

O mínimo existencial e a reserva do possível face a judicialização do acesso à saúde no Brasil

Saulo Eustáquio Lopes Cassimiro¹

Rosilene da Conceição Queiroz²

Ângela Araújo Costa³

Recebido em: 10.05.2022

Aprovado em: 14.07.2022

Resumo: Este trabalho tem por objetivo apresentar um breve estudo relacionado ao acesso à saúde no Brasil, quando analisado sob a perspectiva de um direito fundamental do qual o Estado não pode se eximir da responsabilidade de garantir aos seus cidadãos o acesso gratuito, ainda que em um patamar que lhe possibilite o mínimo de dignidade. Para tanto, far-se-á por meio de uma pesquisa bibliográfica, contemplada pela análise de normas que estabelecem diretrizes para o fornecimento dos serviços de saúde pública, bem como de opiniões doutrinárias referentes ao tema, e por fim de decisões judiciais de demandas de saúde judicializadas. Assim, serão apresentadas discussões a respeito dos direitos e garantias fundamentais e da saúde como direito fundamental, breves apontamentos sobre o SUS-Sistema Único de Saúde, e sobre potenciais limitadores ao acesso à saúde pública no Brasil. Em seguida, serão trazidos conceitos e discussões a respeito das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, além da contextualização das teorias com o direito e o acesso aos serviços de saúde pública no país. Por fim, serão apresentadas considerações a respeito da judicialização do acesso a serviços de saúde pública no Brasil, e como as teorias estudadas podem fundamentar as decisões dos julgadores e uma breve noção de decisões judiciais em que as teorias foram utilizadas no caso concreto.

Palavras-chave: direitos fundamentais; acesso à saúde; mínimo existencial; reserva do possível; judicialização da saúde.

The minimum existential and the possible reserve in the face of the judicialization of access to healthcare in Brazil

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade de Minas Gerais -FAMIG.

² Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (2007). Pós-graduação em Direito Público pelo EMAGIS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Civil, Administrativo e Trabalhista

³ Revisora. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário UNA -BH. Especialista em Língua Brasileira de Sinais -LIBRAS pela Universidade Cândido Mendes.

Abstract: This work aims to present a brief study related to access to health in Brazil, when analyzed from the perspective of a fundamental right from which the State cannot exempt itself from the responsibility of guaranteeing its citizens free access, even if at a level that affords him a modicum of dignity. For this, it will be done through a bibliographic research, contemplated by the analysis of norms that establish guidelines for the provision of public health services, as well as doctrinal opinions regarding the subject, and finally, judicial decisions of demands of judicialized health. Thus, discussions will be presented regarding fundamental rights and guarantees and health as a fundamental right, brief notes on the SUS-Sistema Único de Saúde, and on potential limitations to access to public health in Brazil. Then, concepts and discussions will be brought about the theories of the existential minimum and the reserve of the possible, in addition to the contextualization of theories with the right and access to public health services in the country. Finally, considerations will be presented regarding the judicialization of access to public health services in Brazil, and how the theories studied can support the decisions of judges and a brief notion of judicial decisions in which the theories were used in the concrete case.

Keywords: fundamental rights; access to health; existential minimum; reservation of the possible; health judicialization.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar e compreender posicionamentos teóricos a respeito da garantia ao acesso à saúde pública no Brasil, considerando a obrigatoriedade da oferta desse serviço por parte do Estado, e os fatores que tendem a mitigar a capacidade de atingir a plenitude no cumprimento das obrigações estatais, levando o usuário a recorrer ao Poder Judiciário na tentativa de fazer valer a direito previsto.

O dever de oferecer aos seus cidadãos o acesso à saúde pública decorre do texto constitucional vigente, que o classifica como direito/garantia fundamental. Nesse sentido, cumpre ao Estado o dever de ofertar o mínimo necessário para que se possa viver com dignidade, pois pode esse mínimo variar de indivíduo para indivíduo principalmente quando se tratar de acesso a serviços de saúde.

Lado outro, é sabido que o Estado brasileiro, ao assumir a responsabilidade na oferta de uma série de serviços públicos mínimos, por fatores diversos, nem sempre consegue alcançar a todos na medida em que necessitam, principalmente pela alegada falta de recursos financeiros, ou mesmo pela má administração destes.

Nesse sentido, apresenta-se, o conflito entre o princípio doutrinário que defende a prestação pelo Estado de um mínimo existencial e a teoria da qual se vale para atuar dentro de uma reserva daquilo que lhe é possível frente as limitações econômicas, culminando na judicialização do direito.

Apresenta-se como marco teórico deste estudo o Recurso Extraordinário 566471 do Estado do Rio grande do Norte, que deu entrada no Supremo Tribunal Federal (STF) em 08 de outubro de 2007 que pretendia modificar decisão que obrigava o referido ente federado a custear medicamento de alto custo, que reconhecida a repercussão geral com o tema “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, e ainda encontra-se em julgamento na Suprema Corte.

Diante disso, pretende-se analisar com base no ordenamento jurídico, nos ensinamentos doutrinários, bem como em julgados relacionados aos direitos fundamentais no que tange o acesso à saúde pública no Brasil para compreender a dinâmica do acesso à saúde diante das possibilidades financeiras dos entes federados e das necessidades individuais dos cidadãos que dependem dos serviços públicos como garantia de dignidade.

Metodologicamente o estudo desenvolveu-se por meio de uma pesquisa bibliográfica direcionada as normas positivadas que tratam do direito à saúde, doutrinas que versam sobre o tema, bem como decisões judiciais referentes a demandas desta natureza, com o objetivo de analisar o acesso ao serviço público de saúde como direito fundamental, que ao Estado cabe oferecê-lo de forma a garantir o mínimo necessário para a existência digna dos seus cidadãos, e se esse direito e ou obrigação pode sofrer limitações de ordem orçamentária, ou de outras espécies Além disso, busca-se compreender como esse tema pode ser tratado quando submetido ao à manifestação do Poder Judiciário.

Para desenvolver o trabalho, faz-se necessário em específico, compreender os conceitos e discussões a respeito direitos fundamentais, bem como da saúde como um direito fundamental, estudar brevemente a instituição do Serviço Público de Saúde e o SUS- Sistema Único de Saúde e das limitações à efetivação do direito à saúde, no Brasil. Além disso, compreender os conceitos de mínimo existencial e da

reserva do possível e suas implicações no acesso à saúde no Brasil, na visão de doutrinadores brasileiros, e também sobre a judicialização do direito à saúde como forma de garantia do acesso à dignidade.

Nesse sentido, pretende-se verificar se a saúde pode ser entendida como um direito fundamental, e por consequência está inserida em um conteúdo mínimo que o Estado deve oferecer aos seus cidadãos como garantia de dignidade, ou se essa obrigação estatal pode sofrer alguma limitação ainda que de natureza financeira, bem como verificar se há um norte orientador para que o judiciário possa se posicionar quando chamado a decidir sobre o tema.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição de 1988 é o marco do Estado Democrático de Direito brasileiro, e como tal assegura direitos e garantias fundamentais conquistados nos estados liberal e social.

Assim, a Carta Magna brasileira elenca uma série de direitos e garantias fundamentais, entre os quais o direito a saúde, é trazido de forma expressa no texto constitucional. Nesse sentido, pode-se compreender que o referido direito, dada a sua fundamentalidade, é obrigação inafastável do poder público, que não deve poupar esforços para colocá-lo ao alcance de cada indivíduo na medida da necessidade de cada um.

Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde (OMS), define que saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não se resume apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Para este órgão os Governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas e assegura que gozar do melhor estado de saúde torna possível o exercício de um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social, qual seja o exercício da dignidade. (OMS, 2016)

No texto constitucional brasileiro vigente o direito à saúde é assegurado no título II que trata dos Direitos e garantias fundamentais, e o apresenta de forma expressa no seu artigo 6 como um direito social. Já o artigo 23 da CF/88, dispõe da saúde e

assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL,1988).

Mais adiante o artigo 196 da Constituição Brasileira estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e que deve ser garantida por meio de 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 (BRASIL, 1988).

Assim, observa-se que o legislador constituinte inseriu o acesso à saúde como garantia constitucional obrigando ao Estado a oferecê-la a todos em condições de igualdade e em proporção que assegure o mínimo de dignidade, dada a sua natureza de direito fundamental.

Nesse sentido, cumpre acrescentar que Pinho (2015) ensina que direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, e ao Estado não basta tão somente reconhecê-los, pois além disso deve buscar concretizá-los e incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes.

Portanto, mais que trazer de forma expressa no texto legal, o Estado deve implementar serviços públicos que sejam capazes de alcançar a todos na medida da necessidade de cada indivíduo.

Para Mendes e Branco (2020) a Constituição de 1988 foi a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. Para esses autores a Constituição pátria não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação, como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que faz com que os direitos sociais sejam acolhidos como autênticos direitos fundamentais, e que, portanto, as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Assim, pode-se entender que o direito à saúde, previsto no artigo 6º caput da Constituição Brasileira de 1988, deve ser compreendido como direito fundamental, dada a sua imprescindibilidade para o exercício dos demais direitos e garantias individuais, portanto, cabe ao Estado implementar políticas que tornem efetivo o direito ao gozo de uma existência salutar.

2.1 O direito à saúde no Brasil como garantia constitucional

Conforme já apresentado, o direito fundamental de proteção à saúde encontra-se normatizado na Constituição de 1988 que em seu artigo 6º estabelece entre outros direitos, a saúde como direito social, e por consequência o reconhecimento do caráter fundamental desse direito, conforme defende parte da doutrina estudada. Além disso, a Carta Magna traz ainda disposições mais específicas nos artigos 196 a 200.

O direito de proteção à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal é um direito de todos e dever do Estado, e que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, orientado pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Ao definir que a oferta de serviços públicos de saúde deve ser orientada pelo princípio o acesso universal e igualitário, o legislador estabeleceu esses serviços devem atender a todos que deles necessitem e que não poderá haver distinções entre pessoas ou categorias sociais (AGRA, 2018).

Davies (2013) entende a universalidade deve ser entendida como o acesso amplo, que atinja todo e qualquer cidadão sem a necessidade de qualquer pré-requisito.

Nesse sentido, pode-se compreender que ao determinar a universalidade e igualitariedade na prestação de serviços de saúde, o legislador estabeleceu que esses serviços devem estar ao alcance de todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política.

Marmelstein (2019) considera que em uma primeira dimensão, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista e que o papel do Estado é proteger a vida

do indivíduo contra as adversidades como as epidemias, por exemplo ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos.

Numa segunda dimensão, a saúde passa a ter uma conotação social de modo que incumbe ao Estado, “na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes”. (MARMELSTEIN, 2019. p. 56).

Como uma terceira conotação o autor aponta que a saúde alcança alto teor de humanismo e solidariedade, onde Estados mais ricos devem ajudar os mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população. E por fim admite ainda a possibilidade de dimensionar a saúde na sua quarta dimensão, que seria a democracia, quando se exige a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 nos termos art. 198, inciso III (MARMELSTEIN, 2019).

Assim, pode-se compreender que o direito à saúde pode ser analisado a partir de quatro dimensões, quais sejam, a obrigatoriedade da oferta por parte o Estado, a disponibilidade em condições igualitárias, o teor de humanismo e solidariedade que podem ser proporcionadas com a oferta e por fim a responsabilidade compartilhada entre os entes federados.

Alinhadas essas dimensões, possibilitar-se ia o acesso a serviços de saúde em condições minimamente esperadas pelos cidadãos que dependem dos serviços públicos como possibilidade de acesso aos direitos e garantias fundamentais.

Do exposto, reforça-se o entendimento de que o acesso à saúde é um direito constitucional, com status de garantia fundamental, com previsão nos artigos 6º, 23º e dos 196º a 200º da Carta Constitucional Brasileira, e que o acesso às ações e aos serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação, é direito universal e igualitário de todos, e dever do estado que deve promovê-lo através de ações efetivas com vistas a atingir a coletividade que dele necessita.

2.2 O serviço público de saúde e o SUS: Sistema Único de Saúde

Compreendida a fundamentalidade do direito à saúde, bem como a obrigatoriedade da sua prestação de forma universal e igualitária como serviço público e na medida da necessidade de cada indivíduo, bem como a solidariedade entre os entes federados na implementação e fornecimento dos serviços de saúde pública, tornou-se necessário a organização de uma estrutura que pudesse estabelecer parâmetros mais específicos de como seria estruturada gestão da saúde no Brasil.

Nesse sentido, Constituição Federal de 1988, estabeleceu um modelo de organização e procedimento para a prestação dos serviços saúde, que consiste em ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Nesses termos, foi instituído o Sistema Único de Saúde popularmente conhecido como SUS.

Davies (2013) salienta que o constituinte se preocupou em instituir um Sistema que é único para o atendimento da saúde pública e que instituição deste Sistema Único tornou imprescindível ante a universalidade e a integralidade proposta pela Constituição Federal.

Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi regulamentado pela Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde e sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990).

Além disso, a lei 8.080/90 instituiu princípios, diretrizes e objetivos do sistema, definiu as atribuições, organização e formas de direção e gestão e atribuiu competências e atribuições aos entes, entre outros regramentos específicos, tais como, saúde indígena, internação, serviço de parto entre outros.

Assim, o sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Público executa as ações e os serviços públicos de saúde, sendo organizado de acordo com as diretrizes estabelecidas por lei (ALEXANDRINO, 2011).

Entretanto, embora conste como regra Constitucional, regulamentada por norma infraconstitucional específica, a realidade parece distanciar-se do ordenamento jurídico, já que o exercício do direito ao acesso à saúde não raramente enfrenta obstáculos que dificultam o seu exercício, como se pretende analisar adiante.

2.3 Limites à efetivação do direito à saúde

Observa-se que, o direito à saúde possui uma base constitucional principiológica, entre os quais destacam-se a universalidade e a integralidade, e que além das disposições constitucionais a forma de prestação do serviço já foi regulamentada por legislação específica. Portanto, em tese basta ao administrador público executar o que foi previamente normatizado.

Entretanto, não é o que se observa quando na prática com uma série de obrigações prestacionais do Estado, entre os quais se inclui o acesso aos serviços de saúde pública.

Davies (2013) pontua que para a realização desta integralidade e universalidade há obstáculos limitadores que dificultam a realização ideal da integralidade no sistema de saúde pública brasileira, que pode advir da escassez de recursos que vai desaguar na chamada reserva do possível “conjugada com a concessão judicial excessiva e a própria universalidade do Sistema Único de Saúde que acaba resultando como um limitador por si só” (DAVIES, 2013, p. 8).

Dessa narrativa, permite-se compreender que o acesso aos serviços de saúde pode encontrar obstáculos das mais diversas naturezas, sendo um deles a alegada falta de recursos públicos, e isso pode levar o pretense usuário a pleitear que o estado seja compelido a garantir seu direito.

Nesse sentido, Sarlet, Marioni e Mitidiero (2018) argumentam que o acesso à saúde, como um direito subjetivo, público, e exigível do Estado, é passível de judicialização

uma vez que há limitações e obstáculos para sua implementação, que ainda é cercada por controvérsias, por lidar com temas delicados como o direito à vida digna, a garantia de um mínimo existencial, previsão orçamentária, fundamentalidade do direito à saúde em face da reserva do possível e tripartição funcional de poderes e a discricionariedade administrativa.

Diante disso, observa-se que ainda, que disciplinado no ordenamento jurídico, o acesso aos serviços públicos de forma universal e igualitária, não é uma realidade na sociedade brasileira, e por vezes justifica-se o não cumprimento das normas pela falta de recursos.

Assim, apresenta-se a dicotomia entre a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial na efetivação do direito à saúde, que serão apresentados no próximo capítulo.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Embora disciplinado na Constituição Federal de 1988 e possuir *status* de garantia fundamental, o acesso aos serviços de saúde pública no Brasil não alcança toda a sociedade por uma séria de situações dificultam ou impedem o exercício desse direito, restando ao interessado a tentativa de acesso por via judicial. Ainda assim, não há garantia de que seu direito será resguardado, haja vista as limitações enfrentadas pelo próprio ente, que coloca em condição antagônica os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Dessa forma, passa-se à abordagem dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível e as suas interferências no acesso à saúde pública e o posicionamento do Judiciário nas demandas correlatas que lhe são submetidas.

3.1 O Mínimo Existencial

A todo cidadão deve ser garantido acesso a direitos básicos que lhe permitam condições dignas de vivência, cabendo ao Estado o dever de garantir que esses direitos sejam respeitados. A esse conjunto de direitos a doutrina e jurisprudência brasileiras denomina como mínimo existencial.

Torres (1989) afirma que, embora não tenha dicção constitucional própria, existe um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser

objeto de intervenção do Estado, e este direito exige prestações estatais positivas. Nas palavras do autor, trata-se do mínimo existencial que abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

Ensina Sarlet e Zockun (2015) que a noção de um direito fundamental garantidor de condição de vida com dignidade teve início na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, diante do entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana não exigia somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada, o que teria dado origem ao direito fundamental da garantia das condições mínimas para uma existência digna, ou seja, um mínimo existencial.

Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana está atrelada a garantia de direitos que devem ser positivados pelo Estado por meio de recursos e serviços que permitam condições mínimas de uma existência digna, assim, o mínimo existencial está atrelado ao exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Para Barcellos (2008) o conceito de mínimo existencial é construído historicamente de acordo com as mudanças sociais, que podem ser financeiras e econômicas quanto culturais, e está ligado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se compreender que ao garantir o acesso mínimo existencial, garante-se por conseguinte o exercício de direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) traz em seu item 25 que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente que permita bem-estar ao indivíduo e sua família, tais como alimentação vestuário, assistência médica e outros direitos sociais. Observa-se que o dispositivo legal reforça ser um direito inerente ao homem o atendimento as suas necessidades básicas, permitindo uma vida digna, que se efetiva pela garantia de direitos básicos.

A recepção da figura de um mínimo existencial no Brasil pode ser considerada relativamente recente, embora o objetivo de uma existência digna já tenha sido no plano do direito constitucional positivo, é o que afirma Sarlet e Zockun (2015). Para

os autores, o conteúdo do mínimo existencial é limitado por condições de espaço e tempo, e, demanda diálogo com o padrão socioeconômico vigente, ao passo que de qualquer modo, a garantia efetiva de uma existência digna abrange, mais do que a garantia da sobrevivência física, refletindo além do limite da pobreza absoluta, ou seja, aquilo que alguns designam como mínimo existencial fisiológico, mas alcançando também a garantia de um mínimo de integração social.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 3º inciso III como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL,1988). Neste contexto, a Norma Constitucional estabelece que o Estado deve promover ações que atendam ao objetivo proposto o que pressupõe a adoção de medidas que garantam as condições mínimas de subsistência humana, visando um tratamento equânime a todos os cidadãos de modo que tenham acesso igualitário a recursos e serviços fundamentais.

Ricardo Lobo Torres (2008) ensina que o mínimo existencial é direito fundamental de dupla face pois, compreende direitos fundamentais originários e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão mínima e irredutível.

Pode-se avaliar que direitos fundamentais originários são aqueles diretamente fundados na Constituição, sem a necessidade posterior regulamentação específica pelo legislador infraconstitucional. Já os direitos fundamentais sociais em sentido formal todos aqueles previstos no capítulo II do título II, expressamente chamados “Direitos Sociais”, e pertencentes ao catálogo dos “Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal de 1988.

Em relação a recepção do mínimo existencial no âmbito da jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 45 (STF, 2004), reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, que compreende o conjunto de garantias materiais para uma vida digna, relacionado ao que o Estado não pode subtrair ao indivíduo; e prestacional quando reflete as prestações de natureza material que devem ser asseguradas pelo Estado (STF, 2004).

Contudo, nem sempre o Estado dispõe de recursos para atender a todas as demandas da sociedade, com isso, devem ser formuladas políticas públicas voltadas a implementação dos direitos considerados essenciais para uma vida digna, direcionando os recursos prioritariamente para atender ao mínimo existencial.

Neste contexto, surge o instituto da Reserva do Possível, por muitos considerada limitadora da efetivação dos direitos prestacionais por parte do Estado, conforme se pretende analisar, uma vez que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos implica, inevitavelmente em escolhas alocativas.

3.1.1 Direito fundamental à saúde e sua ligação com o Mínimo Existencial

A Constituição cidadã, pioneira ao acentuar o direito fundamental de proteção à saúde, que se encontra assegurado na norma do artigo 196 de forma ampla, assim dispôs:

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 (BRASIL, 1988).

Por essa previsão, o Estado assume o dever de resguardar o direito mediante políticas públicas que tenham como objetivo reduzir o risco de doenças e outros agravos e promover o acesso igualitário às ações e serviços de recuperação e proteção. Nesse sentido, Kildare Gonçalves de Carvalho esclarece:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outros. (CARVALHO, 2009, p. 1459)

O Direito a saúde tem *status positivus*, o que significa que o Estado deve agir, e permite que o administrado exija a efetivação da prestação estatal, oferecendo inclusive instrumentos para que o faça. Isso só é possível, porque os direitos sociais

de uma forma geral, envolvem a melhoria de vida mediante a execução de políticas governamentais (CARVALHO, 2009).

Com isso, as políticas públicas devem garantir efetividade aos direitos constitucionais considerados fundamentais, especialmente o direito à saúde, uma vez que estão interligados com a dignidade da pessoa, devendo o Estado realizar a prestar os serviços necessários para essa efetivação.

Nesse sentido, assim dispõe Sarlet sobre o mínimo existencial:

Mínimo existencial é certamente a assistência aos necessitados que integra as obrigações de um Estado [...] Isto inclui, necessariamente, assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e/ou mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentado seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (SARLET, 2007, p. 101).

Observa-se que a existência digna está intimamente ligada a prestação de recursos que permitam ao indivíduo suprir suas necessidades básicas, tais como educação, previdência social e o direito à saúde, devendo o estado promover condições favoráveis por meio de políticas públicas sociais e assegurando um salário-mínimo que atenda as essas necessidades.

O mínimo existencial é garantia implícita interligada aos direitos fundamentais, e não desobriga o administrador público de cumprir o direito em sua plenitude. É violado quando deixam de ser observados os demais direitos e princípios, ao que tange o direito à saúde, quando não há prestação universal, igualitária e integral, maculando o direito a vida e a dignidade humana.

3.2 Da Reserva do Possível

A prestação estatal está atrelada à disponibilidade de recursos financeiros, de modo que os gastos públicos devem obedecer aos limites legais, com isso, a efetivação de

alguns direitos sociais pode ser limitada quando não houver recursos públicos disponíveis.

Nesta linha, Agra (2018) aponta não haver questionamentos de que todos os direitos fundamentais possuem um valor material, e também não se questiona que alguns direitos sociais apresentam um custo elevado, mesmo com a consciência de que sua efetivação se configura como requisito insuprível para o estabelecimento de um Estado Social que começou a ser efetivado na Europa a partir dos anos 30, mas que no Brasil não consegue se realizar em todas as suas dimensões, surgindo assim a Teoria da Reserva do Possível.

Sobre o surgimento da teoria, Sarlet (2007) assinala que sua construção teórica tem origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970 e que de acordo com a noção de “reserva do possível”, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado.

Neste sentido, alguns direitos sociais dependeriam da disponibilidade de recursos financeiros, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos e que esses gastos estão condicionados à arrecadação estatal.

Segundo Sarlet (2015) a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, sendo elas a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, primordialmente dos sociais; a indisponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras e, por fim, o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesse diapasão, também de sua razoabilidade, no que evita a prática de excessos ou da realização de coisas impossíveis.

Assim, compreende-se que a reserva do possível de fato traz fundamentos que podem nortear tanto o administrador público quanto ao judiciário quando estes tiverem que definir no caso concreto.

Sarlet (2015) esclarece que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais pode levar ao entendimento que tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Acrescenta ainda que é preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo, e que especialmente em períodos de recessão financeira, não há como negar que a função do Estado de assegurar direitos sociais poderá estar limitada por restrições de cunho orçamentário.

Para Sarmento (2016) a reserva do possível pode ser desdobrada em três componentes; o fático, que diz respeito à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito almejado; o jurídico, que se liga à existência de autorização legal especialmente na lei orçamentária para a realização da despesa exigida para efetivação do direito; e a razoabilidade da prestação, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado.

Assim, compreende-se que a reserva do possível orienta que deve existir os recursos necessários, balizados pela lei orçamentária e que dentro de um juízo de razoabilidade o serviço seja fornecido sem comprometer as outras obrigações estatais

Ao tratar da realidade brasileira, Falsarella (2012) adverte que aqui, a noção de reserva do possível não reflete completamente o seu sentido inicial uma vez que abandonou-se o critério da razoabilidade da pretensão para a qual foi concebida, condicionando-a tão somente a disponibilidade ou não de recursos, considerando assim apenas a reserva do financeiramente possível.

Diante do exposto observou-se que o instituto da reserva do possível apresenta-se como uma opção para o administrador público justificar a ineficiência da oferta de serviços de obrigatoriedade estatal.

A partir das concepções estudadas, pode-se perceber que não é pacífica a ideia de que o Estado deve atender em sua plenitude os direitos deferidos aos seus cidadãos. Assim sendo, pode-se questionar se essa limitação pode ser invocada quando o

direito em questão tratar-se do exercício de um direito considerado mínimo para uma existência digna como por muitos considerado o acesso aos serviços de saúde pública no Brasil.

4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL FACE A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

Diante da abordagem teórica até aqui apresentada, pode-se considerar que o acesso a serviços de saúde pública é um direito fundamental, e portanto compõe um patamar mínimo de garantias essenciais para que um indivíduo possa viver com dignidade, assim como propõe o texto constitucional.

Por outro lado, o Estado, principal responsável pela garantia desses direitos, nem sempre os oferece na proporção da demanda da população que deles necessitam, por vezes justificando a oferta insuficiente na falta de recursos financeiros. Assim, passa-se a questionar se a teoria da reserva do possível pode se apresentar como um limitador do acesso ao mínimo existencial que deve ser garantido os cidadãos brasileiros quando se fala em acesso a serviços de saúde. E quando o direito à saúde colide com a falta de recurso público que garanta o acesso ao serviço não raramente resta ao judiciário definir qual valor prevalecerá no caso concreto.

Ao escrever sobre o tema da judicialização da saúde no Brasil o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS (2021), argumenta que o direito à saúde não é absoluto pois assim como a maioria dos outros direitos fundamentais, ele é um princípio, e estes são normas jurídicas que criam a obrigação de que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, em algumas circunstâncias um direito pode não se realizar, ou se realizar apenas de forma limitada, se a situação fática não permitir como, por exemplo, se os recursos são escassos ou se ele entrar em conflito com algum outro direito.

Contudo, a incapacidade financeira de determinado ente federado, seja por falta do recurso ou pela insuficiência deste, não deve ser suficiente para determinar o destino de quem necessita da prestação estatal na área da saúde. Assim, resta ao indivíduo buscar a intervenção do Poder Judiciário na tentativa de fazer valer seu direito e saúde.

Para Barroso (2020) a efetivação do direito à saúde tem se mostrado uma questão tormentosa, pois apesar da norma constitucional apresentar-se mais como um chamamento ao legislador, juízes e tribunais admitiram uma ampla judicialização da matéria, com demandas que envolvem pedidos de medicamentos, tratamentos, internações e exames e acrescenta que os limites legítimos de atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde envolvem complexidades éticas e jurídicas de difícil equacionamento e solução.

Nesse sentido, pode-se compreender que a efetivação do direito ainda depende de modernização das normas correlatas, visto que o processo de judicialização por si só não preenche as lacunas deixadas pelo ordenamento jurídico.

Mendes e Branco (2020) argumentam que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, cabendo a este órgão verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. Os autores acrescentam que diversas são as hipóteses de conflito entre o cidadão e o Estado que levam à chamada judicialização do direito à saúde e que constatada a existência de políticas públicas que concretizam o direito à saúde, cabe ao Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação.

Os autores explicam que nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ineficácia ou omissão administrativa do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda e portanto, está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.

Assim, entende-se que é legítimo recorrer à judicialização para ter garantido o acesso às prestações de saúde, pois uma vez que trata-se de um direito fundamental, por vezes a única esperança de vida do cidadão, não parece razoável restringi-lo com base apenas na alegação de que o poder público não possui recursos suficientes.

Marmelstein (2019) considera que a reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos

econômicos, sociais e culturais uma vez que sem dinheiro não há como realizar diversos direitos. E cita como exemplo, a hipótese de uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Uma ordem desse tipo ou seria totalmente ineficaz, por absoluta falta de recursos, ou acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de comprovar que existe dinheiro de sobra para a construção do hospital.

Nesse sentido, é possível admitir que nem toda demanda que o Estado não oferecer solução imediata, ainda que passível de ser judicializada, será deferida ou implementada pelo ente federado. Uma demanda de alto custo pode figurar-se impraticável, quando a capacidade financeira do ente, principalmente quando trata-se de municípios, é muito distinta. Enquanto alguns possuem arrecadações em grande vulto dado o seu desenvolvimento econômico, outros sobrevivem apenas de repasses obrigatórios, limitando assim a capacidade de disponibilizar demandas que por vezes pode superar o orçamento destinado a toda máquina administrativa daquela localidade.

Para o CONASEMS (2021), o conceito de mínimo existencial não ajuda a resolver os dilemas distributivos na saúde, primeiro, pela abrangência desse conceito. Na visão do Conselho, qualquer serviço de saúde que possa aumentar qualidade e expectativa de vida pode ser entendido como necessário para uma existência digna, o que na prática cria deveres máximos para o sistema de saúde.

Nesse sentido, pode-se entender que a abrangência do que é considerado mínimo para uma existência digna pode criar obrigações de toda e qualquer natureza para o Estado na prestação de serviços de saúde pública.

Diante disso, observa-se que condicionar a oferta de serviços de saúde pública em sua totalidade com base no conceito de mínimo existencial, seria o mesmo que considerá-lo um direito absoluto.

Em outra análise, é possível admitir que por não possuir uma conceituação concreta da abrangência do mínimo existencial, permite-se que no caso concreto as demandas sejam julgadas com base em fundamentos diversos, que podem variar conforme convicções pessoais do julgador, e portanto validar tratamento diverso a situações da mesma natureza.

Nesse sentido, o CONASEMS (2021) por ser vaga a definição do que contempla um mínimo existencial, uma decisão política em casos concretos é inevitável e acrescenta que ainda que se chegue a uma definição do que seja o mínimo existencial, nada garante que haverá recursos suficientes para realizá-lo para todos os pacientes, pois protegê-los para alguns pacientes, pode limitar a sua proteção para outros.

Portanto, verifica-se que a falta de definição do que venha a ser entendido como um mínimo existencial, representa um elemento dificultador, quando pretende-se justificar a obrigatoriedade da prestação de serviços públicos de saúde com base na argumentação de os serviços dessa natureza são consagrados na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, e que por isso devem ser fornecidos em proporção que possibilite uma existência digna aos seus cidadãos.

Assim, ao entender que a Constituição consagra o direito a saúde, porém o faz de modo genérico, abre-se a possibilidade para que o administrador público e até mesmo o judiciário decida com base em convicções pessoais ao passo que o que é essencial tende a variar de um indivíduo para o outro, como por exemplo o orçamento mensal destinado a todo serviço de atenção básica de uma determinada comunidade pode não ser suficiente para custear o fornecimento de um medicamento de alto custo que pode representar um o direito a vida de um indivíduo acometido com uma enfermidade rara.

Nessa linha, é possível encontrar argumento na doutrina de que uma vez que os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados conforme os limites do mínimo existencial, bem como deve ser observado que os recursos necessários à sua efetivação não são infinitos, constata-se que a questão de maior controvérsia a envolver a exigibilidade dos direitos sociais é o aspecto econômico de suas

prestações e está ligada à reserva do possível (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Assim, pode-se entender que o Estado não está obrigado a conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição pois se assim o fizesse violaria o princípio constitucional da igualdade. Nesse ponto, a reserva do possível deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.

Para exemplificar uma situação dessa natureza, pode-se pensar em um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário (SARMENTO, 2016).

Observa-se que o tema é complexo ainda não foi pacificado, e demandas desta natureza continuam a buscar solução junto ao poder judiciário, que por sua vez não dispõe de uma definição regulamentar para determinar o resultado que represente justiça de fato.

Ao considerar que a efetivação do direito à saúde pode sofrer limitações principalmente de ordem econômica, admite-se a teoria da reserva do possível como suporte para justificar a impossibilidade do fornecimento do serviço de saúde pública.

Partindo para situações de fato que envolvem a busca pelo judiciário para resolver demandas de prestação de saúde pública, visita-se o julgado de 25 de março 2018, onde a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao concluir o julgamento do recurso especial de nº 1657156 RJ 2017/0025629-7, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fixou requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Os critérios estabelecidos só seriam exigidos nos processos judiciais que fossem distribuídos a partir desta decisão.

Ficou estabelecido que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos; comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste ao paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (STJ, 2018).

Por outro lado, o julgamento do RE 566471 RG/RN de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em 15 de novembro de 2007, a repercussão geral do tema “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo” (STF, 2007).

O referido processo ainda está em julgamento no Tribunal, após pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes.

Diante do voto do Ministro Marco Aurélio, que fixava a tese do 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, entendeu o julgador que a prestação depende da comprovação da imprescindibilidade, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária (STF, 2007).

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese de que na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, 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, e que atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo – efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (STF, 2007).

E por fim do voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a tese de que 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: a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; entre outras considerações (STF, 2007).

Pelo teor das teses apresentadas, é possível constatar que há uma tendência em reconhecer a obrigatoriedade do ente em arcar com as demandas dessa natureza. Para tanto, será necessário preencher requisitos que até o momento não estão definidos.

Para além das indefinições observadas, as demandas por acesso a serviços e ou medicamentos continuam a serem submetidas a julgo do poder judiciário como se ver a seguir no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) de 07 de julho de 2021 de relatoria de desembargadora Maria Lourdes de Abreu, como se ver a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. FORNECIMENTO. MEDICAMENTO. NÃO PADRONIZADO. TEMA 106/STJ. REQUISITOS. PREENCHIDOS. SUS. TRATAMENTO. EFICÁCIA. INCAPACIDADE FINANCEIRA. REGISTRO ANVISA. COMPROVADAS. 1. É dever do Estado fornecer medicamentos, ainda que não padronizados, desde que se mostrem indispensáveis ao tratamento do paciente que não possui condições de adquiri-los, e cuja pretensão encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Distrito Federal. 2. O julgamento, em sede de recurso repetitivo no REsp nº 1.657.156/RJ (Tema 106), estabeleceu, para concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, 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. 3. Comprovada a eficácia do tratamento com o fármaco indicado, a incapacidade financeira para a aquisição e, ainda, o registro do medicamento na Anvisa, torna-se devida a condenação do ente público ao fornecimento obrigatório do medicamento indicado. 4. O impacto orçamentário não poderá se sobrepor ao princípio de preservação da vida, pois o Estado tem o dever de concretizar os direitos e princípios postulados na Constituição Federal com o fim de garantir a pessoa humana uma vida digna. 5. Recurso conhecido e desprovido (Acórdão 1354059, 07015014420218070000, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, (3ª Turma Cível) Relator: Maria de Lourdes Abreu, data de julgamento: 7/7/2021, publicado no **Diário do Judiciário Eletrônico**: 21 jul. 2021. DISTRITO FEDERAL, 2021).

Do exposto acima, é possível constatar que embora o julgador não tenha feito referência direta ao mínimo existencial, é possível perceber a que no contexto da decisão fica clara a noção de que o impacto orçamentária não deve sobrepor ao princípio de preservação da vida, o que sugere que no caso em análise a noção de acesso ao mínimo existencial não pode ser relativizada frente a teoria da reserva do possível, pelo menos quando se trata do acesso a tratamento de saúde que corresponde ao direito fundamental de preservação da vida.

Lado outro, a teoria da reserva do possível também é utilizada como fundamentação de decisões judiciais quando se trata de acesso a prestação estatal relacionada ao acesso à saúde, como se ver na publicação a seguir no julgado 03 de março de 2016 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que assim entendeu:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SAÚDE - DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO - CLÁUSULA DE **RESERVA POSSÍVEL**- INAPLICAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO. - Comprovada a imprescindibilidade de determinado suplemento alimentar, constitui-se em dever - e, portanto, responsabilidade - do Estado in abstracto, o seu custeio na forma prescrita (CF, art. 23, II), considerando-se a importância da proteção à vida e à saúde (art. 196, CF). - Não se aplica a Cláusula da Reserva do Possível quando não comprovada a incapacidade econômico-financeira, afigurando-se, lado outro, razoável a pretensão de fornecimento de medicamento a pessoa carente, estando, assim, em harmonia com o devido processo legal substancial. (VV) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMNTO. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Estado obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento, tratamento requerido pela parte, em especial quando não padronizados pelo SUS. Recurso de apelação provido. (Apelação Cível 1.0637.14.009418-5/002 0094185-37.2014.8.13.0637 (1), Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, data de julgamento: 03/03/2016, publicado no DJE: 06/04/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada. MINAS GERAIS, 2016).

O julgado acima trata de decisão em recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o Município de Soledade de Minas a fornecer duas latas de Leite Nan Soy por semana, a paciente daquela localidade, mediante pagamento de multa em caso de descumprimento.

Entre outros argumentos, o município sustentou que o alimento poderia ser substituído por outro de menor custo e que a decisão recorrida desconsiderava o fato de que o ente federado deve observância ao Princípio da Igualdade no tratamento de seus cidadãos. Vencida a relatora, na decisão em análise ficou estabelecida a não obrigatoriedade da prestação almejada, tendo entre outros fundamentos, a teoria da reserva do possível.

Assim sendo, não parece forçoso constatar que ambas as teorias são utilizadas para fundamentar demandas judiciais relacionadas à prestação e ao acesso a serviços de saúde pública no Brasil.

5 CONCLUSÃO

A proposta de pesquisa consistiu na análise bibliográfica dos posicionamentos doutrinários bem como de decisões judiciais que versam sobre o acesso a um conteúdo mínimo de garantias constitucionais oferecidas pelo Estado e a teoria da reserva do possível quando se trata do acesso a serviços de saúde pública.

Para alcançar o objetivo proposto foi necessário conhecer outras variáveis relacionadas ao tema. Assim, foi necessário compreender o conceito de saúde, o qual a OMS considera como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não se resume apenas na ausência de doença ou de enfermidade, por isso ocupa a categoria de direitos fundamentais, o que o torna obrigatoriedade governamental.

Ao constatar a fundamentalidade do direito à saúde, verificou-se ainda que gozar de um bom estado de saúde é pressuposto básico para o exercício do fundamento mais caro do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e por isso deve ser reconhecido como direito fundamental.

Para isso, o direito ao acesso à saúde oferecida pelo Estado foi instituído na Constituição Federal que a trouxe como direito social em seu artigo 6º e estabelecidas outras vertentes nos artigos 196 a 200, que em suma revelam que o acesso às ações e aos serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde é direito universal e igualitário de todos, e dever do Estado, que deve promovê-lo através de ações efetivas com vistas a atingir a coletividade que dele necessita.

Diante disso, foi criado um órgão central no âmbito da União, qual seja, o Sistema Único de Saúde (SUS) que foi regulamentado pela Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde e sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de dar outras providências.

Posto isso, o Estado apresenta-se como responsável por garantir um conteúdo mínimo de serviços que possam garantir a cada indivíduo na medida da sua necessidade a condições salutaras de vida.

Nesse contexto, apresentam-se os questionamentos em torno da possibilidade da relativização da oferta de um conteúdo mínimo necessário para o acesso à saúde frente a reserva do financeiramente possível.

Observou-se que, à luz da doutrina, as duas teorias encontram defesa. Se por um lado compete ao Estado disponibilizar serviços mínimos, o ordenamento jurídico não define qual seria a extensão desse mínimo e, além disso, muitas das vezes as demandas pleiteadas representam altos custos, e a efetivação desta pode culminar em ausência de recurso para destinar a uma coletividade em detrimento de um caso isolado.

Diante disso, por não haver regra estabelecida e conseqüente ausência de hierarquia entre as teorias analisadas, tem restado ao judiciário a palavra final nas demandas

cada vez mais frequentes em que o Estado é chamado a cumprir o seu papel no que se refere a oferta de serviços de saúde, diante de um conjunto de prestações de saúde exigíveis por força e, em consequência da Constituição.

Da análise de decisões judiciais, observa-se que no caso concreto, tanto a teoria do mínimo existencial, quanto a teoria da reserva do possível são utilizadas como fundamentação dos julgados, ora para criar a obrigação para o ente estatal, ora para justificar a negativa do pleito do indivíduo.

Diante do exposto, conclui-se que a saúde é um direito fundamental, portanto, compõe um conteúdo mínimo que deve ser oferecido pelo Estado que, embora sua efetivação não esteja condicionada à reserva do possível e que o Poder Judiciário é competente para decidir pela obrigatoriedade da oferta de demandas relacionadas ao acesso à saúde no Brasil, as decisões ainda estão sujeitas a um juízo de ponderação meramente interpretativo, já que o ordenamento jurídico ainda não traz um mandamento específico relacionado ao tema, deixando o cidadão as vezes à mercê da própria sorte, quando não puder por meios próprios cuidar da sua saúde.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 7. ed. Rio de Janeiro: forense, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública, 2008. 133 p.
- BARROSO, Luís Roberto; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022
- BRASIL. Lei nº 8080, 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. Diário Oficial da União. Brasília, 20 set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45 DF- DISTRITO FEDERAL. Relator Min. Celso de Melo. Diário do Judiciário Eletrônico, 05 mai. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário RE 566471 RG/RN - RIO GRANDE DO NORTE. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Ementa SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Julgamento: 15/11/2007. Divulgado no Diário do Judiciário Eletrônico nº 217/2021, divulgado em 4/11/2021: Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6#>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1657156 / RJ (2017/0025629-7). STJ - REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: Diário do Judiciário Eletrônico 04 mai. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00150990920148190036&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 04 abr. 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE – CONASEMS. (Brasil) Daniel Wei Liang Wang. Judicialização da saúde nos municípios: como responder e prevenir v.1 Alocação de recursos e o direito à saúde – 2021. Disponível em <https://www.conasems.org.br/manuais-judicializacao-da-saude-nos-municipios-como-responder-e-prevenir/>. Acesso em: abr. 2022.

DAVIES, Ana Carolina Izidorio. Saúde pública e seus limites constitucionais. São Paulo: Verbantim. 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. (3ª Turma Cível). Acórdão 1354059, 07015014420218070000, Constitucional. Administrativo. Direito fundamental à saúde. Fornecimento. Medicamento. Não padronizado. Tema 106/STJ. Requisitos. Preenchidos. SUS. Tratamento. Eficácia. Incapacidade financeira. Registro ANVISA. Comprovadas. Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 7/7/2021, publicado no Diário do Judiciário Eletrônico: 21 jul. 2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: abr. 2022.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. 2012. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: abr. 2022.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. – 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (3ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0637.14.009418-5/002 0094185-37.2014.8.13.0637 (1), Apelação Cível- Reexame necessário- Ação civil Pública- Saúde- Direito constitucionalmente garantido- Cláusula da Reserva do Possível- Inaplicação- Sentença confirmada no reexame necessário..Relator: Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, data de julgamento: 03/03/2016, publicado no DJE: 06/04/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10637140094185002. Acesso em: 23 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/56144c98a4fd31edb5227151/5a207fd955d08cf17478f15a/375438e219c466a9e5a0c3a98d539a57/Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_Livreto_70_Anos.pdf. Acesso em: 23 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 19 nov. 2008. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

PINHO, Rodrigo Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Sinopses; 17)

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 90-125, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2015.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TORRES, Ricardo Lobos. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista De Direito Administrativo*, v. 177, p. 29–49, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, v. 2, p. 63-78, 2008.