



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO**

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

**O RISCO DE UMA LEITURA (DES) CONTEXTUALIZA DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

ORIENTANDO: MORALES BASSO BISINOTTO

ORIENTADORA: PROF.^a DRA. FERNANDA DA SILVA BORGES

GOIÂNIA-GO

2021

MORALES BASSO BISINOTTO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

**O RISCO DE UMA LEITURA (DES) CONTEXTUALIZA DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.^a Orientadora: Dra. Fernanda da Silva Borges

GOIÂNIA-GO

2021

MORALES BASSO BISINOTTO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

O RISCO DE UMA LEITURA (DES) CONTEXTUALIZA DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Data da Defesa: 16 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^ª.: Dra. Fernanda da Silva Borges

Examinadora Convidada: Prof^ª: Pamora Mariz Silva de Figueiredo

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

O RISCO DE UMA LEITURA (DES) CONTEXTUALIZA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

RESUMO

Morales Basso Bisinotto¹

Este artigo analisa a pertinência da utilização da judicialização da saúde para atribuir eficácia às normas programáticas, expressas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, traz que “saúde é um direito de todos e dever do Estado.” Com o objetivo de analisar a necessidade da ação legiferante ulterior, para atribuir eficácia às normas constitucionais programáticas, foi aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica para o desenvolvido o estudo, o que constatou-se que, diante da omissão do Estado, quer seja pela ingerência, quer seja pela falta de recursos suficientes, vem crescendo a prática de levar, ao Poder Judiciário, os pedidos de providências sobre questões de falta de tratamento e atendimento na área da saúde pública, e ainda, quando a decisão é proferida, atente apenas ao que foi pedido e em favor do paciente que ajuizou a ação, não alcançando resultados em relação à população em geral, e em alguns casos, até inviabilizando o investimento nas áreas ligadas à saúde, como ocorre nos municípios que possuem recursos limitados para suprir suas necessidades. A Judicialização excessiva dos temas relacionados à saúde, é fruto de uma interpretação isolada e absolutista acerca do direito à saúde, abandonando a relatividade e a organização sistemática que a complexidade da matéria requer, tendo em vista, que já existe todo um arcabouço de direito sanitário, nas esferas legislativas e administrativas, organizando a prestação de serviço público de saúde.

Palavras-chave: Normas Programáticas; Eficácia; Saúde; Judicialização; Reserva do Possível.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca das normas constitucionais programáticas definidoras de direitos sociais, verificando sua aplicabilidade imediata ou mediata, nesta última imprescindível a elaboração de legislação posterior no sentido de regulamentar a aplicação da norma, a organização e execução desses direitos, tornando-se exigível a

¹ Graduando em Direito pela PUC-GOIÁS.

norma regulamentadora para que o Estado execute a prestação positiva exigida por tais normas.

Quando o Estado se nega ou se omite na elaboração de leis destinadas ao cumprimento de tais determinações, quais sejam, organizar, planejar e executar ações de políticas públicas, no sentido de disponibilizar condições para que o cidadão tenha acesso à saúde pública, direito constitucionalmente assegurado, o cidadão vai perante à justiça exigir o cumprimento das normas, dessa forma o Poder Judiciário, respondendo a exigência do cidadão obriga o Poder Público a prestar as prestações positivas, tais como: fornecimento de medicamento, tratamento médico, vagas hospitalares e disponibilidade de leitos para internação e UTI, onerando o orçamento do Executivo.

O tema torna-se relevante, quando percebe-se que na maioria das vezes o Estado já implantou uma política pública com a obrigação de alcançar toda a população de uma determinada região, do município ou do Estado, nem sempre alcançável. Daí as decisões do judiciário, obrigando-o a atender as peculiaridades de cada cidadão, interferem sobremaneira na programação do Executivo, causando um descompasso na programação, onde o direito à saúde de uma pessoa, impacta no orçamento destinado à aplicação nas políticas de saúde de toda a população.

No Brasil, criou-se o Sistema Único de Saúde – SUS, através de uma atividade legiferante posterior à promulgação da CF/88, com o condão de determinar as diretrizes, a serem seguidas desde a criação do Sistema Único de Saúde, até a padronização dos medicamentos, dos tratamentos ofertados à população brasileira. Limitando a atuação do poder Judiciário à observação das normas regulamentadoras do SUS, sem afrontar a discricionariedade do executivo.

Figura como objetivo da pesquisa determinar os contornos das competências de cada poder público, sem que o Judiciário interferisse nos programas do Executivo, por omissão do Legislativo. De tal sorte, delimitou-se cada poder possui um papel, que deve ser respeitado pelos outros, e que o Judiciário deverá intervir apenas quando constatado que o Executivo não cumpriu com a programação determinada pelas políticas públicas.

Este artigo foi desenvolvido utilizando o método dedutivo, para demonstrar a construção do entendimento das normas programáticas, desde o surgimento nas Constituições Brasileiras, até o entendimento moderno, seguindo com o objetivo de aplicar as normas programáticas de pronto, sem a obrigatoriedade de regulamentação produzida pelo legislativo. Utilizaremos, para alcançar este intento, a técnica de pesquisa bibliográfica, buscando em vasto acervo disponível acerca da temática tratada.

Na primeira seção definiu-se o alcance das normas constitucionais programáticas, atribuindo-se a elas aplicabilidade imediata em se tratando de questões relacionadas ao mínimo existencial, porém, para alcançar sua efetividade no tocante à totalidade da população atendida, necessário se faz, atividade legiferante, com o planejamento, organização e execução de políticas públicas.

Na segunda seção percebeu-se que a teoria da reserva do possível, não deve ser aplicada, quando a matéria em questão se classifica como mínimo existencial, por ser condição de existência do Estado, prover a seus contribuintes o mínimo possível, para uma vida digna.

Na terceira seção percebeu-se que no Brasil, já havia uma atividade legiferante extensa, no que tange à criação do SUS, regulamentação, com distribuição de competências entre os entes públicos, padronização de tratamento e medicamentos. Mostrou-se também a preocupação do judiciário em unificar suas decisões, para manter a segurança jurídica, criando órgãos para amparar técnica e cientificamente as decisões acerca das ações sobre matéria de saúde, definindo entendimento perante os tribunais superiores, de que o poder judiciário apenas cobrará do Executivo o que foi programado na legislação do SUS e não estava sendo cumprido.

1 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ideia de constituições escritas é uma criação da modernidade, conforme afirma Canotilho (1993). Porém, todas as sociedades politicamente organizadas, independentes da forma em que construíram suas estruturas sociais, possuem certas formas de ordenação que poderiam ser conceituadas de “constituição”.

Com o passar do tempo, estudiosos foram identificando as várias formas em que os Estados se organizavam, ligando as leis fundamentais com as organizacionais, delineando uma hierarquia entre elas, para Canotilho (1993) a constituição transformou-se em uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, através de um documento escrito.

Canotilho (1993) destaca, que:

O movimento constitucional surgiu por volta do século XVIII, impulsionado pelas revoluções americanas e francesas. Apesar de grande parte dos autores, retomarem ao século XIII, o início da pré-história constitucional, marcando a data em que os barões do Reino da Inglaterra impuseram à João Sem Terra a carga Magna. (CANOTILHO, 1993, p. 61)

Para fins deste artigo, vamos nos ater ao modelo pós-revoluções liberais, tomando como marco as constituições tidas como sociais ou fruto do constitucionalismo social do século XX.

Canotilho (1993) indicava como conceito ideal de constituição a qual tivesse conteúdo que consagrasse um sistema de garantia da liberdade no sentido do reconhecimento dos direitos individuais e da participação do cidadão; a divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; e a necessidade que a mesma fosse escrita. (CANOTILHO, 1993, p. 62)

A fundamentação da ordem jurídica da comunidade, limitou-se à definição dos princípios materiais estruturantes (princípio do Estado de direito, princípio democrático, princípio republicado, princípio pluralista), porém, com o advento das Constituições Sociais do século XIX, esta fundamentação foi alargando e tratando da imposição de tarefas e programas, os quais, os poderes públicos devem concretizar.

Com a incorporação desses conceitos ao texto constitucional, ocorre um rompimento com a ideia limitante de garantir apenas os direitos individuais, convertendo-se em ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social, especificando funções da lei constitucional, como sendo: constituir normativo da organização estatal, racionalização e limites dos poderes políticos, fundamentação da ordem jurídica da comunidade e programas de ação do Estado.

Recortando o extenso tema utilizado apenas para contextualização, doravante trataremos essencialmente dos programas de ação do Estado:

A fundamentação da ordem jurídica da comunidade pode limitar-se à definição dos princípios materiais estruturantes (princípio do Estado de Direito, princípio Democrático, princípio Republicado, princípio da Socialidade e princípio Pluralista) ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar.

Esta constitucionalização das tarefas, torna mais importante a legitimação material, embora se considere, em geral, que o fato de a lei constitucional fornecer linhas e programas de ação à política, não pode e nem deve substituir a luta política. (CANOTILHO, 1993, p. 74)

Estudos da metodologia jurídica tradicional buscavam a distinção entre normas e princípios, esforço que foi abolido da metodologia jurídica moderna, pela total impertinência da distinção, visto que, as regras e princípios, são duas espécies de uma classe denominada de normas.

Dessa forma, Canotilho (1993, p. 173) descreve uma tipologia de princípios, onde detalha os princípios constitucionais impositivos como sendo, “aqueles que impõe

aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados”. Continua dizendo:

Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado. Princípios diretivos fundamentais, ou normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas, direcionando, sobretudo o legislador, as linhas gerais que sua atividade deve seguir. (CANOTILHO, 1993, p. 173)

Seguindo ainda a tipologia descrita por ele, os princípios-garantia, “visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos. Atribui-se a eles uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. O legislador é considerado estritamente vinculado à eles”. (CANOTILHO, 1993, p. 173)

Também foi tratado por Canotilho (1993, p. 179), a tipologia das regras, da mesma forma destacamos as regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, onde, de uma forma global e abstrata, fixam essencialmente as diretrizes políticas-sociais prioritárias do Estado. Algumas delas estão relacionadas com a realização e garantia dos direitos do cidadão, sobretudo com os direitos econômicos, sociais e culturais.

As regras constitucionais impositivas são descritas como:

1-Normas constitucionais impositivas em sentido amplo são todas aquelas que fixam tarefas e diretivas materiais para o Estado.

2-Normas constitucionais impositivas em sentido restrito (imposições constitucionais) são as imposições de caráter permanente e concreto. Subdivide-se em dois grupos:

(a)- imposições legiferantes ou imposições constitucionais: as verdadeiras imposições constitucionais – vinculam constitucionalmente os órgãos do Estado (sobretudo o legislador), de uma forma permanente e concreta, ao cumprimento de determinadas tarefas, fixando inclusive diretivas materiais.

(b)-Ordens de legislar: reconduzem-se a imposições constitucionais únicas que impõem ao legislador a emanção de uma ou várias leis, destinadas, em geral, a possibilitar a instituição e funcionamento dos órgãos constitucionais”. (CANOTILHO, 1993, p. 179)

De fundamental importância, as normas constitucionais impositivas, as quais imponham um dever concreto e permanente, materialmente determinado, podem originar a omissão inconstitucional, caso a imposição não seja cumprida.

Diante dos vários tipos principiológicos e normativos, originou-se uma constituição plural, onde são tratados os temas desde a estruturação do Estado, até diretrizes para as políticas públicas, exigindo uma articulação otimizada entre os comandos constitucionais, ultrapassando a questão de escolher entre constituição garantia (constituição quadro) ou constituição dirigente (constituição programática).

Em se tratando da estrutura constitucional, Canotilho (1993, p. 74) descreve uma evolução da seguinte forma:

De uma forma tendencialmente esquemática, pode dizer-se que as normas determinantes de competências, as normas de processo, as normas de

organização e as normas catalogadoras de direitos, liberdades e garantias esgotavam a tipologia clássica. Hoje, a estrutura programática exige uma complementação tipológica, falando-se de normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas), de imposições constitucionais e imposições legiferantes. (CANOTILHO, 1993, p. 74)

O conceito de norma, vem sendo delineado ao longo do tempo, como referência veremos o que traz José Afonso da Silva (2004, p. 91):

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam as pessoas e entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (SILVA, 2004, p. 91)

As normas constitucionais programáticas, positivam direitos fundamentais vinculando o Estado perante as normas expressas constitucionalmente, conhecidos também pelas expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos fundamentais. E ainda seguindo SILVA:

Direitos fundamentais do homem é a expressão mais adequada, ao estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, o nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2004, p. 178)

Com sua natureza constitucional insculpida em sua nomenclatura, as normas constitucionais programáticas, norteiam o poder público na instituição de políticas públicas a serem desenvolvidas para garantir direitos sociais derivados da classe de direitos fundamentais delimitada acima.

1.1 APLICABILIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Para delinear sobre a efetividade das normas programáticas, se são diretas e imediatas ou indiretas e mediatas, se faz necessário um breve estudo sobre os sentidos dessas normas comporem o texto da Constituição Federal.

Para Canotilho (1993), pode-se falar da “morte” das normas constitucionais programáticas, advinda essencialmente de uma ruptura em relação à doutrina clássica, pois serão todas consideradas normas constitucionais, vejamos:

Existem na atualidade as normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõe uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas, não é porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos aos legisladores, programas futuros,

desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos constitucionais. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (CANOTILHO, 1993, p. 183)

Segue ainda dizendo que: “não é a atividade interposta pelo legislador que garante efetividade às normas-fim e normas-tarefa; é a positividade dessas normas na Constituição que justificam a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes.” (CANOTILHO, 1993, p. 184)

Assim, por definir direitos fundamentais sociais, a programaticidade passou a admitir efetividade, sujeita, no entanto, a uma certa dose de discricionariedade do legislador que por vezes precisa ser acionado para integrar a norma que necessite de complementação legislativa para tornar-se efetiva e apta a produzir efeitos concretos.

Sobre essa discricionariedade, veremos que o texto constitucional de 1988 tornou-a objeto de controle jurisdicional, saindo, portanto, do campo exclusivamente político para o campo jurídico.

E no tocante a crítica sobre a ausência de imposição de um direito subjetivo positivo, é certo que isso não retira a efetividade da norma pois esta faz surgir um direito subjetivo negativo ao impor ao Poder Público a abstenção da prática de atos contrários ao "programas de ação" ditados pela norma.

Além disso, como os direitos decorrentes das normas programáticas são exercidos contra o Estado, estamos diante de direitos públicos subjetivos de prestação, na medida em que são direcionados ao gozo de direitos sociais a serem proporcionados pelo Estado, mediante um programa de ação a ser integrada por legislação futura, porém vinculada.

Ressalta-se que o mencionado "programa de ação" não tem cumprimento facultativo pelo Poder Público, mas, ao contrário, obrigatório e vinculativo, e a sua inobservância gera até mesmo a inconstitucionalidade por omissão.

Para Canotilho (1993), as normas constitucionais programáticas, que integram o gênero das imposições constitucionais, vinculam juridicamente o exercício da função legislativa na escolha dos fins, conseqüentemente, poderá existir vício de discricionariedade quando o legislador não obedecer aos fins contidos na Constituição. Nesse sentido, ele afirma que será possível falar-se "de um controle dos atos legislativos que diz respeito não apenas à correspondência objetiva entre lei e normas constitucionais,

mas também à adequação legislativa, isto é, conformidade das leis com os fins expressos na constituição"

E ainda, segue o raciocínio acrescentando:

As normas constitucionais programáticas têm ainda efeito derogatório ou invalidante dos atos normativos incompatíveis com as mesmas, devendo, porém, precisar-se em que medida as normas programáticas servem de limite negativo às leis consagradoras de disciplina contrária. (CANOTILHO, 1993, p. 188)

As normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos veiculam os chamados direitos fundamentais sociais. Essa modalidade de direito fundamental pode ser satisfeita por meio de prestações normativas ou fáticas. Tudo vai depender da estrutura do enunciado prescritivo que o veicule. Isso porque alguns direitos sociais são extremamente complexos, exigindo para a sua satisfação a realização de um leque grande de ações estatais, que podem ir desde prestações em dinheiro até a elaboração de normas gerais.

Por fim, deve-se examinar as situações jurídicas geradas pelas normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado. Tais normas preveem as finalidades pelas quais o Estado se organiza. Assim, estabelecem os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. Logo, são normas que estabelecem um direito a uma prestação estatal, para o alcance da finalidade prevista em tais normas programáticas, o Estado deve adotar uma série de condutas, tanto de ordem material quanto normativa.

Assim, por exemplo, para realizar o direito subjetivo veiculado pelo art. 196, da CF/88, promulgou-se a lei 8080/90, onde instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS e uma série grande de normas legislativas. De onde advém toda a organização e funcionamento da rede de saúde pública, no sentido de garantir a prestação dos serviços públicos de saúde.

1.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição pátria reconheceu o direito à saúde como sendo pertencente ao grupo dos direitos fundamentais, destacando em vários dispositivos, a previsão de princípios informadores e regras no tocante à proteção da saúde pública, assegurando a todos o acesso universal, gratuito e igualitário, às ações e serviços públicos voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde, em seu artigo 196: 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 de serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como pode-se perceber, o artigo supracitado traz em seu corpo, os adjetivos de universalidade e igualdade, onde, independentemente de qualquer característica inerente ao cidadão, há obrigação do Estado em disponibilizar atendimento no Sistema Único de Saúde, bem como, políticas para a proteção e promoção da saúde pública.

O direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil.

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do registro de doenças e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelo princípio da universalidade de igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação e fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribuiu ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quanto aparece ao lado da palavra fiscalização. (SILVA, 2004, p. 811)

Por melhor que seja a intenção do legislador em tratar do dever do Estado em proporcionar condições para atendimento dos cidadãos no Sistema Único de Saúde, o Estado não vai conseguir prover serviço suficiente para atender toda a demanda, diante disso, foi criada uma teoria chamada Reserva do Possível, a qual estudaremos a seguir.

2 RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM, CONCEITO E LIMITES

Tese apresentada inicialmente pela doutrina alemã no pós-guerra, foi utilizada para solucionar um problema de vagas insuficientes nas Universidades Públicas de Hamburgo e Munique, onde os alunos interessados exigiram a disponibilidade de vagas para ingressarem no curso de Medicina, alegando que o Poder Público deveria prover esta necessidade, interpretando dispositivo constitucional daquele país. A solução deu origem ao nome “reserva do possível”, a qual, diante da necessidade infinita da população, seria desarrazoado exigir tal cumprimento do Estado, ponderando que a obrigação é limitada pelas possibilidades dos recursos orçamentários.

No direito o termo “reserva”, trata-se de uma limitação, que poderá ser delineada pela palavra subsequente, neste caso, “possível”, então o termo “reserva do possível”, entende-se pela limitação da obrigação de prover determinados serviços, pela possibilidade orçamentária do ente obrigado.

Tal limitação poderá fundar-se na esfera financeira, onde a disponibilidade orçamentária é condição limitadora para a prestação do serviço pelo ente público, mais especificamente, tratamento de saúde pública.

Pode-se analisar ainda, a reserva do possível, como sendo, de natureza legal, onde a legislador atribui competências para cada ente da federação, não sendo possível extrapolar os contornos das competências para obrigá-los a prestações positivas, observando neste caso um conflito de competências, como este viés não faz parte da pesquisa, que sirva apenas para ilustração.

2.1 (IN)APLICABILIDADE NO BRASIL

Tema divergente entre a doutrina brasileira, devido à exigência de atividade legiferante posterior, como requisito para infringir aplicabilidade às normas programáticas, bem como a omissão legislativa em promover tal regulamentação. Por outro lado, a obrigação do Estado prover o mínimo necessário para as garantidas dos direitos fundamentais. Conflito este, levado frequentemente às vistas do Poder Judiciário.

Sobre o tema, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já consignou o seguinte:

(...) CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’. – A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. – A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. – A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja

concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)” (ARE 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23-8-2011). (MENDES, 2017, p. 1498)

Conforme recorte aplicado a presente pesquisa, trataremos da aplicação da teoria da reserva do possível à situação do fornecimento de medicamentos de alto custo, ainda que não estejam descritos na lista de medicamentos fornecidos pelos SUS, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, editado na súmula 35:

Súmula 35: DEVER DA UNIÃO, DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS, SOLIDARIAMENTE, O FORNECIMENTO AO CIDADÃO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, AINDA QUE NÃO PREVISTO EM LISTA OFICIAL DO SUS. É dever da União, do Estado e dos Municípios, solidariamente, o fornecimento ao cidadão, sem ônus para este, de medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial do SUS.

Ponderando o entendimento sumulado pelo TJGO, surge a ideia do “mínimo existencial”, onde o Estado não poderá alegar a falta de dotação orçamentária para disponibilizar o mínimo necessário para a sobrevivência dos cidadãos, perpassando pelo princípio norteador das constituições sociais, o da dignidade da pessoa humana, visto que, esta é a condição existencial do Estado, a qual, é utilizada para justificar tamanha carga tributária imposta sobre os cidadãos, conforme segue:

Apurados os recursos orçamentários previstos em cada caso concreto e promovida a necessária ponderação entre os princípios e interesses envolvidos — não se poderá deixar de atender a uma parcela dos direitos fundamentais básicos do cidadão, o que se convencionou denominar de “mínimo existencial”. Isto é, existem direitos e situações específicas em relação às quais não se concebe possa o Estado abster-se, alegando falta de recursos públicos ou outros interesses públicos. (MATTA, 2006, p. 6)

Depreende-se desta pesquisa, que para fundamentar a aplicação fática da reserva do possível, deve-se observar outros princípios constitucionais, quais sejam, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, essenciais para garantir o mínimo existencial, sem comprometer o orçamento destinado às políticas públicas de ampla abrangência.

Diante de inúmeras lides geradas pelas interpretações das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, tem se posicionado no sentido de que o Estado não poderá se abster da responsabilidade de desenvolver e aplicar as normas

constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão em grave comportamento inconstitucional.

Destaca o Ministro Gilmar Mendes:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (apud LENZA, 2016, p. 279)

De qualquer modo, não se deve perder de vista, que:

[...] conquanto seja possível extrair da Constituição um indeclinável dever jurídico, a cargo do Estado, de fornecer as prestações materiais indispensáveis a uma vida digna aos que não tem condições de obtê-las por meios próprios, o legislador continua com o privilégio de especificar quais prestações são estas, o seu montante e o modo como serão realizadas. Cabe a ele, como órgão que exerce responsabilidade política sobre os gastos públicos, conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros direitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo. Porém, em matéria de mínimo existencial, o juiz também está legitimado a desempenhar essa função, embora de forma subsidiária, na falta, total ou parcial, do legislador ou do administrador. (MENDES, 2019, p. 582)

Tratando-se da controvérsia no âmbito da Judicialização da Saúde, percebe-se o envolvimento dos operadores do direito, dos gestores governamentais, dos profissionais de saúde e da sociedade civil. No desenvolver da controvérsia ocorre a intervenção do judiciário para promover o efetivo exercício da cidadania, criando um ponto de tensão no que refere às atuações dos elaboradores e executores das políticas públicas, que muitas vezes se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, contrastando com as políticas estabelecidas na área da saúde.

Há na doutrina divergência entre a atuação jurisdicional, frente à necessidade de atividade legiferante ao atribuir eficácia às normas programáticas, de um lado o Judiciário pretende impor a prestação positiva ao Executivo, por outro lado, o Executivo tenta se eximir da responsabilidade alegando a teoria em estudo, talvez encobrendo uma

deficiência generalizada em elaborar e aplicar as políticas públicas necessárias à atender o mínimo existencial.

Reserva do possível e violação à separação dos poderes, são teses recorrentes nos recursos da Administração Pública, porém continuamente afastada pelo STF, o qual, entente que a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde, abre a possibilidade do exame da matéria pelo Poder Judiciário. Conforme segue ementa da decisão proferida na ADPFMC 45/DF, relator Ministro Celso Mello:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (apud MENDES, 2017, p. 607)

De acordo com Mendes, Robert Alexy ao tratar do princípio das normas, abre espaço para a aplicação da teoria em estudo, alegando que: as normas principiológicas comportam uma interpretação, ou seja, uma via intermediária entre a vinculação e a flexibilidade. Diferentemente das normas regras, que comportam apenas os atributos de validade e invalidade. Como na constituição foram inseridas várias normas princípios, inclusive conflitantes entre si, há de se utilizar a ponderação para a solução desses conflitos. E assim, sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente pode-se reclamar e pretender da sociedade.

2.2 O DIREITO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

Segundo Krell (2002), a transnacionalização de teoria de direito constitucional deve ser estudada com bastante cuidado, visto que, cada uma delas foi desenvolvida num determinado contexto, sob a ótica de diferentes doutrinadores, como é o caso da teoria da reserva do possível originalmente aplicada a um direito social na Alemanha, qual seja,

disponibilidade de vagas para ingresso nas universidades públicas, utilizando como premissa o direito de livre escolha e exercício da profissão, diferentemente das necessidades básicas exigidas por aqui.

Andreas J. Krell (2002, p. 53) aduz que:

a viabilidade de um traslado de teorias de Direito Constitucional de um país para outro é diminuta quando consideradas as disparidades políticas e socioeconômicas das respectivas sociedades. O referido autor ressalta, ademais, as possíveis disfunções oriundas da aplicação da mesma teoria jurídica em contextos sociais diferentes, como ocorre com a Alemanha (país central e desenvolvido) e com o Brasil (país periférico).

No Brasil, esta teoria vem sendo utilizada pelo Poder Público para se defender de ações judiciais que obrigam o Estado a custear despesas com tratamentos de saúde, desta forma, o direito em questão é bastante sensível, onde a população luta contra o caos, em se tratando da falta de políticas públicas destinadas a disponibilizar o mínimo existencial, a exigência dessa prestação positiva torna-se gatilho para alavancar sobremaneira as ações tidas como Judicialização da Saúde, ora, vejamos então, a exigência de direitos sociais mínimos, sendo combatida pela teoria da reserva do possível.

É encargo do Estado promover programas e políticas públicas no sentido de garantir as mínimas condições para uma vida saudável, possibilitando o cidadão a trabalhar para conquistar seu próprio sustento, saindo da dependência do Estado. Tais programas são destinados a proporcionarem condições mínimas de saúde aos seus cidadãos, alcançando desde a infraestrutura de saneamento básico, até atendimento médico especializado e fornecimento de medicamentos.

Percebe-se que a Judicialização da Saúde trata como pano de fundo, apenas a atividade-fim, ou seja, acesso ao tratamento médico e distribuição de medicamentos, estes defendidos, de forma generalizada, valendo-se da teoria da reserva do possível. Quando na verdade, a deficiência figura em todas as etapas, tratando-se de saúde pública, tais como: planejamento, execução e ainda, atualização dos protocolos utilizados para o tratamento de determinadas doenças.

De tal sorte que, não se pode permitir que a invocação da reserva do possível seja utilizada indiscriminadamente para justificar uma parcimônia do Poder Público, visto que, a realização de prestações positivas é a condição de existência do Estado, mal grado, este tenta se desincumbir de tal princípio constitutivo alegando escassez de recursos, conforme conceitua Steffens (2018):

A reserva do possível representa uma forma de limite jurídico da aplicação dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, resguarda os direitos da coletividade que se beneficia dos serviços mantidos com o pagamento da condenação da

demanda em que se busca um serviço de saúde específico. Portanto, constitui uma cláusula que exclui a responsabilidade do Estado em conceder determinada atividade em prol da economia de gastos públicos e, assim, possa amparar a ausência de sua atuação ou disponibilidade financeira na efetivação de determinado direito social. (STEFFENS, 2018, p. 34)

Segundo Balestero (2011), a aplicação desse princípio deve ser encarada com muita ressalva:

É necessário cuidado na utilização do princípio para que não represente um empecilho intransponível na luta daqueles que procuram a satisfação de seus direitos sociais pelas vias judiciais, como forma de evitar que o Poder Público o alegue de forma absoluta, para impedir o atendimento de qualquer direito com o fundamento na discricionariedade e na limitação de recursos governamentais. (BALESTERO, 2011, p. 142-143)

3 ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: ATIVIDADE LEGIFERANTE NECESSÁRIA PARA ATRIBUIR EFICÁCIA À NORMA PROGRAMÁTICA

O sistema de saúde pública brasileiro é reconhecido internacionalmente, como sendo um dos mais complexos e audaciosos do mundo. Previsto na Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela lei nº 8080/1990, o Sistema Único de Saúde – SUS, em atendimento aos dispositivos constitucionais, trata da saúde como direito fundamental e garantido pelo Estado, conforme a seguir:

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

Atendendo ainda às determinações referentes à organização das ações e serviços de saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Diante de tamanha abrangência, torna-se imprescindível a elaboração de um planejamento, baseado em princípios e diretrizes, conforme art. 7º da lei do SUS:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- (...)
- IX - descentralização político administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Na construção e organização de todo o sistema, observa-se a regionalização e a hierarquia na execução das ações, classificando ainda os níveis de atenção, como sendo: primário, secundário e terciário, vejamos o art. 8º da lei 8080/90:

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Seguindo com a árdua tarefa de promover o direito de saúde nos ditames da CF/88, a edição do Decreto Federal 7508/2011, que regulamenta a lei 8080/90, reforçou a visão sistêmica e ordenada da ordem jurídica e sanitária do Brasil, onde destacou que o ingresso ordenado no sistema público de saúde se iniciará pelas portas do SUS e se completará nas redes da atenção à saúde, conforme art. 8º e seguintes do Decreto:

Art. 8º O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.

Art. 9º São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:

- I - de atenção primária;
- II - de atenção de urgência e emergência;
- III - de atenção psicossocial; e
- IV - especiais de acesso aberto.

Parágrafo único. Mediante justificativa técnica e de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores, os entes federativos poderão criar novas portas de entrada às ações e serviços de saúde, considerando as características da Região de Saúde.

Art. 10. Os serviços de atenção hospitalar e os ambulatoriais especializados, entre outros de maior complexidade e densidade tecnológica, SERÃO referenciados pelas Portas de Entrada de que trata o art. 9º.

Art. 11. O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde será ordenado pela atenção primária e deve ser fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial, conforme legislação vigente.

Diante de toda esta normativa elaborada para assegurar o direito constitucional à saúde, desarrazoado se mostra, o operador do direito que fundamenta sua pretensão na leitura pura e simples do dispositivo constitucional, culminando numa interpretação e

aplicação do direito de forma equivocada, de que o SUS deve, a qualquer custo, tempo, prover ao cidadão prestações isoladas e desconexas ao arcabouço do direito sanitário.

Cumprido salientar que o SUS, não é composto apenas de assistência médica-farmacêutica, pelo contrário, extrapola e muito esse limite, conforme art. 200, da CF:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

É nítida a abrangência do atendimento preconizado pelo SUS, pois, perpassa pelo planejamento, fiscalização, vigilância, desenvolvimento científico e tecnológico, e ainda, colaboração na proteção do meio ambiente.

Verifica-se, então, que é crucial ao direito à saúde na sistemática proposta pelo constituinte brasileiro a atenção aos princípios, diretrizes e critérios próprios do SUS para preservar a organização sistêmica de ações e serviços públicos em saúde com a integração de serviços de entes federativos em todos os níveis de complexidade, bem como, a gestão interfederativa e acessível para 212 milhões de pessoas em 5.570 municípios brasileiros, dispersos num território de 8,5 milhões de quilômetros quadrados. (SANTOS e FUNCIA, 2020)

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como consequência de uma interpretação isolada, à margem das diretrizes do SUS, dos dispositivos constitucionais, houve um aumento significativo de ações judiciais pleiteando o direito constitucional à saúde, causando um congestionamento no judiciário brasileiro, onde os magistrados equivocadamente decidiam de forma indiscriminada contra o Poder Público, obrigando-o a destinar parte considerável do orçamento à satisfação de alguns cidadãos que ajuizavam ações pugnando pela materialização do direito subjetivo em questão.

Para acompanhar de perto este movimento crescente, o Conselho Nacional de Justiça, criou o Comitê Executivo de Saúde, o qual serviria para amparar o Poder Judiciário nas decisões acerca da matéria de saúde.

Seguindo o fluxo para padronizar este tipo de procedimento, unificando as decisões dos Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como o Supremo Tribunal Federal – STF, vem firmando entendimento na seguinte direção:

TEMA² 106 STJ

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- I) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018

TEMA 500 STF

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - (I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
 - (II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
 - (III) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Demonstrando o compromisso em unificar as decisões advindas do movimento de judicialização da saúde, o CNJ promoveu a Jornada de Direito da Saúde, elaborando enunciados sem caráter vinculativo, apenas para nortear a solução das demandas, vejamos alguns deles:

ENUNCIADO³ Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar.

2 Tema ou Recurso Repetitivo (RR), é o recurso julgado pela sistemática descrita no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em que o STJ define uma tese que deve ser aplicada aos processos em que discutida idêntica questão de direito.

3 Enunciados são textos discutidos durante a Jornada de Direito da Saúde, promovidos pelo CNJ, com a intenção de unificar as decisões proferidas pelos Tribunais locais.

(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível – julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106).(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 13

Nas ações de saúde que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente, alternativas terapêuticas e competência do ente federado, quando aplicável (Saúde Pública e Suplementar).
(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 14

Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106).
(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 15

As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira – DCB ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional – DCI, o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante a justificativa técnica.

ENUNCIADO Nº 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente.
(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais.
(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Seguindo orientação do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, criou o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS, onde um grupo de profissionais multidisciplinares respondem às consultas e elaboram pareceres no intuito de apoiar os

magistrados nas decisões acerca desta temática, veremos adiante a crescente demanda do Poder Judiciário em Goiás.

3.2 PANORAMA DAS AÇÕES JUDICIAIS TRAMITADAS NO NATJUS-GO

Desde de a criação do NATJUS-GO, houve uma crescente procura pelos seus serviços especializados, inclusive, advindos da Justiça Federal, os quais, elaboraram consultas e requisitaram pareceres ao Núcleo. Vejamos alguns números apurados para divulgação na primeira Revista do Comitê Executivo de Saúde do CNJ em Goiás:

Quantitativo de consultas e pareceres direcionadas ao NATJUS, desde sua criação em 2012 até o final do ano passado.

1. Número de consultas/ano 2012 a 2020

ANOS	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
NÚMERO TOTAL DE CONSULTAS RECEBIDAS	87	34	146	284	500	930	1315	2235	2116



FONTE: NATJUS/GO 2021

2. Número de pareceres/ano 2012 a 2020

ANOS	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
NÚMERO TOTAL DE PARECERES ELABORADOS	86	32	139	266	468	889	1226	2202	2081

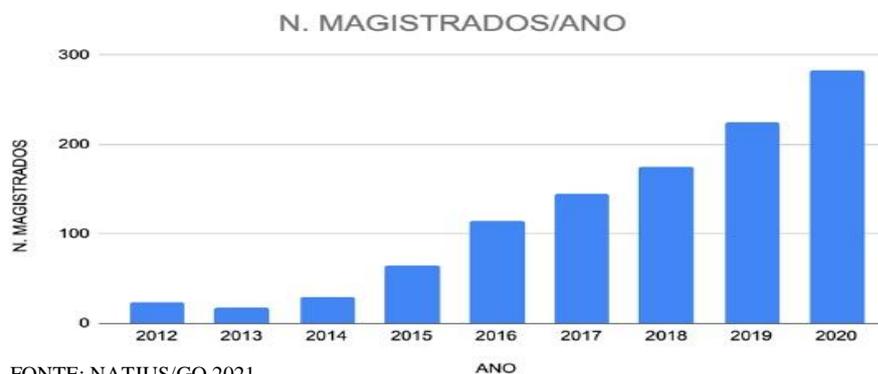


FONTE: NATJUS/GO 2021

Diante da repercussão da efetividade dos pareceres do NATJUS, houve um crescimento exponencial do número de magistrados consulentes, bem como, da variedade de instâncias que utilizaram os serviços, conforme gráficos a seguir:

3. Número de magistrados consulentes/ano 2012 a 2020

ANOS	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
NÚMERO DE MAGISTRADOS CONSULENTES	23	18	30	65	114	145	175	225	283



FONTE: NATJUS/GO 2021

4. Número de consultas por origem 2012 a 11/2020

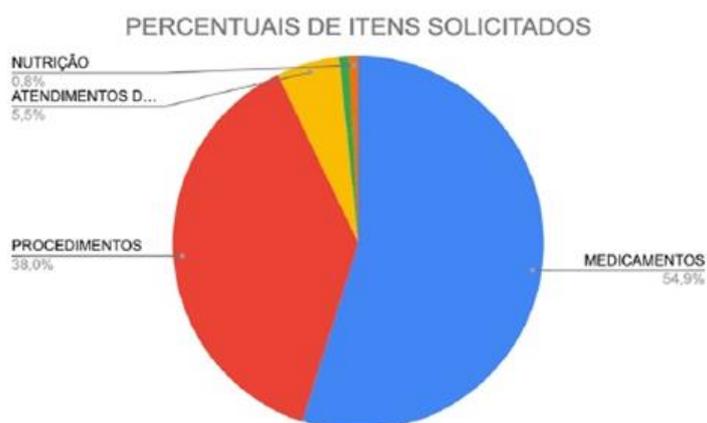
ANOS/ORIGEM	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
1º GRAU	65	29	134	262	329	677	828	1620	1638
2º GRAU	20	3	3	17	148	239	468	586	257
JUSTIÇA FEDERAL	2	2	9	5	23	14	19	23	53
CEJUSC								2	168



FONTE: NATJUS/GO 2021

Ao analisar o gráfico a seguir, percebe-se os medicamentos como sendo maioria absoluta na temática tratada pelas ações judiciais propostas no Estado de Goiás, diante desta constatação, trataremos adiante da regulamentação da distribuição dos medicamentos.

5. Percentuais de itens solicitados



FONTE: NATJUS/GO 2021

3.3 DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

A distribuição de medicamento no Brasil é regulamentada pela normativa expedida pelo Ministério da Saúde, as quais, determinam as competências para cada ente federativo e ainda, padroniza uma lista de medicamentos denominada Relação Nacional de Medicamentos - RENAME, a RENAME cumpre a Resolução CIT nº 1, de 17 de janeiro de 2012, que apresenta a composição dessa relação de acordo com as responsabilidades de financiamento da assistência farmacêutica entre os entes (União, Estados e Municípios), proporcionando transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos do SUS, no sentido de evitar equívocos nos receituários médicos, e com isso, diminuir a judicialização.

A RENAME é elaborada atendendo aos princípios fundamentais do SUS, como: a universalidade, a equidade e a integralidade, trazendo a relação de medicamentos disponibilizado por meio de políticas públicas e indicados para o tratamento das doenças que afetam a população brasileira. A lista deve ser construída a partir de uma análise acerca das informações de eficácia, efetividade, segurança, custo e disponibilidade, obtidas a partir das melhores evidências científicas disponíveis.

É de conhecimento comum, que a padronização de uma lista de medicamentos, transforma-se num empecilho para aplicação de novas possibilidades de tratamento, pois a ciência e a indústria farmacêutica, promovem um dinamismo no que se refere ao tratamento de doenças e desenvolvimento de novos medicamentos, o que dificulta o Poder Público acompanhar tal evolução. Demonstrando uma discrepância entre a relação padronizada e o tipo de tratamento médico indicado, expondo situações geradoras das ações judiciais, as quais, buscam o custeio do tratamento moderno disponível no mercado.

Diante de toda normativa estabelecida pelo Poder Público, a Judicialização da Saúde pode trazer consequências gravíssimas em se tratando de aplicação de recursos destinados aos programas de políticas públicas, elaborados para alcançar um quantitativo mais abrangente da população, por outro lado, não podemos perder de vista, a ineficiência do Poder Público em elaborar e executar tais políticas, deixando um via pavimentada a insatisfação da população que necessita de medicamentos e tratamentos especializados, buscando a satisfação na via judicial.

No que concerne à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos

administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (*DOU* 10 nov. 1998), item nº 5:

No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

Com efeito, ao gestor federal caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde.

A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, tais como: medicamentos de uso prolongados, de alto custo, como os utilizados pelos transplantados, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007.

Diante dessa regulamentação, a ação do Poder Judiciário não é vista com bons olhos, visto que, extrapola sua competência, pois atropela a discricionariedade atribuída ao Poder Público em traçar e executar suas políticas públicas, afastando todo o complexo regulatório de aquisição e distribuição.

Nesta temática, tramita no STF, desde 2007, o RE566471-RN em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de

doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Recentemente o Ministro Marco Aurélio (Relator) proferiu voto fixando a seguinte tese:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”;

Já o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte sentido:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União:

- (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;
- (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências;
- (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento;

O voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

- (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
- (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

Atualmente, o Ministro Gilmar Mendes devolveu os autos para julgamento, que foi agendado para 10/11/2021.

Em detida análise dos votos já proferidos, nítida se torna uma tendência, no sentido de restringir a obrigação do Estado em fornecer medicamento não previsto na lista padronizada do SUS, reservando para os casos excepcionais, o cumprimento de algumas exigências, que vão desde a capacidade financeira, comprovação da eficácia do tratamento proposto, até a certificação de impossibilidade de adequação do medicamento à lista.

CONCLUSÃO

As normas constitucionais programáticas têm caráter impositivo, exigindo do Estado, prestações positivas no sentido de proporcionar a prestação de serviços públicos, garantindo o direito social expresso. No campo da eficácia da aplicação das normas programáticas elas podem ser divididas em aplicação imediata e aplicação mediata, esta última dependendo de legislação posterior para atribuir o efeito da eficácia.

A instituição e regulamentação do SUS, foi elaborada para atribuir eficácia à norma constitucional, garantidora do direito à saúde, tratando não só da assistência médica e farmacêutica, mas também das fiscalizações, planejamentos, programas e comprometimento com a conservação do meio ambiente.

Diante de um sistema tão complexo, onde envolve vários atores, a inobservância das regras do jogo, causa uma excessiva Judicialização da Saúde, impingindo sobrecarga ao sistema judiciário brasileiro.

Considerando que a sobrecarga advém de uma interpretação desconexa do texto constitucional, no sentido de exigir a prestação de serviços públicos, fora do contexto da organização de um Sistema Único de Saúde, necessário se faz, o estrito cumprimento das normas, onde as competências são distribuídas entre os entes públicos, de acordo com a complexidade dos tratamentos, aliviando assim, a referida carga.

Com objetivo específico de delimitar aplicação da reserva do possível, restou confirmado que esta teoria não se aplica de pronto na questão de direitos sociais no Brasil, visto que, a necessidade da população brasileira, beira a miséria, tratando-se de direitos sociais, porém, a Administração Pública se defende genericamente de toda e qualquer situação, em que é exigido prestação positiva do Estado, utilizando-se da teoria em questão, contudo, não o poder judiciário não a reconhece quando a matéria tratada diz respeito ao mínimo existencial.

No que concerne a verificação da separação dos poderes diante de decisão proferida pelo judiciário, obrigando o Estado a cumprir prestações positivas, não é

considerado uma interferência em outro poder, respeitando pois a discricionariedade do Executivo, uma vez que, a prestação já consta da programação da implantação da política pública.

Em se tratando do direito à saúde, a justiça pode obrigar o Estado a cumprir, pois, já consta programação, por outro lado, a reserva do possível pode sim ser utilizada para o equilíbrio orçamentário, sobre a efetivação de programas sociais, porém, não podemos afastar a possibilidade do Estado esquivar-se da obrigação, utilizando-se da reserva do possível.

A pesquisa iniciou com a intenção de demonstrar que a reserva do possível era uma teoria largamente utilizada, no intuito de livrar o Estado da obrigação de prestar o serviço de saúde pública, contudo, chegou-se ao resultado de que a utilização indiscriminada, da referida teoria, não demonstrava a hipótese e que a judicialização efetiva excessiva da saúde traz um prejuízo substancial para o orçamento público no que tange a programação e implantação de políticas públicas, pois, o poder público é obrigado a cumprir a determinação judicial, satisfazendo a pretensão de um paciente, em detrimento da programação de implementação do serviço para todo o restante da população.

Constatou-se ainda, que a teoria da reserva do possível não poderia ser invocada para eximir o Estado da responsabilidade de disponibilizar à população o mínimo existencial, tido como, as condições mínimas para manter uma vida obedecendo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Poder Judiciário, vem rechaçando esta teoria, quando invocada pelo poder público para se eximir do mínimo existencial.

Diante do exposto, é necessário fazer uma ponderação sobre a amplitude da decisão judicial. Caso comprove a omissão legislativa ou do Executivo, o mesmo deve obrigá-lo a fazer a regulamentação e a implantação da política para que seja atendida o maior número de pessoas da população, ou que o resultado a atinja o maior número de situações. Inobstante observar que a reserva do possível foi uma teoria aplicada para um direito social na Alemanha no pós-guerra, que tratava das liberdades de escolhas profissionais, devendo ser aplicada com muita ressalva no Brasil, onde o que está em jogo é a questão da Saúde Pública, figurando como uma necessidade básica para toda a população. Tanto os direitos de livre escolha profissional, quanto à saúde, todos são direitos fundamentais, porém, um com peso maior que o outro. Dessa forma, não há de

se falar em aplicar indiscriminadamente a reserva do possível em se tratando de saúde pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. Editora Saraiva. Rio de Janeiro, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>: Acessado em 29 de março de 2021.

BALESTERO, Gabriela Soares. *Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde*. In; Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, out./dez. 2011, p. 142-143.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de março de 2021.

BRASIL. *Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso: 25 de setembro de 2021.

BRASIL, *Decreto Federal n.º 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso: 25 de setembro de 2021

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, Coimbra. 1993.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direitos Constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte. 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2016

MATTA, Marco Antônio Sevidanes. *Interpretação constitucional dos Direitos Sociais*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo (SP), 16 agosto 2006, p.6. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-ago-16/interpretacao_constitucional_direitos_sociais?pagina=6>. Acesso em 04/09/2021

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo. 2017.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

QUINTAS, Fabio Lima. *Juízes-administradores A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. 2016. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519997/001063062.pdf?sequence=1&isAllowed>: Acessado em 08 de abril de 2021.

SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. O SUS NÃO ESTÁ A VENDA. Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Domingueira da saúde. Disponível em:
<http://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-45-novembro-2020#a1>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. Malheiros Editores, São Paulo. 2004.

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. *Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. 34, jan./abr. 2018, p. 34.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O estudante MORALES BASSO BISINOTTO do Curso de Direito, matrícula 2017.2.0001.0775-4, telefone: 62- 98100-5636, e-mail: bisinotto@hotmail.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O RISCO DE UMA LEITURA (DES) CONTEXTUALIZADA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 19 de novembro de 2021.

Assinatura do autor: _____

Nome completo do autor: Morales Basso Bisinotto

Assinatura da professora orientadora: _____

Nome completo da professora orientadora: Fernanda da Silva Borges