

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 157, DE 2015.

Inclui os parágrafos 1º e 2º ao art. 196 da Constituição Federal, para preservando o direito universal à saúde, estabelecer critérios para prioridades e urgências médicas.

Autor: Deputado DOMINGOS SÁVIO

Relator: Deputado GILSON MARQUES

I – RELATÓRIO

Trata-se de proposta de emenda à Constituição, de autoria do ilustre deputado Domingos Sávio (PSDB/MG), que visa estabelecer critérios para prioridades e urgências médicas.

Como justificativa, o autor argumenta que “a ausência de comando claro quanto a critérios de prioridades para atendimentos aliada à ausência de recursos têm levado a judicialização do tema, gerando distorções no Sistema Único de Saúde, pois, muitas vezes, as decisões judiciais se sobrepõem ao planejamento das ações de saúde.

A matéria foi distribuída a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, à qual compete, ao teor dos arts. 32, III, "b", e 202, caput, do Regimento Interno, pronunciar-se, preliminarmente, quanto à sua admissibilidade, apreciando os aspectos de constitucionalidade, regimentalidade, juridicidade e técnica legislativa.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

A Proposta de emenda à Constituição não afronta as cláusulas pétreas insertas na Constituição Federal, visto que não pretende abolir a forma federal de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, nem a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais.

Os requisitos de admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição são os previstos no art. 60, I, §§ 1º. e 4º., da Constituição Federal, e no art. 201, I e II, do Regimento Interno.

Assim sendo, a PEC n.º. 157, de 2015, não atenta contra as normas constitucionais, regimentais e legais em vigor, nada obstando, pois sua livre tramitação neste Colegiado.

Quanto à técnica legislativa e à redação utilizadas, a proposta em tela obedece aos preceitos da Lei Complementar no 95/98.

Passo a expor os fundamentos constitucionais e jurídicos que amparam a proposta em análise.

O direito à saúde como direito de todos e dever do Estado é proclamado no art. 196 da Constituição Federal, o qual merece uma reflexão mais detida.

Todos os direitos são positivos, pois, para sua realização, é imprescindível, além da alocação de recursos, a efetiva concretização de ações estatais aptas à observância de sua eficácia. Por esse enfoque, **há uma correlação entre a possibilidade de atendimento aos direitos fundamentais, no sentido de afirmar sua efetividade, e a própria capacidade do Estado**, diante de sua disponibilidade financeira de alocar os recursos financeiros aptos ao seu adequado atendimento.

Tal propósito leva-nos também a considerar a existência de uma tensão entre a ocorrência de um déficit na efetividade dos direitos fundamentais, considerando a lei da escassez, e as expectativas almejadas pelos sujeitos de direito pela observância de suas conquistas históricas.

Por essa razão seria intuitivo pensar, como Dworkin, **na possibilidade de levar a sério não só os direitos, mas também a escassez que os contingenciam**. Disso se infere ainda que, ao considerarmos os direitos como trunfos, deve ser assumida a presunção de que esses podem colidir com outros direitos ou mesmo com certos interesses públicos. Essa questão, que supõe o imperativo de se levar a cabo uma necessária ponderação por parte do juiz, nos induziria à afirmação de que os direitos sociais, estando contingenciados pela realidade financeira do Estado, não podem ser considerados absolutos e que, embora prescrito na Constituição, não poderiam ser atendidos, todos, ao mesmo tempo.¹

Segundo a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein, o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de uma reflexão que leve em conta a peculiaridade de que os direitos têm custos. A proposta desses autores é justamente indagar quanto custa um direito, certamente com o propósito de demonstrar que a

¹ DWORIKIN, Ronald. “Levando os direitos a sério”, tradução Nelson Boeira, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, pág. 68

realização e observância de direitos constitucionais dependem da alocação estratégica dos recursos públicos aptos para tanto.²

Nesse sentido foi a decisão do Ministro Celso de Mello, do STF.

“(…) limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado”. (STF, AgRegimental no RE nº 410.715-SP, reI. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU de 03.02.06, p. 76).

As considerações de Holmes e Sunstein pretendem, em verdade, chamar a atenção dos juristas justamente para esse viés da efetiva possibilidade de atendimento aos direitos constitucionais, inclusive mediante a ponderação acerca de seu alcance para a sociedade como um todo, ou, pelo menos, para a maioria dos seus integrantes.

O professor Flavio Galdino já aponta que “mesmo os chamados direitos fundamentais têm um custo que não pode ser ignorado, em que pese isso ser frequentemente ignorado”.³

Segue afirmando que “o Estado não tem verdadeiramente recursos próprios, não existe o tesouro real diverso dos recursos da sociedade, assim essa é chamada a pagar por tais custos e a isso somos todos obrigados”.

A ponderação de valores parte do pressuposto de que nenhum direito é absoluto, sendo todos submetidos a requisitos, como esclarece o STF:

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque, razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem**

² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. “The Cost of Right: Why liberty depends on taxes”, New York: W.W.Norton & Company, 1999, pág. 121

³ GALDINO, Flávio. “Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pág. 215

pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (STF, MS 23.452, rel. Ministro Celso de Mello, Dj 12.05.2000)

Outra questão importante que o tema da judicialização da saúde suscita diz respeito à ingerência do Judiciário na competência dos demais Poderes. **Não compete ao Poder Judiciário elaborar políticas públicas, determinar onde e como os recursos da saúde pública devem ser gastos sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes.**

Seguindo esse entendimento, Capeller e Arnaud afirmam que:

“A competência para desenvolver políticas públicas cabe ao Poder Executivo, por meio da definição e prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração das leis, inclusive orçamentárias (...) o sistema normativo emitido pelo legislativo é que regula a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”.⁴

Faim Filho ressalta que “quando o Judiciário resolve um caso sobre saúde trazido por um cidadão, não ocorre uma verdadeira criação e instituição de política pública a partir do nada, **transformando o Judiciário em legislador positivo ao contrário da sua tradicional posição de legislador negativo, mas aplicação de política pública de saúde estabelecida pelo poder constituinte**”.⁵

Em inúmeros julgados o STF tem reafirmado a posição de legislador negativo e não positivo que deve tomar o Judiciário para evitar invasão de um Poder na esfera do outro Poder.

“Ao Supremo Tribunal Federal (STF), à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, cabe exercer o papel de legislador negativo. É sua a relevante função de extirpar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Lei Maior, devendo, exatamente por esse motivo, atuar com parcimônia”. (STF, ADI 4885 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27.6.2018, Informativo nº 908).

⁴ Capeller W, Arnaud AJ. Cidadania e direito à saúde. In: Costa AB et al. organizador. Série O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Curso de extensão Universitária à distância. Brasília: CEAD/UNB, 2009, p. 107

⁵ FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. “A Judicialização da Saúde e seus reflexos orçamentários”, in “Orçamentos Públicos e Direito Financeiro”, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pág. 1016

Conforme alerta Lawrence Baum, “**mesmo quando o Judiciário age como legislador negativo há aí ativismo judiciário, com interferência desse Poder em políticas públicas estabelecidas pelos demais Poderes**”.⁶

Infelizmente, a escassez de recursos aponta para a necessidade de escolhas trágicas, que hoje está amparada pelo argumento da reserva do possível.

Fernando Scaff ensina que “a expressão dos economistas – limite de orçamento – a qual foi trazida para o direito pelo Tribunal Constitucional Alemão com o nome de reserva do possível, significa que, **todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral**. A lei orçamentária é que determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que tange aos direitos sociais, não adiantando falar de direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para realizá-los”.⁷

Em outras palavras, definir o que gastar, como e no que, é tarefa exclusiva do Legislativo em comunhão com o Executivo, este último principalmente, no que tange à execução orçamentária quando faz as escolhas que julga pertinente, de forma a não caber ao Judiciário ingerências nessas questões.

Merece destaque a decisão do Ministro Humberto Martins sobre o tema.

“A tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) assenta-se na idéia romana de que **a obrigação impossível não pode ser exigida** (*impossibilium nulla obligatio est*). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. **Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo** (...) é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. **Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária**. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. (STJ, REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010).

⁶ BAUM, Lawrence. “A Suprema Corte Americana – Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo”, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007, pág. 260

⁷ SCAFF, Fernando F. “Os direitos sociais na Constituição Brasileira”, in “A eficácia dos direitos sociais”, São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 22

A população tem necessidades infinitas e os recursos disponíveis são escassos para satisfazê-las. Como a ordem legal não se encontra em uma realidade distinta da econômica, surge o problema de saber em que medida é possível implementar prestações públicas ou elevar o mínimo existencial, razão pela qual fala em reserva do possível.

A Constituição Federal diz que o Estado deve entregar a todos o amplo acesso ao serviço público de saúde, de modo global, cobrindo as mais amplas possibilidades de tratamento e atendimento. Contudo, não há recursos econômicos disponíveis para tanto.

A universalidade do serviço público adstringe-se, portanto, à ideia de que todos os cidadãos têm acesso a ela. A regulação do serviço público de saúde presta-se a indicar qual o nível de saúde haverá de ser prestado à população. Não se pode extrair da ideia de universalidade a conclusão de que a administração deve entregar o mais alto nível de serviço e para todas as situações possíveis.

A pretensão de entrega de um serviço de saúde completamente abrangente das hipóteses possíveis de atendimento e tratamento possível é utópica, eventualmente populista e não encontra abrigo no ordenamento.

A cotidiana existência de descaso com a saúde pública evidencia que **a existência de um direito universal à saúde é meramente retórica**. Se ele existe, foi incapaz de transformar substancialmente a realidade vivida pelos cidadãos ao longo de décadas desde a vigência da Constituição Federal. Apesar de inegáveis avanços, a gestão dos recursos públicos exerce um papel fundamental. O serviço melhora na medida em que há mais recursos ou na medida em que eles são melhor geridos.

Não se quer dizer com isso, que o Poder Judiciário nada tem a dizer sobre políticas públicas e sobre saúde. Ele tem uma função importante nesse cenário para assegurar que as prestações do mínimo existencial sejam efetivadas em nível adequado, mas, quando intervém na política pública, deve atuar de maneira autocontrolada (“*judicial self-restraint*”).

As premissas corretas para a solução da questão foram traçadas no julgamento dos pedidos de suspensão de tutela antecipada STA/175 e 178, Min. Gilmar Mendes, DJE nº 182, divulgado em 25/09/2009.

Estabeleceu-se ali que o acesso universal e igualitário à saúde deve ser ponderado a luz de alguns critérios.

“(…) a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. **Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento**

do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada (...)

É preciso compreender que a concessão das demandas individuais leva à desarticulação das políticas públicas voltadas para saúde, as quais são propostas e aprovadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, valorizando o direito de poucos – os que têm acesso ao judiciário – em detrimento da maioria, que mal têm acesso ao atendimento básico na saúde, quem dirá a chance de chegar ao Judiciário para ter o reconhecimento do seu direito.

Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual. Nunes destaca que “o direito à saúde é um direito coletivo, e só se realizará corretamente em benefício de todos e nas mesmas condições para todos, por isso os tribunais devem visar a proteção desse direito, não permitindo que nenhum outro diploma legal coloque em causa o serviço nacional ou as suas características de universalidade, generalidade e gratuidade. É necessária a atuação do governo para haver a efetivação desse direito a toda a população, mas para isso é preciso inserir a carência desse direito na esfera da ação cívica, sindical e política e não na esfera individual de alguns”.⁸

É necessário que não se permita, diante de uma questão capaz de repercutir diretamente na vida dos demais membros da sociedade, decidir apenas com base na paixão isolada, no altruísmo ou no anseio humano de atender àquela pretensão específica posta para julgamento.

Penso que, os direitos para serem suportáveis, devem ser limitados, como uma sustentabilidade do sistema, pois não pode caber a todos o ônus, e somente àqueles, com acesso à justiça, que se beneficiem do investimento de toda sociedade.

Se quisermos garantir atendimento público de saúde aos mais pobres, aqueles que realmente dependem exclusivamente do SUS, temos que corrigir as distorções provocadas pela interpretação irracional do art.196 da Constituição Federal.

A interpretação da Constituição deve ser factível, baseada na realidade como ela se apresenta e não no plano ideal.

Um relatório sobre a judicialização na saúde aponta crescimento de aproximadamente 130% nas demandas de primeira instância entre 2008 e 2017. A pesquisa, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Poder Judiciário.

Com base em dados da Lei de Acesso à Informação, a pesquisa identificou 498.715 processos em primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, entre

⁸ NUNES, AJA; SCAFF Fernando F. “Os tribunais e o Direito à Saúde”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pág. 179

2008 e 2017. Na segunda instância, houve um salto de 2.969 processos em 2008 para mais de 20 mil em 2017.

Desta forma, a estatística é importante para que a comunidade jurídica e a sociedade adotem mecanismos para minimizar os efeitos da judicialização e para permitir que haja a concretização adequada do direito à saúde.

Vale ressaltar que o CNJ tem atuado nesse sentido através da instituição de mecanismos que possam ajudar os magistrados a decidirem de forma racional e realista.

O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Dias Toffoli, assinou em dezembro de 2018 um acordo de cooperação técnica com o Ministério da Saúde para dar suporte a decisões em demandas na Justiça relacionadas à saúde (sistema e-NAT jus). O acordo tem o objetivo de proporcionar às assessorias dos Tribunais de Justiça (TJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF), por meio de consultoria a distância, suporte técnico para a avaliação, sob o ponto de vista médico, das demandas judiciais relacionadas com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência.

Precisamos avançar nessa questão e mudar a forma de entendimento desse Parlamento. O que se busca com a PEC 157/15 é um meio de compatibilizar o texto constitucional à realidade de um país carente e os instrumentos de ação pública que, implementados, conduzam à maior efetividade possível das políticas sociais.

O Judiciário protege melhor o direito à saúde examinando as limitações do orçamento do que individualizando o acesso.

Entendo que a proposta em análise não restringe o alcance do direito à saúde, apenas disciplina o seu exercício priorizando os atendimentos de emergência em detrimento das demais demandas, considerando a real limitação orçamentária para atender a todos, num mesmo momento.

É justo e razoável que assim o seja.

Ante o exposto, o parecer é pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição n°. 157, de 2015.

Sala das Comissões, 19 de novembro de 2019.

Deputado GILSON MARQUES (NOVO/SC)

Relator