

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FRENTE AO DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Bruna Leite Gouveia¹
Edmilson Cruz Júnior²

RESUMO

Este artigo científico tem como objetivo apresentar uma abordagem crítica da atuação do Estado em efetivar o direito à saúde, assegurado a todos pela Constituição Federal, tendo em vista o constante descumprimento do preceito constitucional por parte do Poder Público, culminando no aumento exorbitante do número de demandas judiciais. Discorre sobre a conquista do direito à saúde, hoje garantido constitucionalmente, e a criação do SUS, que veio a ser regulamentado dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Trata ainda sobre o processo de judicialização da saúde como meio de se ter assegurado o direito fundamental à saúde, rebatendo-se as matérias de defesa levantadas pela Fazenda Pública quando acionadas judicialmente, destacando-se, entre elas, a tese da reserva do possível.

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

Data de submissão: 21/02/2020
Data de aprovação: 24/03/2020

ABSTRACT

This article aims to present a critical approach to the State's action in realizing the right to health assured to all citizens by the Federal Constitution, due to the constant failure of the Government to comply with the constitutional precept, culminating in the exorbitant increase in the number of lawsuits judicial proceedings. It discusses the conquest of the right to health, now constitutionally guaranteed, and the creation of SUS, which came to be regulated two years after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. It also deals with the process of judicialization of health as a means of ensuring the fundamental right to health, rebutting the matters of defense raised by the Public Treasury when brought before the courts, among them the thesis of the reserve for contingencies.

Keywords: Right to Health. Judicialization of Health. Reserve for Contingencies. Public health. Fundamental right.

1 Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Metropolitana da Grande Recife - FMGR.

E-mail: brunagouveia@hotmail.com

2 Mestre em Direito pela UFPE/PPGD. Professor da Faculdade Metropolitana da Grande Recife.

E-mail: edmilson.cruz.junior@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Em que pese a saúde se tratar de um direito fundamental, previsto expressamente na Constituição Federal, não se pode olvidar o constante crescimento do número de demandas judiciais que buscam garantir medicamentos e os mais diversos tratamentos médicos.

O art. 196 da nossa lei fundante, ao dispor 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”, reconhece a proteção à saúde como um dever do Estado, vinculando o Poder Público como um todo, de sorte que as políticas e os investimentos estatais na área da saúde devem ser oferecidos com o fim de proporcionar a todos os cidadãos o acesso aos seus serviços, sem que para isso se criem quaisquer tipos de distinções. A saúde, à vista disso, passou a ser um direito público subjetivo, um bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Importante ressaltar ainda que, apesar de se tratar de uma norma de caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro, a regra insculpida no aludido dispositivo constitucional não pode ser convertida numa mera promessa institucional. O Ente Público, todavia, furta-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos, sob a alegação de impossibilidade de fornecimento de determinado medicamento ou tratamento médico, em virtude da necessária adequação ao caráter programático da norma e das restrições orçamentárias. Seria, no mínimo, irrazoável sobrepor tais questões à concessão de medida imprescindível ao pleno exercício do direito à vida e à saúde.

O direito à saúde, destarte, parte da ideia de igualdade e universalidade, atrelada à necessidade de sua efetivação quando não feito pelo Estado. Desta forma, se uma pessoa necessita de determinado medicamento ou tratamento médico, caberá ao Poder Estatal disponibilizar medidas que cumpram com tal demanda, sendo um dever solidário da União, do Estado-membro, do Município e do Distrito Federal providenciá-lo. É dentro deste cenário que a judicialização acaba sendo a única forma de efetivar o acesso à saúde frente ao descumprimento do preceito constitucional por parte do poder elaborador e garantidor de políticas públicas satisfatórias do sistema de saúde.

Apesar da alternativa vislumbrada pelos cidadãos acerca de ter assegurado o direito constitucional, o que vem se tornando recorrente por parte da Fazenda Pública é trazer como matéria de defesa nas ações judiciais a tese da reserva do possível. Neste contexto, o ente

demandado aduz a falta de disponibilidade de recursos públicos e a não previsibilidade orçamentária que possibilite amparar os interesses da minoria nesse aspecto.

Trata-se, portanto, de um tema que enseja grande discussão e debate, pois, de um lado, temos um direito fundamental social previsto e regido pela Carta Magna de 1988, e, do outro, temos a proteção orçamentária do Poder Público, invocando a tese da reserva do possível. Esta tese é típica excludente de responsabilidade estatal, defendendo ser necessária a análise orçamentária para que haja a efetivação dos direitos fundamentais, utilizando-se deste “artifício” para abster-se de seu dever.

Surgem, então, os seguintes questionamentos: seria razoável suprimir um direito fundamental garantido na Constituição Federal, fundamental e inerente à dignidade da pessoa humana, em razão de um fundo de orçamento que nunca é suficiente para atender este direito? Quanto vale a vida de um cidadão? Será que o Estado pode simplesmente se abster de determinada demanda quando, por exemplo, não há a dispensação de um determinado medicamento na rede pública de saúde?

O presente trabalho tem como finalidade a abordagem crítica da atuação do Estado frente ao seu dever constitucional de garantir o direito à saúde a todos os cidadãos, indistintamente, pois a falha na prestação dos serviços de saúde impacta diretamente na judicialização da saúde: meio encontrado para se fazer valer o direito constitucionalmente assegurado.

DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Foi tão somente com a implementação de um Estado Democrático de Direito, resultante da promulgação da Constituição Federal de 1988, que a saúde ganhou posição de destaque e teve sua importância reconhecida. Assim, ao consagrar o fundamento e princípio da dignidade da pessoa humana, a saúde passou a ser tratada como um direito social fundamental e estabelecendo como dever do Estado a realização da sua promoção através de ações e serviços básicos de saúde, buscando desta forma reduzir os riscos da população.

Os preceitos e diretrizes do direito à saúde, ademais, encontram-se elencados no art. 198 da Carta Magna. Neste dispositivo, há indicação de que os serviços prestados serão aplicados visando, em síntese, a descentralização como forma de ampliar a atuação do Estado, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e a participação da comunidade. Conforme cita Castro (2005), a saúde se equipara a um conjunto de preceitos higiênicos alusivos às funções orgânicas e à prevenção das doenças, representando o estado

normal e o funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano. Os medicamentos, nesse contexto, são responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

Segundo Sarlet (2006), as normas constitucionais fundamentais, apesar do seu caráter programático, são dotadas de certa eficácia imediata, o que possibilita o indivíduo conseguir judicialmente prestações referentes à saúde, mesmo que o Executivo tenha negado administrativamente, por falta de recursos. Logo, tais normas, independente de possuírem maior ou menor grau de eficácia jurídica, podem ser utilizadas para se buscar uma tutela jurisdicional quando suprimido o direito social e fundamental à saúde de qualquer cidadão, sendo amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, principalmente se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Para Barroso (2001), o art. 196 da Carta Magna, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Já Massa-Arzabe (2006 apud MARQUES, 2016) destaca que, em relação a esse dispositivo constitucional, as políticas públicas constituem a própria garantia do direito social à saúde. A autora destaca que a norma constitucional inscrita no art. 196 define os objetivos da política de saúde, que deve se voltar a garantir integral e universalmente o direito à saúde.

O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Antes da criação do Sistema Único de Saúde - SUS, a assistência médica e hospitalar era promovida pela União, por meio do Ministério da Saúde, pelos Estados e pelos Municípios, através de ações ligadas à promoção e prevenção de doenças. Ocorre que a referida assistência não era de alcance universal, pois apenas os trabalhadores formais e os seus dependentes é que poderiam usufruir de tal benefício representado por uma pequena parcela da população.

Apesar de a Constituição Federal ter criado o Sistema Único de Saúde – SUS, conforme art. 198 da CF/88, sua regulamentação se deu apenas em 19 de setembro de 1990, por meio da Lei 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde, que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Assim sendo, o SUS foi constituído por um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, tendo a iniciativa privada uma participação de caráter complementar.

Acerca da aludida lei orgânica, merece destaque o art. 2º, *caput*: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”; e o art. 7º, inciso I, que prevê a universalidade de acesso às ações e políticas do SUS.

Neste sentido, tendo em vista que a saúde é direito subjetivo público individual, oponível, conseqüentemente, ao Estado, impõe-se ao Poder Público como um todo o dever de fornecimento de prestações positivas em favor do indivíduo portador de uma enfermidade, independentemente de qualquer contrapartida ou comprovação de contribuição do beneficiário direto para a implementação de ações visando assegurar esse direito. A Lei nº 8.080/90 estabeleceu a participação das três esferas de governo (federal, estadual e municipal) no planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em regime de responsabilidade solidária.

Isso quer dizer que a gestão do SUS é uma responsabilidade da União (pelo Ministério da Saúde); dos Estados e do Distrito Federal (pelas Secretarias Estaduais de Saúde); e dos Municípios (pelas Secretarias Municipais de Saúde), sendo imprescindível ao Poder Público cumprir com seu dever estatal de garantir a todos o direito à saúde, bem como a gratuidade do serviço, integralidade no atendimento e a equidade no acesso, num sistema regionalizado, hierarquizado e descentralizado, com a participação da comunidade e mantido com recursos do orçamento da Seguridade Social e da União, dos Estados e dos Municípios.

Não resta dúvida de que as atribuições constitucionais do Sistema Único de Saúde são inúmeras e as mais variadas, contudo, apesar de o SUS ter como função precípua a prestação do melhor serviço de saúde possível, a realidade do país acaba sendo outra. A má gestão dos recursos públicos termina por refletir diretamente na efetiva prestação do atendimento médico, da assistência social, do fornecimento de medicamentos, da realização de cirurgias e exames, dentre outras práticas destinadas à área da saúde.

Ordacgy (2014) ratifica o cenário precário do sistema público de saúde do país e a influência direta de que essa realidade só faz com que a população tem que se socorrer das tutelas judiciais de saúde para a efetivação de seu tratamento médico.

Embora o direito à saúde esteja inserido no rol dos direitos sociais, direitos fundamentais de 2ª geração, em que se exige uma prestação positiva do Estado, e apesar de o SUS se tratar do instrumento responsável em executar as políticas de saúde no Brasil, o que se observa é que tal preceito constitucional vem sendo descumprido pelo Poder Público, restando ao indivíduo a negação do direito e, portanto, recorrer ao Poder Judiciário para que tenha a efetivação de seu direito.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

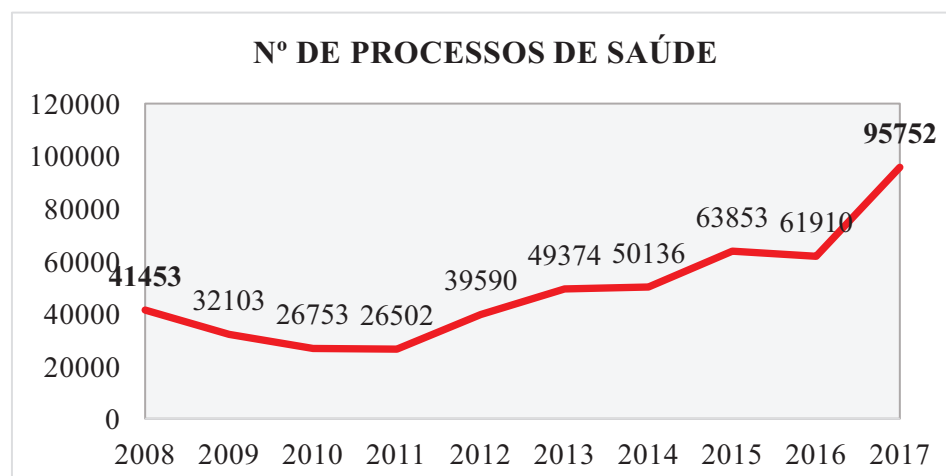
“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Eis o dispositivo previsto no art. 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente que consagra o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido como princípio do acesso à justiça.

Por este princípio enxerga-se de um lado o Poder Judiciário, a quem é outorgado o monopólio da jurisdição e, de outro lado, o indivíduo com a faculdade do direito de ação. Desta forma, por meio da ação adequada, todo aquele cujo direito, fundamental ou não, houver sido violado, ou ameaçado de violação, poderá obter a tutela do Poder Judiciário, seja para reparar ou restabelecer o direito, seja para prevenir que seja este lesionado. Assim, quando questões das mais variadas áreas são levadas ao Poder Judiciário por não terem sido resolvidas pelo Poder Executivo ou Legislativo, como deveriam, estamos diante do fenômeno chamado judicialização.

A judicialização da saúde, portanto, pode ser conceituada como a busca do Poder Judiciário como a última alternativa para ter assegurado o seu direito à saúde. Isso se traduz também na necessidade de obtenção de medicamento ou tratamento ora negado pelo SUS, o que demonstra, claramente, um sistema de saúde deficitário, que não consegue concretizar a contento a proteção desse direito fundamental.

Cláudia Collucci, em reportagem da Folha de São Paulo (19 de março de 2019), divulgou recentemente matéria atinente ao tema, apontando estudo que indicou um crescimento de 130% da judicialização da saúde pública e privada nos últimos dez anos, conforme gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Crescimento dos processos de saúde entre 2008 e 2017



Fonte: Collucci (2019)

Observa-se no gráfico 1 que, em 2008, o número de demandas judiciais em primeira instância de ações de saúde perfaziam um total de 41.453 processos e em 2017 o quantitativo cresceu para 95.752.

Para corroborar com essa realidade, o quadro a seguir apresenta um comparativo de todas as demandas sobre a judicialização da saúde (de natureza cível, não criminal), referente aos anos de 2016 e 2017, e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos juizados especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas turmas recursais e nas turmas regionais de uniformização, de onde se é possível constatar um aumento significativo do número de ações de saúde propostas do ano de 2016 para o ano de 2017.

Quadro 1 – Demandas sobre a judicialização da saúde

Assunto*	QUANTIDADE DE PROCESSOS EM 2016	QUANTIDADE DE PROCESSOS EM 2017
Saúde (Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público)	103.907	152.201
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147	420.930
Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579	135.849
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	214.947	242.684
Assistência à saúde/servidor público	28.097	35.356
Ressarcimento ao SUS	3.489	4.474
Reajuste da tabela do SUS	2.439	3.004
Convênio médico com o SUS	1.037	1.350
Repasse de verbas do SUS	786	1.044
Terceirização do SUS	676	1.328
Planos de saúde (Direito do Consumidor)	427.267	564.090
Serviços hospitalares – consumidor	23.725	32.172
Planos de saúde (Direito do Trabalho)	56.105	76.090
Doação e transplante órgãos/tecidos	597	1.255
Saúde mental	4.612	6.739
Controle social e conselhos de saúde	2.008	2.850
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774	13.125
Erro médico	57.739	83.728
Total	1.346.931	1.778.269

*Pela sistemática do relatório *Justiça em Números*, não é incomum o cadastro de mais de um assunto em relação ao mesmo processo. Neste caso, todos são contabilizados.

Fonte: Lima JR. & Schulze (2018)

Segundo Barroso (2008), judicialização significa que algumas questões de grande repercussão político-social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não por instâncias políticas tradicionais. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Leite (2011), por sua vez, afirma que o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição Federal, viu-se no dever de efetivar todos os direitos positivados no mais alto

grau. Neste sentido, tendo em vista que a saúde é um direito subjetivo público inerente a qualquer cidadão em face do Estado, diversos são os instrumentos processuais que estão à disposição daquele que busca assistência fármaco-terapêutica perante o Poder Judiciário que, investido de jurisdição administrativa, tem a missão de afirmar o Estado de Direito, controlando a legalidade da atuação administrativa, protegendo e tornando efetivos os direitos subjetivos e interesses legítimos. Como exemplo destes instrumentos processuais, podemos citar a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7347/85; o Mandado de Segurança, regulamentada pela Lei nº 12.016/09; e as Ações Condenatórias de Obrigação de Fazer ou de Obrigação de Dar.

Ressalte-se que o presente artigo irá se fundamentar nas ações condenatórias de obrigação de fazer, tendo em vista serem as mais comuns, disciplinadas no Código de Processo Civil e cuja competência, seja qual for o mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal.

Em uma pesquisa criteriosa no acervo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, foram selecionados 06 processos eletrônicos, todos com sentença já proferida nos autos e que tratam sobre um determinado provimento jurisdicional: fornecimento de medicamento, realização de cirurgia, fornecimento de fraldas descartáveis e fornecimento de fórmula alimentar. Após uma análise minuciosa destes processos, pudemos identificar semelhanças entre eles quanto às decisões liminares, às defesas apresentadas nas contestações e o fundamento e dispositivo das sentenças proferidas.

Segue um quadro contendo as informações principais que embasaram o presente estudo:

Quadro 2 – Panorama de 15 processos de saúde já sentenciados

Número do Processo	Pedido formulado	Defesa trazida pela Fazenda Pública	Sentença
3757-70.2017.8.17.2810	Medicamento	Preliminares suscitadas: Chamamento ao processo da União Federal para formação de litisconsórcio passivo com o Estado de Pernambuco e Incompetência absoluta da justiça estadual para o julgamento da demanda.	Afastadas preliminar e julgando o precedente o pedido autoral.
3980-23.2017.8.17.2810	Medicamento	Preliminares suscitadas: Chamamento ao processo da União Federal para formação de litisconsórcio passivo com o Estado de Pernambuco e Incompetência absoluta da justiça estadual para o julgamento da demanda.	Afastadas preliminar e julgando o precedente o pedido autoral.
12841-95.2017.8.17.2810	Cirurgia e	Sem preliminares	Procedência

	aquisição de insumos		
12131-41.2018.8.17.2810	Fórmula Alimentar	Ilegitimidade passiva do Estado	Afastada preliminar e julgado procedente o pedido
9421-19.2016.8.17.2810	Cirurgia	Ausência de Negativa do Estado	Afastada preliminar e julgado procedente o pedido
9076-53.2016.8.17.2810	Fraldas descartáveis	Reserva do Possível	Procedência

Fonte: elaborado pelos autores

DEFESAS TRAZIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA QUANDO DEMANDADA

Tendo em vista a delimitação de o estudo estar voltado à referida vara fazendária, é certo que a Fazenda Pública, neste caso, estará representada pelo Município de Jaboatão dos Guararapes ou pelo Estado de Pernambuco.

Princípio da reserva do possível

Criado pela doutrina alemã, o princípio da reserva do possível foi fruto de uma ação proposta junto à Corte da Alemanha por inúmeros estudantes que pleiteavam o direito ao ingresso na Universidade Pública, no curso de medicina, com base no art. 12, inciso I, da Lei Fundamental Alemã o qual estabelecia que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”.

Diante do entendimento então firmado, apesar da previsão constitucional expressa dos direitos fundamentais prestacionais, pelo princípio da reserva do possível, o Estado só estaria obrigado a prestá-los até os limites de sua capacidade econômica e financeira. Nesta perspectiva, esta tese de defesa passou a se tornar cada vez mais frequente aqui no Brasil pelo Estado nas ações de obrigação de fazer em que a parte autora busca a obtenção de uma ordem judicial, determinando que o réu disponibilize certo medicamento ou preceda a determinado tratamento, prescritos e necessários à saúde do demandante.

Em sua defesa, a Fazenda Pública alega que o atendimento dos direitos sociais se sujeita ao princípio da reserva do possível, estando o seu adimplemento limitado às possibilidades orçamentárias do Estado. Busca, dessa forma, esquivar-se da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo, o direito à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 a 200, da Constituição Federal.

É importante ressaltar que, apesar do argumento sustentado pelo Poder Público, o que se observa nestes casos é um notório conflito desta tese com o mínimo existencial, já que de um lado encontramos a limitação de recursos públicos e do outro a garantia do cidadão a uma vida digna, a essência, o núcleo do direito fundamental que deve ser protegido.

Segundo Chequer (2013), essa garantia de proteção à essência dos direitos fundamentais decorre de um princípio constitucional disposto expressamente nas mais diversas constituições pelo mundo, qual seja, o princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Mendes (2011) ressalta que, apesar de a nossa Carta Magna não prever expressamente a proteção desse núcleo essencial, como ocorre nas constituições portuguesa, alemã e espanhola, isso não significa dizer que não exista uma obrigação de preservá-lo: “Embora o texto não tenha consagrado expressamente a ideia de núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituído”.

Para alguns doutrinadores, inclusive, esse princípio corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo utilizado como fundamento de muitas decisões judiciais, a exemplo da liminar deferida nos autos do processo 003757-70.2017.8.17.2810, em que a parte autora pleiteava medicamento para câncer de próstata:

Pretende o demandante (...) impor ao Estado de Pernambuco a obrigatoriedade do fornecimento do medicamento ABIRATERONA, para evitar o agravamento de seu quadro.

(...)

Faz-se necessário o uso do ABIRATERONA de forma contínua, sendo prescrita a quantidade de 120 comprimidos mensalmente, conforme documentos de Id 18266406.

(...)

Destarte, o reconhecimento da proteção à saúde como um dever do Estado é um dever que vincula o Poder Público como um todo. Ademais, as políticas e os investimentos estatais na área da saúde devem ser oferecidos de forma a proporcionar a todos os cidadãos o acesso aos seus serviços, sem que para isso se criem quaisquer tipos de distinções.

(...)

Daí é que se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário a fim de que o dever constitucional de assistência à saúde, como forma de garantia do direito à vida, erigido à cláusula pétrea, não seja desrespeitado pelo administrador, com a desculpa de que é faculdade do Administrador o destino da aplicação das verbas públicas. O Judiciário, em sua função jurisdicional, prima pelo cumprimento do preceito constitucional em comento. Neste diapasão, não cumprindo o Poder Público com o seu dever legal e constitucional de garantir a saúde da suplicante, custeando o tratamento necessário ao tratamento do postulante, restará quase inevitável lesão a sua vida. Registre-se que a impossibilidade de fornecimento dos medicamentos pleiteados, sob o argumento de que não há previsão orçamentária para o seu fornecimento, não desobriga o Estado a fornecer o medicamento, tudo, em virtude do direito à manutenção da vida e da saúde, bem como, primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, apesar das divergências doutrinárias acerca do conceito do mínimo existencial, certo é que para o direito constitucional brasileiro a dignidade da pessoa humana deve ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ainda que não possa ser confundida com o princípio da proteção da preservação do núcleo essencial.

Torres (2008) traz sua contribuição acerca do tema, ratificando a indefinição do conceito do mínimo existencial, uma vez que abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (saúde, alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social.

Como visto, a proteção ao direito à saúde, positivada no art. 6º da Constituição Federal, possui vinculação direta com outras garantias constitucionais, destacando-se, entre tantas, a dignidade da pessoa humana, que como fundamento da República, atua em prol do objetivo da promoção do bem de todos sem preconceito de qualquer espécie, assegurando a efetiva inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, §2º, CF/88).

No sistema constitucional brasileiro, essa observação ganha posição de destaque face a fundamentalidade dos direitos sociais, cabendo, portanto, ressaltar que a reserva do possível não pode resultar em ineficácia nem perda de vinculatividade desses direitos.

Neste diapasão, registre-se que, apesar de os recursos financeiros dos Estados serem finitos, não se pode olvidar que a sua aplicação pressupõe um esvaziamento dos direitos sociais, contrariando, nitidamente, o § 1º do artigo 5º do texto constitucional, que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Amaral (2001) acrescenta ainda que na concretização e realização dos direitos sociais a reserva do possível significa que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.

Ainda a título ilustrativo, colaciona-se trecho da decisão liminar que deferiu a tutela de urgência nos autos do processo 0012841-95.2017.8.17.2810 e que trata sobre a reserva do possível, reconhecendo a sua legitimidade caso viesse a ser comprovada a efetiva indisponibilidade de recursos públicos:

Cumprе ressaltar, por oportuno, que este Juízo não é alheio aos argumentos, que costumeiramente são trazidos à baila por ocasião das peças de defesa produzidas pelos entes públicos, ou mesmo em sede recursal, no sentido de que a

implementação dos serviços necessários à promoção da saúde depende de disponibilidade orçamentária e da existência de recursos. Tais argumentos, deduzidos normalmente sob o fundamento principiológico da “reserva do possível”, são invocados pelos entes públicos como razões para não cumprir seu dever legal.

Contudo, em regra, vêm desprovidos de qualquer demonstração concreta que aponte para a escassez de recursos.

Em verdade, a invocação da “reserva do possível” só se afiguraria legítima se o ente público comprovasse que a ausência de recursos ocorreu sem que houvesse o descumprimento, de sua parte, do comando da Constituição Federal que determina que a União, os Estados e o Distrito Federal devem aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre suas arrecadações tributárias, além de parcela dos valores obtidos a partir de repasses da União e dos Estados e dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios. Aliás, especificamente em relação ao Estado, a Carta da República determina que os recursos mínimos serão da ordem de 12% (doze por cento) do produto da arrecadação de impostos estaduais e dos recursos repassados pela União, além dos obtidos a partir do Fundo de Participação (art. 77, inciso II, do ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 29/2000).

Destaque-se ainda que o direito à saúde é tão amplo que até pedido de fraldas descartáveis já foram objeto de demanda judicial, a qual resultou exitosa por parte do necessitado, em que pese a sustentação trazida pela Fazenda Pública de ofensa ao princípio da reserva do possível, conforme se observa nos autos do processo 00009076-52. 2016.8.18.2810 em que o demandado foi o Município de Jaboatão dos Guararapes, cujo trecho passa-se a transcrever:

Acrescente-se que o ente público municipal, que dos três possíveis responsáveis, é o que possui menor disponibilidade orçamentária e tem na área de saúde a prioridade de atuar em questões preventivas, de vigilância sanitária e saúde básica da família. O fornecimento de fraldas descartáveis está fora da realidade orçamentária dos Municípios, afrontando o princípio da reserva do possível. Imagine, Excelência, se o Município tiver que arcar com todas as fraldas descartáveis da população que não tem condições de arcar? Seria onerar demasiadamente os cofres públicos com insumos que mesmo atrelados a condição de higiene pessoal não estão contemplados na lista do SUS e não configura medicamento que sua ausência ocasiona risco a vida.

Ausência de Pretensão Resistida

Também trazida como preliminar de contestação, a Fazenda Pública alega carência de ação em virtude da ausência de interesse de agir, sob o argumento de que a parte autora deveria comprovar a negativa do réu em fornecer determinado medicamento ou realizar algum tratamento médico, tratando-se de hipótese de uma ação sem objeto por não existir uma lide, ou seja, uma pretensão resistida.

Ocorre que a tese ora apresentada não encontra qualquer guarida, eis que o princípio constitucional basilar da inafastabilidade da jurisdição defende o inarredável direito de acesso à justiça, sendo, por conseguinte, desnecessária a comprovação acerca da pretensão resistida.

A sentença proferida nos autos do processo 0009421-19.2016.8.17.2810 afasta essa preliminar, nos seguintes termos:

Quanto à alegação de carência de ação em virtude da ausência de interesse de agir, alega o demandado a desnecessidade do autor procurar o judiciário diante da ausência de negativa de prestação do serviço perseguido. Ora, embora não conste dos autos negativa expressa do Estado réu em fornecer o serviço, não é novidade nas varas da Fazenda Pública, notadamente nesta serventia, o grande número de ações de obrigações de fazer, tendo como principal objeto fornecimento de medicamentos, realização de exames e de procedimentos cirúrgicos onde o Estado se esquivava da obrigação Constitucional de promoção à saúde dos seus administrados, levando ao grande número de demandas dessa natureza, razão pela qual, no presente caso, reputo desnecessária tal comprovação, notadamente pelo fato de que se o autor não tivesse encontrado obstáculos para a realização do exame pretendido, não seria necessário procurar o judiciário, ao passo em que afasto a preliminar de carência de ação arguida.

Ilegitimidade “*ad causam*”

Outra tese de defesa comumente levantada pela Fazenda Pública é a de ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Nos autos do processo 0012131-41.2018.8.17.2810, por exemplo, o Estado, ora demandado, alega sua ilegitimidade sob o argumento de que a obrigação pelo fornecimento de alternativas terapêuticas seria do Município de Jaboatão dos Guararapes, sob o fundamento de que “isso teria como consequência a ineficiência na prestação dos serviços da saúde, visto que haveria movimentação de recursos federais, estaduais e municipais para executar as mesmas tarefas”.

Ocorre que se trata já de assunto de repercussão geral, resultante do tema 793, em cujo julgamento proferido em 23 de maio de 2019 reiterou a jurisprudência no sentido de que todos os entes federados têm responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. A seguir colaciona-se parte da sentença proferida nos autos do processo 0012131-41.2018.8.17.2810 e do processo 0003980-23.2017.8.17.0810, que afastaram a preliminar suscitada pelo Estado.

Processo 0012131-41.2018.8.17.2810:

A ilegitimidade passiva do Estado alegada pelo réu não deve ser acolhida, tendo em vista que em demandas que envolvam o direito à saúde os entes políticos das três esferas (municipal, estadual e federal) são partes individual e solidariamente legítimas para figurar no polo passivo da demanda, podendo a parte autora escolher contra qual ente quer litigar e, escolhendo o Estado de Pernambuco, a Justiça Estadual é competente. Com efeito, tem-se que a Constituição Federal preconiza que compete aos entes federados, solidariamente, o fornecimento dos medicamentos e tratamentos médicos necessários à proteção da vida e da saúde do cidadão, independentemente da esfera governamental.

A correlação existente entre os entes federativos se rege pela cooperação conjunta, ainda que de forma descentralizada, com a finalidade de atingir o interesse público, ressaltando por necessário o corolário da existência de solidariedade entre eles e não vínculo de subsidiariedade.

Processo 0003980-23.2017.8.17.2810.

A responsabilidade solidária dos entes da federação no que tange à obrigação de manter a saúde e assegurar o fornecimento aos necessitados é matéria pacificada nos Tribunais, razão pela qual devem ser rejeitadas as medidas preliminares de chamamento ao processo da União, bem como da Incompetência Absoluta da Justiça Estadual para o julgamento da demanda, não havendo em se falar em litisconsórcio passivo necessário, tampouco em envio dos autos à Justiça, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais.

E por fim, acrescente-se recente jurisprudência do STJ acerca do tema.

EMENTA: PROCESSUAL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E LEITO EM UTI. ANÁLISE SEGUNDO OS PARÂMETROS DEFINIDOS PELO STF. 1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara sobre a responsabilidade solidária dos entes federados. 2. Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. 3. Outrossim, nota-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, envolvendo especialmente a garantia constitucional de direito à saúde, sendo a sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme abstrai-se dos arts. 102 e 105 da CF. 4. No que se refere aos honorários, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ (Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe de 22/6/2009) e do REsp 1.199.715/RJ (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 12/4/2011), ambos sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de não serem devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública, quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença ou que integre a mesma Fazenda Pública. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - REsp: 1771111 CE 2018/0258119-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/02/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2019).

CONCLUSÃO

O foco do presente estudo foi a realização de uma análise crítica a respeito da atuação do Estado ao se valer do princípio da reserva do possível para justificar sua impossibilidade de atender ao pedido formulado pelo demandante-cidadão.

Defendeu-se a ideia de que a reserva do possível utilizada como argumento da incapacidade fática do Estado de arcar com determinada despesa não pode ser simplesmente alegada sem vínculo probatório, pois o direito à saúde assume uma posição prioritária em nosso ordenamento jurídico.

Da análise realizada, verificou-se que entre as inúmeras teses de defesa apresentadas pela Fazenda Pública estavam: a reserva do possível, a ausência de pretensão resistida e a ilegitimidade *ad causam*.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do RESP nº 811608/RS, no Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, pronunciou-se no sentido de que:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Por esse ângulo, a alocação de recursos deve ser desenvolvida não como limite à preservação, manutenção e recuperação da saúde nas pessoas, mas sim como resultado de uma gestão eficiente, que enfrente as mais diversas situações, sejam elas de natureza orçamentária, científica, tecnológica, ética, afinal, administrar o conflito existente entre o ideário constitucional e a realidade de uma sociedade desigual é o desafio que se impõe a toda a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 177111 - CE (2018/0258119-0)**. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 05/02/2019. Data de Publicação: DJe 12/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 811608 - RS** (2006/0012352-8). Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de Julgamento: 15/07/2007. Data de Publicação: DJe 04/06/2007.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**, 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

COLLUCCI, Cláudia. Em uma década, judicialização da saúde pública e privada cresce 130%. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 19 mar. 2019, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/em-uma-decada-judicializacao-da-saude-publica-e-privada-cresce-130.shtml>. Acesso em: 16 jul. 2019.

CHEQUER, Claudio. **O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação)**. In: *Jornal Carta Forense*. 2013. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>. Acesso em: 19 jul. 2019.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentaria**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA JR., Arnaldo Hossepian Salles; SCHULZE, Clenio Jair. Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018. **Revista Consultor Jurídico**. 10 nov. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018#_ftn1. Acesso em: 15 jul. 2019.

MARQUES, Silvia Badim. **O controle judicial das políticas e ações de saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/117046/114644>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MENDES, Gilmar F. *et al.* **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2014. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmiento (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339.