

PARA ALÉM DA RESERVA DO POSSÍVEL: A NEGAÇÃO DE MÁ GESTÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CAUSA DIRETA DA INEFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Data de aceite: 01/04/2024

Karla Roberta da Fonseca Nunes

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Desenvolvimento: Desenvolvimento Humano, Empresa, Tributação e Responsabilização da Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Advogada e Analista Processual da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro
<http://lattes.cnpq.br/4577080616306098>

Susana Cadore Nunes Barreto

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios/UFF, Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro
<http://lattes.cnpq.br/6558755004678918>

Trabalho submetido e aprovado no GT1 - Arranjos Institucionais, Inovações e Políticas Públicas, no III Congresso Brasileiro de Direito e Políticas Públicas: Homenagem a Professora Maria Paula Dallari Bucci, em 20/10/2023.

RESUMO: A pesquisa investiga a postura institucional de entes municipais e estaduais em contestações apresentadas em demandas judiciais individuais que postulam o direito à medicamentos, insumos ou tratamentos de saúde, com a observação sobre a argumentação genérica do princípio da reserva do possível em casos concretos de judicialização desacompanhada de uma real verificação e apresentação dos dados orçamentários existentes, desperdiçando-se a oportunidade de diagnosticar-se os motivos da inefetividade da política pública exposta na demanda judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Saúde; Escassez; Gestão.

BEYOND THE RESERVATION OF THE POSSIBLE: THE DENIAL OF MISMANAGEMENT OF PUBLIC POLICIES AS A DIRECT CAUSE OF THE INEFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: The research investigates the institutional stance of municipal and state entities in challenges presented in individual legal demands that postulate the right to medicines, supplies or health treatments, with the observation on the generic argumentation of the principle of reserving

what is possible in specific cases of unaccompanied judicialization of a real verification and presentation of existing budget data, wasting the opportunity to diagnose the reasons for the ineffectiveness of the public policy exposed in the judicial demand.

KEYWORDS: Public policy; Health; Scarcity; Management.

INTRODUÇÃO

Sabendo que a efetivação dos direitos sociais pelo Estado ocorre através de políticas públicas, é necessário analisar não só a criação, mas também a gestão das políticas criadas a fim de verificar se a forma com que os gestores públicos agem é consentânea com os ditames constitucionais. A fim de conceituar o instituto das políticas públicas, são trazidas as palavras de Maria Paula Dallari Bucci, quando explicita que são programas de ação governamental cujo objetivo é coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹.

Neste diapasão, no âmbito da saúde, as políticas públicas devem vislumbrar não só a redução do risco de doença e outros agravos, prezando pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, mas também a boa gestão da coisa pública, intentando maximizar os recursos disponíveis para abranger a maior parte possível da população, evitando a escassez de verbas públicas.

No estudo, as políticas públicas são analisadas tomando-se como base suas fases sequenciais e interdependentes, trazido por Leonardo Sechi², proposto da seguinte forma: identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação e extinção. E, conforme Rogério Gesta Leal³, ainda que a execução de uma política pública tenha que ser progressiva e condicionada aos recursos estatais disponíveis, não iniciar a concretização dessas políticas públicas constitucionais de saúde, vinculantes e obrigatórias ou deixar de investir o máximo possível para que a sociedade possa desfrutar de assistência razoável à saúde, ensejaria uma omissão estatal passível de judicialização.

Portanto, o presente estudo assume o fenômeno da judicialização da saúde como um fenômeno mundial⁴, mas observa o fenômeno brasileiro com especificidades e heterogeneidade que ainda não permite, até pelas incipientes pesquisas existentes⁵, concluir por uma preponderância positiva⁶ ou negativa⁷ do fenômeno.

1 BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

2 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. Cengage Learning. São Paulo. 2ª ed. p. 13. 2013

3 LEAL, Rogério Gesta. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: volume 1*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 168.

4 LAMPREA, Everaldo. *The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective*. *Annual Review of Law and Social Science*, Annual Reviews, v. 13, p. 431–449, 2017.

5 ANDIA, Tatiana. S.; LAMPREA, Everaldo. *Is the judicialization of health care bad for equity? A scoping review*. *International Journal for Equity in Health*, BioMed Central, v. 18, n. 1, 18:61, 2019.

6 BIEHL, João.; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph. J. *The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil*. *Health and Human Rights*, v. 18, n. 1, p. 209-220, 2016.

7 WANG, Daniel Wei Liang. *Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde*. *Journal of Institutional Studies*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago. 2021.

Diante deste cenário dado, objetiva-se extrair da inerente judicialização de políticas públicas de saúde, uma fonte de análise sobre a forma corrente de comportamento institucional do Estado, e propor um ajuste na alegação genérica do Princípio da Reserva do Possível, para que se utilize a oportunidade da judicialização como forma de investigação dos motivos da inefetividade supostamente denunciada na demanda judicial.

Aprofunda-se com o estudo o conceito de *accountability* como a responsabilidade de uma pessoa ou organização perante outra, por alguma atividade ou algum tipo de desempenho⁸. O conceito está diretamente relacionado ao de democracia. A tendência é a de que, quanto mais enraizados os valores democráticos na sociedade, maior a *accountability*. Em uma sociedade com *accountability* plena, espera-se que os gestores públicos prestem contas de suas ações, inclusive em demandas judiciais.

PROBLEMA E OBJETIVOS DO TRABALHO

A escassez de recursos orçamentários é apontada como uma das grandes causas de não efetividade de políticas públicas, sendo utilizado na presente pesquisa, para fins de entendimento de princípio da reserva do possível, os marcos teóricos a teria das escolhas trágicas⁹ com as devidas revisões trazidas por Cass Sustein¹⁰.

No Brasil, tendo como objeto de observação defesas judiciais em processos individuais, investiga-se, inicialmente: a) se o argumento “princípio da reserva do possível” é utilizado, indiscriminadamente, para justificar a não implementação de políticas públicas já definidas? b) e quando utilizado o argumento, é embasado com apresentação de dados orçamentários e fontes públicas que demonstre a escolha trágica?

O objetivo da pesquisa é investigar se o ente público demandado realiza o exercício de investigar alguma outra causa, ainda que concorrente, para a inefetividade da política pública reclamada, em especial, a má gestão de recursos já reservados para tal fim.

Isto porque, presume-se como um fato da vida, que seja possível a existência de ambos os fenômenos causais – ausência de verbas e/ou má gestão - de forma concomitante ou isolada, e portanto, propõem-se critérios que impeçam a argumentação genérica e descomprometida do princípio da reserva do possível, sem que seja argumentada, em concomitância, a gestão da verba orçamentária destinada à política pública, a fim de que não se obscureçam as reais causas de não efetivação, e para que se busque uma tentativa de solução do problema.

Portanto, identifica-se como um possível problema a generalidade do argumento “reserva do possível”, sem que sejam apresentados pelo Estado, de forma confiável e

8 BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; SCHURGELIES, Vinicius. *Accountability nos Atos da Administração Pública Federal Brasileira*. Belo Horizonte: Pretexto. 2018. Disponível em: https://pesquisaeasp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/accountability_nos_atos_da_administracao_pu_blica_federal_brasileira.pdf. Acesso em: 25 jul. 2022.

9 CALABRESI, Guido Calabres; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978.

10 SUNSTEIN, Cass. *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. Const. Forum, V, 2000.

pública, dados minimamente checáveis ao jurisdicionado, sobre os valores orçamentários reservados (ou não) àquela política pública, bem como a demonstração da adequada gestão daquele valor, em especial, quando arguida em casos judicializados.

Objetiva-se, com a proposta de verificação em casos concretos, que seja possível um diagnóstico e prognóstico adequados à solução do problema. Na pesquisa, pretende-se desvelar uma negação (ou assunção) do Estado em reconhecer falhas administrativas como uma das causas diretas da inefetividade dos direitos sociais, deixando de eleger somente a escassez de recursos como causadora de inefetividade de políticas públicas já existentes, sem sequer a cogitação, e eventualmente, a assunção de ocorrência de falhas administrativas e executivas de uma política pública.

O presente trabalho, portanto, volta-se para a análise da postura institucional daquele ente que se nega a investigar as causas do problema de não efetivação adequada de uma política pública denunciada em uma ação judicial, sob o argumento genérico de “reserva do possível”, com o objetivo de fomentar os litigantes habituais em demandas de saúde, quais sejam Estados e Municípios, a utilizarem casos concretos de judicialização para revelar eventuais casos de má gestão de políticas públicas, como início de busca de solução do problema.

MÉTODO

A escolha metodológica foi a pesquisa bibliográfica das referências teóricas mencionadas neste resumo, bem como a análise do relatório do Conselho Nacional de Justiça sobre Judicialização e Sociedade de 2021¹¹. Foi ainda relatado o caso descrito por André Luiz Batista da Costa¹² referente ao Município de São Lourenço da Mata, de Pernambuco, sendo um dos escopos da pesquisa ainda em andamento, realizar a análise documental das contestações apresentadas nas demandas individuais oferecidas nos processos individuais em trâmite naquela Justiça Estadual no ano de 2016, para que se possa verificar se houve alguma menção ao fato da inexistência de repasse orçamentário naquele ano. Neste ponto, a pesquisa ainda se encontra em andamento, avaliando-se as dificuldades de acesso aos feitos os quais, naquele período, não eram ainda completamente digitalizados.

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf Acesso em 23/08/2023.

12 COSTA, André Luiz Batista da. Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Interferência judicial indevida ou consequência da má gestão. Belo Horizonte: Dialética, 2021.p. 112.

ANÁLISE DOS RESULTADOS ALCANÇADOS

Da pesquisa dos recentes estudos publicados com revisão de dados sobre a judicialização no Brasil, verifica-se uma incerteza sobre os impactos das demandas como fomentadoras ou complicadoras de políticas públicas, decorrentes de uma heterogeneidade de demandas, e de pesquisas ainda incipientes em razão de amostras limitadas e não exatamente generalizáveis.

Identifica-se, porém, um comportamento repetitivo nas demandas, qual seja a alegação do Princípio da Reserva do Possível de forma genérica, e sem a comprovação de dados sindicalizáveis, por parte dos entes demandados.

Observa-se ainda que, essa postura é mais corrente em Municípios do que em Estados, com a sugestão de que os quadros administrativos e defensivos dos Estados estariam mais atentos às regras de *accountability* do que os dos Municípios, o que pode ser confirmado pelos dados recolhidos pelo relatório do Conselho Nacional de Justiça sobre Judicialização e Sociedade de 2021, que valeu-se dos dados de 2019: no gráfico 59 do mencionado relatório, verifica-se que 34,1% das Secretarias de Saúde municipais respondentes não dispunham de dados sobre quanto a judicialização comprometia o orçamento destinado à saúde, em confronto com 19,0% das Secretarias de Saúde estaduais que não dispunham tal dado. O segundo dado analisado, é que quando há um panorama mais real do que acontece, considerando as secretarias que responderam, o percentual majoritário de interferência cinge-se a *até 10%* (dez por cento), conforme responderam 57,1% das Secretarias Estaduais, e 49,3% das Secretarias Municipais de saúde. Ainda neste relatório, houve o questionamento sobre a existência de sistema de consulta do quantitativo de demandas ajuizadas, sendo que as 79,5 % das Secretarias Municipais respondeu pela inexistência, 17,5% pela existência a partir do ano de 2015, e 3,0% para existência para anos anteriores a 2015. As Secretarias Estaduais de saúde responderam que em 61,9% existe sistema de consulta desde 2015, enquanto 38,1% responderam não existir o sistema.

Apesar do indicativo de desconhecimento sobre os dados orçamentários pelos próprios entes estatais, não se encontram relatos de contestações admitindo falhas administrativas e de gestão na implementação de políticas públicas, o que revela, no mínimo, uma postura adversarial dos entes públicos, sem a certeza de que, caso houvesse uma postura colaborativa expressa, haveria a possibilidade de detecção de falha administrativa com maior brevidade. Exemplo emblemático ocorreu no município de São Lourenço da Mata em Pernambuco, o qual permaneceu por 12 (doze) meses sem receber os repasses do Fundo Nacional de Saúde (FNS), enquanto foi tal quantia erroneamente destinada ao município de Pombos, que recebeu a mais a quantia de mais de um milhão e seiscentos mil reais. A peculiaridade do caso configura-se no fato de que, apesar da intensa judicialização, foi somente em Tomada de Contas Estadual (TCE), qual seja a de número

018.556/2016-2, que o Tribunal de Contas da União (TCU) identificou que a cidade deixou de receber a verba do Fundo Nacional de Saúde (FNS) por doze meses, totalizando mais de um milhão e seiscentos mil reais. O erro somente foi identificado pelo TCU, tendo o FNS levado dezessete meses para comunicar ao município de Pombos o repasse errôneo, a despeito da necessidade do município de São Lourenço da Mata responder a intensa judicialização, que deveria ter surtido ao menos o efeito de diagnóstico da ausência de repasse, como ao menos um efeito positivo das demandas, sinalizando a existência do problema e necessidade de busca de suas reais causas.

CONCLUSÕES

O fenômeno da judicialização, mundialmente, mostra-se como inerente à implementação de políticas públicas na área de Saúde. No Brasil, verifica-se a característica de judicialização individualizada e com uma heterogeneidade de tipos de demandas que dificultam conclusões assertivas sobre suas causas, o que por si só, já demonstra a impossibilidade de utilização do princípio da reserva do possível de forma discriminada e genérica, em especial por haver poucos dados públicos públicos e compreensíveis sobre o orçamento público destinado às políticas públicas de saúde.

Apesar de tantos tipos de demanda, verifica-se, no entanto, um discurso preponderante e generalista de utilização de escassez de recursos como defesa de Estado e Municípios, sem qualquer compromisso em demonstrar tal realidade através de dados orçamentários ou públicos.

Esse comportamento repetitivo de não assunção de outras causas, tais como má gestão de políticas públicas, camufla casos em que seria possível, em razão da enxurrada de demandas judiciais, diagnosticar uma possível má gestão de recursos públicos, posto que quando se judicializa uma política pública de saúde, em regra não se questiona a competência formal e material das escolhas feitas, mas sim a incompetência gerencial.

Propor-se uma mudança institucional, com a substituição de uma postura defensiva para uma postura colaborativa entre os entes demandados, ao contestarem disponibilizando dados, seja em portais públicos de transparência, quanto nas próprias demandas judiciais individuais, sugerindo um incremento para o conceito de *accountability* no sentido de esperar responsabilidade de uma pessoa ou organização perante outra, como busca de implementação de políticas públicas mais efetivas.

REFERÊNCIAS

ANDIA, Tatiana. S.; LAMPREA, Everaldo. **Is the judicialization of health care bad for equity? A scoping review**. International Journal for Equity in Health, BioMed Central, v. 18, n. 1, 18:61, 2019.

BIEHL, João.; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph. J. **The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil**. Health and Human Rights, v. 18, n. 1, p. 209-220, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUTA, Bernardo Oliveira; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; SCHURGELIES, Vinicius. **Accountability nos Atos da Administração Pública Federal Brasileira**. Belo Horizonte: Pretexto, 2018. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/accountability_nos_atos_da_administracao_publica_federal_brasileira.pdf. Acesso em: 25 jul. 2022

CALABRESI, Guido Calabres; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. Norton, New York, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf Acesso em 23/08/2023.

LAMPREA, Everaldo. **The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective**. Annual Review of Law and Social Science, Annual Reviews, v. 13, p. 431–449, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: volume 1**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. Cengage Learning. São Paulo. 2ª ed. 2013

SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa**. Const. Forum, V, 2000.

WANG, Daniel Wei Liang. **Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde**. Journal of Institutional Studies. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, maio/ago. 2021.