserva do possível torna-se, portanto, um elemento a ser verificado pelo intérprete com o objetivo de fazer conciliar tais direitos, de maneira a fazer com que o direito à saúde atenda ao objetivo constitucional de acesso universal e igualitário.

Ante a complexidade do tema, o presente trabalho não tem por objetivo esgotar a matéria, antes tem a pretensão de demonstrar as consequências de decisões que não atentam para a limitação fática e jurídica de recursos públicos, analisando como e em que medida a reserva do possível pode ser alegada em matéria de saúde, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.

O direito fundamental à saúde: eficácia, efetividade e exigibilidade

O Direito à saúde vem consagrado no art. 6º da Constituição Federal dentre os direitos sociais. A doutrina majoritária aponta que os direitos sociais, não obstante não haver previsão expressa na Constituição, são verdadeiros direitos fundamentais por expressarem uma certa ordem de valores objetivada na Constituição.¹

De acordo Sarlet² e Figueiredo (o direito) à saúde tem dupla fundamentalidade: formal e material. A fundamentalidade material do direito à saúde está ligada ao fato de sua condição essencial para manutenção da vida humana, e de ser condição para o desfrute e exercício pleno da autonomia de cada ser humano. A fundamentalidade formal, por sua vez, estaria ligada ao “regime jurídico de proteção reforçada que lhe foi outorgado pela Constituição, abrangendo a superioridade hierárquica de que gozam os direitos fundamentais” em virtude de representarem uma “opção constitucional por certa ordem de valores, vigentes e acordados pela sociedade em certo momento”,

[...] a salvaguarda do direito à saúde na hipótese de reforma constitucional e aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram o direito à saúde.³

Assim, sendo considerados direitos fundamentais, pairam sobre os direitos sociais a proteção constitucional que assegura o respeito à supremacia e força normativa da constituição. Desta feita, as normas consagradoras de direitos sociais têm aplicabilidade imediata, conforme dispõe o art. 5º § 1º da Constituição.

Além de situar-se no artt. 6º da Constituição, o direito à saúde vem ainda disposto no Título VIII Da Ordem social, a qual tem por objetivo,

conforme art. 193, bem estar e a justiça sociais.

O art. 196, por sua vez, estabelece que a saúde

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

Por outro lado, o art. 197 reconhece que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública. Tal artigo não conceitua o que seria relevância pública, todavia deixa a entender que as ações de saúde relacionam-se com o interesse público, incumbindo à administração realizar ações e programas na área de saúde em benefício e proveito do bem-estar da população.

Um grande problema relacionado aos direitos sociais prestacionais diz respeito à eficácia e à aplicabilidade de suas normas. Enquanto os direitos de defesa são diretamente aplicáveis e capazes de desencadear todos os seus efeitos jurídicos extraídos do texto constitucional, os direitos sociais em uma perspectiva prestacional dependem de uma atuação estatal para sua plena realização, além de depender de recursos públicos disponibilizados mediante previsão orçamentária.

Não obstante o direito à saúde não vir de forma expressa na Constituição como direito subjetivo, como o cons-

tituinte o fez com o direito ao ensino fundamental, com base na norma que lhe confere aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), aliada ao art. 196 que lhe caracteriza como direito e como dever, entende-se que consiste em verdadeiro direito público subjetivo.⁴

O grande problema é que o reconhecimento de um direito subjetivo confere para seu titular a possibilidade de exigir do destinatário da norma, no caso o Estado, o cumprimento de sua obrigação, podendo o cumprimento de tal obrigação, inclusive ser postulada em juízo.

A dificuldade reside no fato de que o art. 196 da Constituição, apesar de estabelecer que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, também estabelece a necessidade de estabelecimento de políticas sociais e econômicas para sua efetivação.

Apesar de a doutrina majoritária e jurisprudência entenderem que tal norma é dotada de eficácia direta e aplicabilidade imediata, não impede que o problema da efetividade esbarre-se na pendência da existência ou não de recursos financeiros.⁵

Em virtude disso, diversas têm sido as ações que vão parar no Poder Judiciário, pleiteando acesso a fornecimento de medicamentos para a manutenção ou recuperação da saúde, atribuindo-se ao intérprete a função de determinar os limites dessa exigibilidade.

Não obstante o reconhecimento pela doutrina de que o direito à saúde constitui um direito público subjetivo, o fato é que para sua efetividade é necessário uma ação completa do Estado e não somente uma possibilidade de agir em juízo.

Para tentar solucionar tal problema os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos fundamentais

[...] alegam sua qualidade como direitos subjetivos perante o poder público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva.⁶

Por essa linha defensiva, existem certos direitos plenamente exigíveis, outros que se submetem ao caráter prospectivo da norma programática, devendo ser implementados progressivamente. Nesse sentido, Clève:⁷

Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse míni-

mo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito.

Dentro desse contexto, os direitos, sociais, programáticos representam mandados de otimização de maneira que seu cumprimento pode ser negado pelo estado temporariamente em virtude uma impossibilidade material comprovável.⁸

A solução encontrada passa a ser, então, o reconhecimento de que existem direitos que são exigíveis consubstanciados no mínimo existencial e os demais estariam sujeitos à efetivação progressiva, dentro das possibilidades do Estado e da sociedade.⁹

Direito à saúde e a proteção do mínimo existencial. O fornecimento de medicamentos

A despeito dos custos financeiros envolvidos, a doutrina, visando conferir máxima efetividade aos direito à saúde entende que as normas definidoras de direitos fundamentais sempre geram efeitos mínimos.¹⁰ Assim, como os demais direitos sociais, o direito à saúde deve ser interpretado de

modo a conferi-lhe o máximo de efetividade possível, pois os direitos fundamentais somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições mínimas necessárias para a possibilidade de sua realização. No que atinge aos direitos básicos da vida e da integridade, não podem ficar a mercê da viabilidade orçamentária.¹¹

A teoria do mínimo existencial estaria, pois ligada à ideia da necessidade de se assegurar condições mínimas para que a pessoa possa desfrutar de uma vida digna.

Indiscutivelmente, o direito à saúde está diretamente ligado a uma vida digna. Como vimos ao longo desse estudo, a saúde é um direito fundamental social que para ser otimizado precisa da atuação do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana.

O mínimo existencial teria, assim, a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em casos de diminuição da prestação de serviços sociais básicos de modo a impedir sua existência digna¹².

Resta-nos identificar qual o conteúdo do direito à saúde para verificarmos quais prestações estariam incluídas no mínimo existencial.

De acordo com orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e Pacto Internacional de Direitos Sociais Econômicos e Culturais, ratificado pelo Brasil, as prestações de saúde

devem estar ligadas ao mais completo bem estar-físico, mental e social, não estando vinculado apenas a ausência de doenças.

De acordo com Sarlet e Figueiredo,¹³ o mínimo existencial estaria ligado a todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável. Assim, o mínimo existencial somente pode ser aferido no caso concreto. Segundo os autores, há que se reconhecer um direito subjetivo sempre que houver urgência. “Salvar a vida é uma regra prioritária em relação a reserva do possível, ainda que tendo como consequência o comprometimento de outras demandas ou houver necessidade de ajuste orçamentário.”

Para referidos autores, o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”,¹⁴ na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade. Ressaltam também que é impossível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda uma análise à luz das necessidades de cada caso concreto.

Barcellos,¹⁵ por sua vez entende que o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional

essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. Segundo a referida autora, o mínimo existencial é núcleo irredutível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

No que diz respeito ao fornecimento de medicamentos é importante tecermos algumas considerações. A lei n. 8080/90 que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, em seu art. 6º, estabelece como campo de atuação do SUS a “formulação de política de medicamentos”. A política nacional de medicamentos é parte integrante da política nacional de saúde, constituindo um de seus elementos fundamentais e tem por objetivo a efetiva implementação de ações que sejam capazes de promover a melhoria das condições de assistência à saúde da população. Existem alguns atos normativos que regulamentam o fornecimento de medicamentos. No tocante aos medicamentos para AIDS a lei n. 9.313/96, já os demais medicamentos elencados na categoria e medicamentos excepcionais vêm regulado pela portaria n. 1.587/02, posteriormente regulamentada pela portaria 2.577/GM.

Pela Política Nacional de Medicamentos são elaboradas listas com base em estudos realizados por profissionais da área médica chamados protocolos clínicos, por meio dos quais atesta-se a segurança do medicamento para fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Em virtude da demora na atualização das listas que não conseguem alcançar os avanços da ciência médica, diversas têm sido as ações voltadas para o recebimento de medicamentos não constantes dessas listas. Tais ações tem como fundamento o direito à vida e na garantia da dignidade da pessoa humana, havendo discussão na doutrina se as prestações essenciais de saúde que estariam incluídas no mínimo existencial incluem medicamentos que não constam da lista elaborada pelo poder público, mas que por ser de fundamental relevância para a vida das pessoas deve ser concedido, independente de previsão.

De uma lado, aqueles como Sarlet e Figueiredo¹⁶ para quem o medicamento deve ser adequado ao mal específico de cada uma não havendo que se limitar às listas e aos protocolos. A reserva do possível não pode obstacularizar a eficácia e a efetividade do mínimo existencial, cabendo ao poder público provar a inexistência real de recursos. De outro lado, estão aqueles que defendem que não existe direito acima do orçamento,

devendo o judiciário ater-se aos medicamentos constantes das listas em virtude da sobrecarga que as sentenças ocasionam ao erário que acaba ferindo o princípio da isonomia, causando e prejudicando o bem comum.

A reserva do possível e o acesso universal e igualitário

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Ao Estado não são dadas muitas opções, uma política de saúde dependerá sempre de gastos públicos e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tal campo,¹⁷ fazendo-se, pois necessário adequar as necessidades às possibilidades.

Conforme tem salientado a doutrina, todos os direitos apresentam custo, seja os direitos de defesa, seja os direitos que dependem de prestações. É inegável, contudo os direitos de defesa não geram tanta discussão em virtude do fato de que para efetivarem-se, não precisam de nenhuma ação estatal. Os direitos a prestações, todavia para se efetivarem dependem de uma ação do estado a qual, por sua vez, depende de disponibilidade financeira.

Ante a esse quadro, a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas encontra-

-se na dependência da real existência de meios para o Estado cumprir com a sua obrigação. Em virtude desses aspectos, sustenta-se que os direitos sociais estariam sob dependência da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível tem origem na Alemanha, tendo sido acolhida pelo Tribunal Constitucional no caso paradigmático que versou sobre o pedido de um cidadão de que lhe fosse assegurada a liberdade de escolha da profissão com a garantia de vaga no ensino superior público, embora não tivessem vagas suficientes.

Na ocasião o Tribunal decidiu pela negativa à prestação reclamada sob o argumento de que a possibilidade de concessão de um direito está diretamente relacionada àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, não havendo, da mesma forma, porque o Estado prestar assistência social a alguém que dispõe de recursos. Tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem, “seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários”.¹⁸

A doutrina brasileira passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, a qual estaria localizada no âmbito da discricionariedade

das decisões governamentais e parlamentares, “sintetizadas no orçamento público”.¹⁹

De acordo com Sarlet,²⁰ o princípio da reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão que abrange a efetiva disponibilidade de recursos; a disponibilidade jurídica, que abrange as discussões a respeito da distribuição de receitas, competências orçamentárias, tributárias e administrativa; e a proporcionalidade da prestação.

Conforme lições de Canotilho:²¹

- 1 “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
- 2 [...] tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
- 3 [...] significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo, sobretudo em conta os limites financeiros.
- 4 [...] significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Ressalte-se, contudo que o referido autor, quando da análise de tais assertivas, faz “uma ressalva no que tange à impossibilidade de controle jurisdicional, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis”.²²

Lopes²³ insere a reserva do possível dentro da impossibilidade jurídica e da impossibilidade econômica. A impossibilidade jurídica estaria relacionada à ilegitimidade do Poder Judiciário em concretizar direitos prestacionais, em virtude de competência parlamentar em matéria orçamentária, não podendo intervir nos critérios de alocação e recursos.

Essa impossibilidade é jurídica, pois a mudança nas regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são regras constitucionalmente definidas.

A impossibilidade econômica, por sua vez, segundo o mesmo autor, estaria diretamente ligada à escassez, ou seja, à impossibilidade fática de se estender recursos para que os bens sejam usufruídos por todos.²⁴

Percebe-se, pois, que existe um consenso no que diz respeito ao conteúdo da reserva do possível, sendo que o presente estudo, não tem por objetivo analisar a dimensão relacionada à competência legislativa ou a competência constitucional dos entes da federação, nem entrar nas discussões trazidas há muito tempo por Rui Barbosa acerca da interferência do direito na política, e se há ou não desrespeito ao princípio da separação de poderes quando o Poder Judiciário concede prestações materiais fazendo-se de legislador. Essa é uma discussão que tem atraído a atenção da doutrina a

respeito do novo papel do Poder Judiciário no constitucionalismo moderno, seja reconhecendo a importância de sua atuação para alcançar uma justiça social, seja para alertar dos riscos de se erigir um “terceiro gigante”, dividindo-se em substancialistas ou procedimentalistas.²⁵

Não obstante o reconhecimento da importância de tal discussão, tal não é a pretensão do presente trabalho que se restringe a avaliar até que ponto e em que medida, ante a escassez de recursos, pode o poder judiciário, sem ferir direito alheio, conceder a prestação desejada, sobretudo no que diz respeito à concessão e a medicamentos. O fato é que o Poder Judiciário vem ganhando um grande espaço no constitucionalismo moderno e tem tomado uma postura no sentido de efetivar direitos sociais, sobretudo no que diz respeito à saúde e à educação. Em reiteradas decisões o STF já reconhece que não há afronta ao princípio da separação de poderes quando o Poder Público desrespeitar a Constituição seja por ação ou omissão (ADPF 45-DF/MC).

Ante a esse quadro, desejado ou não, insere-se a problemática da existência fática de recursos e a universalidade e igualdade do acesso à saúde. Como adverte Lopes,²⁶

[...] impossibilidade econômica diz respeito à escassez e escassez sempre quer dizer desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos.

Ainda segundo o mesmo autor:

[...] há escassez quando se verifica que determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamentos) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que em casos assim, está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde. Com visto, o artigo 196 da Constituição explicita como garantia do direito à saúde “políticas sociais e econômicas”. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, o “acesso universal e igualitário”.

Percebe-se, portanto, no que diz respeito às questões relacionadas à saúde que esse quadro é agravado ante ao grande número de demandas relacionadas a medicamentos excepcionais, e como tal, de alto custo por um lado, mas fundamentais para garantir a vida ou a sobrevivência da pessoa. Em virtude disso, muitas pessoas, individualmente consideradas buscam a “justiça” para seu caso concreto, haja vista que encontram-se em situação de risco, sendo o medicamento a única alternativa para seu quadro. Por outro, lado o medicamento excepcional tem um valor econômico que quando aferido no tratamento prolongado pode atingir grandes proporções, implicando grande ônus para os cofres públicos e, conseqüentemente, para a

coletividade que pode, a depender do caso, vir a ser prejudicada pela concessão judicial e pela realocação da verba pública para situações individuais.

Nesse aspecto, importante abordagem de Barcellos²⁷ no sentido de que o Póde Judiciário está vocacionado para fazer “justiça do caso concreto” – microjustiça – onde esse pode impor sua decisão a todos os que estão na mesma situação ou em situação similar. A macrojustiça estaria ligada a decisões políticas discricionárias envolvendo escolhas alocativas de recursos de maneira que algumas pessoas serão atendidas outras não. Não poderia o Judiciário fazer escolhas políticas sob pena de violação do princípio da isonomia. Assim, é que para evitar violação ao princípio da isonomia, Lopes entende que o Poder Judiciário deve evitar intervir em políticas públicas.

O princípio da reserva do possível como limite aos direitos fundamentais que assegura a observância e o respeito a diretrizes orçamentárias, encontra, portanto, guarida no princípio da isonomia. Uma vez que se os recursos são insuficientes para alcançar a todos, é indispensável que hajam critérios para alocação de tais recursos que deverá ser feita da maneira mais equânime possível. Ressalte-se que tal somente é possível mediante a elaboração da lei que será feita com uma visão geral das dificuldades e necessidades, da socie-

dade abarcando todas as pessoas que preencham os requisitos para fruição do direito. Quando a Constituição refere-se ao acesso universal em matéria de saúde, o constituinte estabelece uma meta a ser alcançada de forma progressiva. Ante a limitação de recursos que inclusive foi prevista pelo próprio constituinte, seria impossível estender o direito a todos de forma indiscriminada.²⁸

Importante destacar que o princípio da isonomia não determina o mesmo tratamento ou benefício a todos. Universalidade de acesso significa dizer que todos têm direito ao acesso a serviços de saúde, todavia, ante a escassez de recurso, faz-se necessário discriminações positivas com o fito de conferir tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual. A universalidade é, pois o objetivo a ser alcançado progressivamente.

Ressalte-se, contudo, que o limite da reserva do possível não pode ser alegada de forma indiscriminada pelo poder público. Nesse sentido, como bem assevera Barcellos,²⁹ a constituição reservou aos poderes constituídos a tarefa de gerir os recursos públicos devendo obedecer às prioridades e aos objetivos fixados na Constituição de maneira que a atividade financeira esteja submetida à norma constitucional. Assim, “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponí-

veis deverão ser aplicados prioritariamente na atenção dos fins considerados essenciais pela Constituição”. Após atingir as prioridades, o Poder Público poderá discutir sobre os recursos remanescentes.

Assim, é que a atuação do poder público estaria condicionada a garantia do mínimo existencial, daí a importância de se saber qual o seu conteúdo, especialmente, no que atine à saúde, objeto de nosso estudo.

A aplicação da teoria da reserva do possível nas decisões relacionadas ao direito fundamental à saúde

Muitos são as demandas relacionadas ao direito à saúde e muitas têm sido as manifestações do Poder Judiciário nesta seara. Tem prevalecido na jurisprudência o entendimento que confere prevalência ao direito à saúde, relegando a questão da escassez de recursos para um segundo plano, conforme depreende-se do trecho extraído do acórdão do STF:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado

esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida 7. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO 271.286, 2012).

Salvo algumas decisões isoladas, a saúde tem, pois sido elevada à categoria de direito absoluto, prevalecendo em qualquer circunstância, em nome do acesso universal e igualitário preconizado pela constituição. Nesse sentido, o RE-AgR n. 271.286, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 24.11.00 (p. 101):

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

No mesmo sentido, foi o entendimento adotado na STA 175, como

pode-se depreender do trecho do voto do Min. Marco Aurélio que diz que diante do conflito, “o direito à vida, de que a saúde representa indissociável consectário, sempre deve prevalecer”. O dever de prestação positiva do Estado somente se terá cumprido pelas instâncias governamentais quando essas adotarem providências destinadas a promover, em sua plenitude, a satisfação efetiva do direito à saúde. (Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio na STA 175).

Ademais, ao que parece, não obstante o reconhecimento da integralidade, o direito à saúde é aplicado como se seu conceito fosse unidimensional (de mera ausência de doença), reduzindo-se apenas ao aspecto da assistência farmacêutica. Dessa forma, utiliza-se do critério da universalidade para afirmar que a saúde é direito de todos e deve ser assegurada ao indivíduo independentemente de recursos.

Importante salientar, contudo, que o conceito de saúde envolve muito mais do que ausência de doenças, devendo ser vista em um contexto amplo como um bem coletivo. Nesse sentido, o conceito de saúde, utilizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como completo bem-estar físico e social e não apenas ausência de doença.

A Declaração Universal de Direitos Humanos no art. 25 já

[...] assegura a cada indivíduo vida suficiente a garantir a saúde e o bem-estar de sua família, com especial atenção à sua alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e serviços sociais necessários (grifo nosso).

Os direitos subjetivos não são direitos absolutos, não podendo ser mais considerados como um poder em um Estado Democrático de Direito que preconiza valores como solidariedade e justiça social.

Nesse sentido para Lima:³⁰

Na contextualização constitucional empreendida, o direito à saúde foi caracterizado como direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social, como preceitua o próprio art. 193 da Constituição. A justiça social, por sua vez, visa diretamente o bem comum, e apenas indiretamente o bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto.

Lembramos que o problema da escassez está diretamente ligado a distribuição equânime da verba pública, e, conseqüentemente ao princípio da isonomia. Assim, ao invés de serem inclusivas, tais decisões acabam gerando desigualdades, haja vista que, ao contrário da norma, que consegue alcançar a generalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, atingem um número restrito de pessoas.³¹ Dessa forma, “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.³²

[...] Isso gera um descompasso entre as necessidades e possibilidade, pois se os direitos fundamentais devem valer para todos e se as necessidades humanas são infinitas, os recursos para o atendimento das demandas daí decorrentes são ontologicamente finitos, limitados no que pertine à arrecadação [...] e às despesas [...]. Conclui, pois pela impossibilidade de reconhecer-se um direito absoluto à saúde, ao menos que se fundamente o critério de opção na colisão desse direito com normas constitucionais com a isonomia, impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros sindicáveis na alocação dos recursos escassos [...].³³

Vale lembrar que a Constituição prevê que o Estado Democrático destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Ademais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa, solidária e reduzindo as desigualdades sociais.

Quando os tribunais concedem medicamentos em toda e qualquer situação, mantendo uma visão reducionista e unidimensionada da realidade, fere o princípio da igualdade e, conseqüentemente prejudica o sustentabilidade da política do SUS, vez que estará concedendo benefícios para determinado grupo, deixando de conceder para outros que estão na mesma

situação de risco. Está, portanto, tratando os iguais de forma desigual.

Importante lembrar que as consequências de uma decisão dessa natureza impõe ao poder público fazer uma realocação de verbas públicas, o que, afora a discussão em torno do princípio da separação de poderes, impõe uma desorganização nas contas públicas e implica necessariamente em uma transferência de verba, causando, portanto, desordem e lesão ao próprio direito.

Ademais, o princípio da solidariedade é um princípio que rege o Estado Democrático de Direito. Quando o tribunal concede um direito individual ilimitado sob a justificativa de que desse modo está conferindo efetividade à norma constitucional que assegura o direito à saúde, na verdade está ferindo o sistema público e, consequentemente, prejudicando o direito do restante da sociedade que também precisa do Sistema Único de Saúde.

Na verdade, o que está em implícito nos princípios emanados da Constituição para o poder público no que atine a alocação de verbas e procedimentos para disposição de verba pública, é a defesa do interesse coletivo, a fim de que os recursos possam alcançar a diretriz da integralidade e da universalidade a todos, conforme dispõe a Constituição.

Nesse sentido, foi a decisão proferida pela Ministra Ellen Grace na STA 91 / AL. Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada que determinou ao estado de Alagoas o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

A Ministra, então, Presidente do Tribunal, seguindo parecer do Procurador da República, defere parcialmente a medida, utilizando-se como fundamento o fato de que a execução de decisões como a impugnada “afeta o já abalado sistema público”, determinando apenas a concessão de medicamentos que tivessem previstos pelo Ministério da Saúde.

Afirma a Ministra que:

A norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]” (fl. 26) dos associados está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade (grifos nosso).

O objetivo do constituinte é que a saúde seja assegurada a todos de forma universal e integral, todavia, o constituinte, ciente da impossibilidade fática de efetivação desse direito por completo estabeleceu metas, fins ao legislador e executivo para implementar essas políticas. Ignorar essa realidade, na verdade é ignorar a vontade do constituinte.

Ademais, temos que o que os princípios da administração alberga é a observância do interesse público, sendo, nesse caso, um conflito existente não entre o princípio da Separação de Poderes, mas entre direitos de titulares distintos, mas que dispõe igual dignidade.

Ressalte-se, contudo, que, no caso específico dos medicamentos, entende-se, de acordo com a decisão proferida na STA 91, que a decisão judicial deve ater-se aos medicamentos constantes na lista, haja vista a impossibilidade de ponderação no caso concreto, pelo fato de estar o juiz diante de situação risco iminente, não havendo como valer-se do princípio da proporcionalidade para tomar sua decisão. Cabe, contudo, juízos de ponderação em ações coletivas que visem rever a atualização das listas e atendem, dessa forma, os pacientes portadores de determinada doença de forma igualitária.

Conclusão

É inegável que o direito à saúde é um direito fundamental, que tem como objetivo maior assegurar uma vida digna. Por ser um direito fundamental deve-se conferir máxima efetividade a tal direito, sendo necessário que os Poderes constituídos assegurem prestações mínimas que visem garantir a dignidade da pessoa humana.

Todavia, não podemos ignorar o fato de que os recursos são limitados e que, por isso mesmo, deve obedecer a prioridades e a critérios alocativos que visem assegurar a igualdade material, o que Poder Judiciário não tem condições de aferir.

É de fundamental relevância que o Poder Judiciário esteja comprometido com a realização dos fins constitucionais e encare o problema da saúde com uma visão global da realidade, de modo a proferir decisões responsáveis e orientadas pelo impacto social que essa pode ocasionar, levando em consideração que o problema da saúde não será solucionado somente com demandas que visam a atender pretensões individuais, não estando o conteúdo do direito à saúde limitado ao fornecimento de medicamentos.

O Poder Judiciário tem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito no controle e na fiscalização de cumprimento dos fins cons-

titucionais, todavia, tal função deve ser exercida com responsabilidade de modo a não colocar em risco a própria realização da justiça social.

Fundamental right to health benefits: universal and equitable access and resource scarcity

Abstract

The Right to Health is a fundamental legal and directly connected to life and assured by the Constitution. For your full enjoyment is necessary to implement public policies that assure you. This study purports to demonstrate the need for judicial decisions pay attention to the factual and legal limitations of public resources, examining how and to what extent the reserve may be claimed as possible on health, avoiding the commitment of public policies and hence the enjoyment of the right to health in all its individual and collective dimensions. To this end, we make use of literature and analysis of some judicial cases concerning such matters.

Keywords: Fundamental rights. Restriction of rights. Reserve possible health.

Notas

¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (OrgS.) *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14

² SARLET. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. p. 2-3, 2001.

³ FIGUEIREDO, Mariana Filchner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado LTDA, 2007.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 110-111.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 103.

⁶ KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 41.

⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 14, n. 54. São Paulo, jan./mar. 2006, p. 37.

⁸ KRELL. *Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. p. 42. 2000.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 114.

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 73.

¹¹ KRELL. *Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. p. 39. 2000.

¹² KRELL. *Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. p. 42-43. 2000.

¹³ SARLET. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. p. 46, 2001.

- ¹⁴ SARLET. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. p. 46, 2001.
- ¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Renovar, 2. ed. Rio de Janeiro, 2008. p. 142.
- ¹⁶ SARLET. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. p. 46, 2001.
- ¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Lema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 132
- ¹⁸ OLSEN, Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 15 set. 2011, p. 245
- ¹⁹ SARLET. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. p. 46, 2001.
- ²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2009. p. 287.
- ²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.
- ²² CANOTILHO. *Estudo sobre direitos fundamentais*, p. 107.
- ²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179
- ²⁴ LOPES. *Em torno da “reserva do possível”*, p. 180.
- ²⁵ Para maior conhecimento sobre a matéria: VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149-156.
- ²⁶ LOPES. *Em torno da “reserva do possível”*, p. 134.
- ²⁷ BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 151.
- ²⁸ FIGUEIREDO. *Direito Fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade, p. 134-165.
- ²⁹ BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 268. 2008.
- ³⁰ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à Saúde e Critérios de Aplicação. *Direito Público*, América do Norte, v. 1, n. 12, maio 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/425/346>>. Acesso: 15 maio 2012, p. 124.
- ³¹ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 152.
- ³² SCAFF. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. p. 164.
- ³³ FIGUEIREDO. *Direito Fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade, 2007, p. 134.

Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da falta de efetividade à judicialização Excessiva. Direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJU-RIS*. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Uberba-

-MG, v. 11, n. 15, nov. 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 11 set. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, v. 1, n. 54, p. 641-644, jan./mar. 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *Direito Público*, América do Norte, v. 1, n. 12, mai. 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/425/346>>. Acesso: 15 maio 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o Lema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. Em torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLSEN, Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos fundamentais sociais frente à Reserva do Possível*. 2006. Dissertação (Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) -

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 15 set. 2011.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 271.286 -Agência Reguladora/RS; relator: ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.