



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde

Isabela Leitão Paes Pena

Rio de Janeiro

2011

ISABELA LEITÃO PAES PENA

Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde

Artigo Científico apresentado à
Escola de Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro, como exigência
para obtenção do Título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Prof. Mônica Areal
Prof. Kátia Silva

Rio de Janeiro

2011

MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Isabela Leitão Paes Pena

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

Resumo: o Direito à saúde vem sendo mitigado no Poder Judiciário em razão de dois princípios: a reserva do possível e o mínimo existencial. Por se tratar de direito prestacional, o direito à saúde requer a utilização de recursos públicos. Tais recursos por serem finitos, exigem escolhas alocativas por parte dos administradores públicos. A dinâmica do mínimo existencial irá balizar até que ponto pode-se mitigar o direito fundamental à saúde às limitações orçamentárias, haja vista sua classificação como direito subjetivo.

Palavras-chave: Constitucional, Saúde, Direitos Fundamentais, Reserva do possível, Mínimo Existencial.

Súmaro; Introdução. 1. Direito Fundamental à Saúde. 2. Reserva do Possível. 3. Mínimo Existencial. 4. Critérios de Aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a análise do direito fundamental à saúde sob o prisma da reserva do possível e do mínimo existencial. A saúde é direito fundamental e constitui dever do Estado, tem previsão constitucional nos artigos 6º e 196. Como tal, a saúde deve ser resguardada e tutelada pelo Poder Público, de forma a ser assegurada a todos de forma ostensiva.

O ordenamento jurídico sofreu uma releitura com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude do princípio da dignidade humana. O direito à

saúde revela-se como consectário deste, sua proteção é o meio de se assegurar o mínimo existencial, a garantia de uma vida digna.

Todavia, a proteção constitucional por si só não é capaz de assegurar a todos o direito à saúde haja vista o número crescente de demandas judiciais para prestação de assistência à saúde.

A teoria da reserva do possível vem sendo interpretada como limitação à efetivação do direito fundamental à saúde, em razão da escassez de recursos financeiros do Estado. Verifica-se a impossibilidade do Estado em prestar ostensivamente à população todos os tipos de medicamentos e tratamentos médicos disponíveis.

O trabalho versará sobre tal conflito de valores na sociedade. A finalidade é conceituar e localizar a tutela à saúde no Direito brasileiro, confrontando-na diretamente à reserva do possível. Também será estudado o mínimo existencial, seus limites e efeitos no ordenamento jurídico.

Para ampliar o debate, ao longo do texto serão trazidos julgados dos tribunais superiores brasileiros com o mais recente posicionamento sobre o tema.

O questionamento de pesquisa revelará o tratamento da legislação pátria para com a saúde. Será analisada também a forma pela qual os dispositivos constitucionais corroboram para a solução da problemática em torno do direito à saúde. Serão traçadas ainda as alternativas a serem tomadas para a garantia/eficácia deste direito fundamental social.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde, como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, possui extrema relevância para a sociedade, é pressuposto para a qualidade de vida e dignidade de qualquer pessoa.

A Constituição Federal estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. O direito à saúde constitui direito fundamental, previsto na Constituição Federal nos artigos 6º e 196. Como tal, impõe um dever ao Estado, uma prestação positiva, a garantia do atendimento às necessidades básicas do ser humano.

De acordo com Canotilho, cabe aos direitos fundamentais:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹

Classificam-se os direitos como fundamentais por representarem pressuposto para a vida de qualquer ser humano, atendendo ao fundamento da Constituição Federal: a dignidade humana.

Sustenta José Afonso da Silva que a expressão direitos fundamentais do homem seria a mais adequada ao instituto:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p.541.

fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.²

Conceituam-se os direitos fundamentais como direitos subjetivos, positivados ou não no texto constitucional, sendo aplicáveis às relações entre as pessoas e o Estado ou a sociedade.

No curso da evolução foram formadas gerações de direitos adstritas ao momento histórico correspondente.

Constituem direitos fundamentais de primeira geração os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, as liberdades públicas. Tal momento caracteriza-se pela revolta da população contra a opressão do monarca.

A segunda geração representa-se pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Em vez de se abster e exercer postura negativa frente à sociedade, o Estado deveria atuar positivamente nas relações socioeconômicas existentes entre os indivíduos, para garantir-lhes a igualdade, pautando-se sempre na busca da dignidade humana.

Por fim, são direitos de terceira geração a solidariedade ou a fraternidade, o direito a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, dentre outros.

Nesse sentido, a saúde insere-se como direito fundamental de segunda geração. O indivíduo possui direito a prestações positivas que podem ser exigidas do Estado.

A promoção da assistência à saúde é realizada pelo Estado através de ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada, estabelecida na Lei 8.080/90.

A solidariedade passiva dos entes públicos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios está prevista no artigo 198, caput e parágrafo único, da CRFB. Significa a possibilidade de o credor cobrar de qualquer um dos devedores, a responsabilidade dos

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

réus, não havendo que se falar em parcela de responsabilidade da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município no fornecimento gratuito de medicamentos ou de tratamento médico.

O Estado tem a obrigação de estabelecer as ações e serviços públicos de saúde, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais e sociais encontra-se proclamada no parágrafo 1º do artigo 5 da Constituição Federal, independendo assim de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária.

O problema surge quando se questiona como se dará tal aplicabilidade direta e imediata. É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Poder Público varia de acordo com as necessidades específicas de cada um. Assim, além dos valores comprometidos com os custos gerais do direito à saúde universalmente assegurado, haverá diferente soma necessária para garantir as individualidades de cada cidadão.

Embora os direitos sociais impliquem prestações positivas e negativas, ambas demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia. A dependência de recursos econômicos leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram os direitos sociais são programáticas, sendo necessária a formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.

As divergências quanto ao âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do mínimo existencial e reserva do possível.

Tendo em vista a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para a satisfação de todas as necessidades sociais, deve-se implementar políticas que assegurem escolhas com base em critérios de justiça distributiva. Isto significa justificar

o porquê da alocação de valores em uma determinada área social em detrimento de outra.

Todavia, em função do princípio da dignidade humana e do direito à vida, inúmeras demandas são propostas com objetivo de assegurar determinada prestação na área de saúde. Esta crescente procura pela apreciação judicial foi denominada de “judicialização da saúde”.

Este fenômeno recebe muitas críticas. A principal delas indica que a intromissão do Judiciário acarretará, num futuro próximo, a inoperância total do sistema público de saúde, considerando vultosos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde.

Contudo, o direito à saúde é uma prerrogativa constitucional indisponível. Aquele que procura a tutela estatal para receber medicamentos está sofrendo algum mal, que poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito. Assim, é impossível ao julgador se eximir de analisar as demandas que lhe chegam crescentemente, e de determinar no caso concreto as medidas coercitivas cabíveis contra o Estado.

2. RESERVA DO POSSÍVEL

A tese da reserva do possível assenta-se na ideia de que a obrigação impossível não pode ser exigida. O instituto tem origem na doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante.

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha

em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva, o aumento do número de vagas na universidade, subordina-se à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.

O instituto da reserva do possível no Brasil recebeu um cunho financeiro, significando que a efetividade dos direitos sociais à prestações materiais condiciona-se a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que os direitos fundamentais dependem de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Todos os direitos fundamentais podem implicar em custo ao Estado. Na atual conjuntura brasileira, não se pode negar a existência de limitações às prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, haja vista o endividamento público e a escassez de recursos.

Note-se que a reserva do possível vincula-se à escassez, bens escassos não podem ser usufruídos por todos, assim sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito à igualdade. Tal escassez resulta da escolha, se não há recursos suficientes cabe ao administrador decidir qual área irá investir em detrimento de outra.

Logo, numa análise preliminar, não se pode usar da reserva do possível para se opor à efetivação dos direitos fundamentais. Diante de direitos intimamente ligados à dignidade humana não se faz possível qualquer limitação em razão da escassez.

A ideia de limitação deve ser observada segundo as peculiaridades da realidade. Inegável que locais de interior, que sobrevivem basicamente de repasses do Estado e da

União, não podem servir de parâmetro para grandes metrópoles, com arrecadações recordes de tributos.

As possibilidades orçamentárias do Estado devem ser discutidas. Com efeito, as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais são caras e dependem da disponibilidade financeira e de capacidade jurídica.

Todavia, nesta ponderação de gastos e receitas impõem-se que a divisão seja realizada em ordem de importância. Assim, recursos para a saúde e a educação devem ser priorizados. Há administradores públicos que optam pelo suposto embelezamento da cidade e a publicidade de suas campanhas no lugar de adquirir de medicamentos vitais.

O princípio da moralidade administrativa implica na escolha de políticas públicas que atendam aos elevados interesses sociais e não apenas os interesses particulares daqueles que encontram-se no exercício da administração.

A reserva do possível guarda relação com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo.

De acordo com Ana Paula de Barcellos³: “A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”

Do ponto de vista jurídico, a reserva do possível implica a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas.

Ainda que, no caso concreto, a reserva do possível não prevaleça sobre o mínimo existencial, não se pode esquivar da observação ao princípio da reserva do orçamento. Os direitos econômicos e sociais dependem de concessão legislativa. Por

³ BARCELLOS. Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 234.

gerarem despesas para os entes federativos, cabe a cada esfera de governo dispor mediante lei sobre gastos públicos.

Cabe destacar a importante decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.⁴

O magistrado, por sua vez, não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão em matéria de saúde. A reserva do possível impõe observar a possibilidade de atendimento da ordem judicial sem colocar em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde. Tal análise afasta a produção de atos decisórios sem qualquer efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

De nada adianta ao Judiciário promover decisões que na prática jamais são cumpridas pelo Poder Executivo. Além de frustrarem à finalidade da atividade jurisdicional, ultrapassam os limites de sua competência uma vez que o magistrado estaria atuando como legislador positivo, ferindo o princípio da separação de poderes.

As alegações genéricas de falta de recursos não podem ser consideradas pelo magistrado. Deve-se buscar a comprovação da escassez e da impossibilidade do Poder Público em prestar determinada assistência à saúde, a fim de garantir maior eficácia e efetividade ao direito fundamental à saúde.

Atualmente, a jurisprudência vem se manifestando no sentido de afastar a mera alegação de reserva do possível quando em choque com a efetivação de direitos fundamentais. Exige-se do Estado a comprovação de ausência de recursos.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. n.1246. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ em 30 ago. 2002.

Na ADPF 45/DF o Ministro Celso de Mello esclareceu sobre tal posicionamento:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁵

Propõe Ana Paula de Barcellos⁶ um controle sobre políticas públicas. Estabelece-se como premissa a essencialidade das políticas públicas para garantir e a proteger direitos fundamentais, sendo estas onerosas, envolvendo gastos de recursos públicos, valores que são finitos.

Como não há recursos ilimitados é necessário priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Assim, o controle se daria em três aspectos: a fixação das metas e prioridades e do resultado final esperado das políticas públicas; a quantidade de recursos a serem investidos na promoção dos direitos fundamentais; e o atingimento ou não das metas fixadas inicialmente.

A partir desta segregação seria possível ao cidadão de forma individual ou coletiva e ao Ministério Público, uma maximização da fiscalização dos gastos públicos, podendo culminar com a responsabilização pessoal do agente público causador do dano a direito fundamental.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF. n.45. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ em 04 mai. 2004.

⁶ BARCELLOS. Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 250.

A aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais, bem como a ausência de supremacia do princípio orçamentário como óbice à efetivação dos direitos sociais.

Desta forma, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como obstáculo intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens.

A análise dos orçamentos públicos pelo Poder Judiciário exerce importante papel para exame das possibilidades estatais para o cumprimento das tarefas que lhe foram constitucionalmente destinadas. A correta utilização dos escassos recursos é medida que se exige com maior vigor.

4. MÍNIMO EXISTENCIAL

O conceito de mínimo existencial foi traçado pela doutrina Alemã, após a segunda guerra mundial. Engloba o princípio da dignidade da pessoa humana, consistente na integridade física e na vida digna.

Trata-se de princípio que acompanha a humanidade, na qual todo ser humano, desde o nascimento possui o direito a uma vida digna e íntegra, devendo ser por todos respeitado. Assim, utiliza-se a teoria do mínimo existencial como critério para a realização de algum ato prestacional não efetivado pelo Estado.

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. Não pode qualquer direito mínimo transformar-se em mínimo existencial. Tem que ser um direito à existência digna. Sem este, não há

possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade, ferindo-lhe o direito à vida.

Não há como quantificar o mínimo existencial de uma forma única e definitiva, varia conforme lugar; tempo; padrão socioeconômico vigente; esfera econômica e financeira; expectativas; e necessidades.

Cabe ressaltar que o mínimo existencial não se limita a garantir a simples sobrevivência física, pois, isso significaria uma vida sem alternativas, o que não promoveria a dignidade humana. Portanto, deve-se garantir uma existência digna, que garanta a fruição de todos os direitos fundamentais.

O mínimo existencial deve ser avaliado à luz das circunstâncias de cada caso, o que possibilita a inclusão da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça.

Os direitos fundamentais constituem garantias reconhecidas como núcleos essenciais aos direitos do homem e, necessitam de condições mínimas para uma sociedade alcançar seus ideais e valores, seus objetivos como estado fundamental de direito.

Para Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.⁷

O Estado não pode utilizar-se da teoria da reserva do possível quando uma prestação buscar condições mínimas de existência, muito menos se admite que por

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV. p. 32 e 33.

discricionariedade da administração pública sejam os recursos aplicados de forma ilegítima com intuito de inviabilizar os direitos sociais.

Nas palavras de José Afonso da Silva a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros Direitos Fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.⁸

O mínimo existencial também é objeto de análise por Ana Paula de Barcellos⁹, que o identifica como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

Deste modo, a questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta. Tal princípio deve ser conjugado com a ideia de otimização dos recursos, o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos fundamentais.

Não se pode negar que para realizar prestações na área de saúde o Estado dependa de reserva orçamentária. Todavia, garantir o direito à saúde da população não se resume apenas a fornecer remédios e tratamentos médicos. É possível identificar a carência de medidas protetivas à população, não se assegura educação, saneamento básico, alimentação adequada, o que no decorrer dos anos pode evoluir para uma doença.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 125.

Busca-se apenas que o Judiciário resolva de forma imediata e urgente carência de medicações e atendimentos médicos. Em nenhum momento vislumbra-se a proposição de medidas de planejamento, de erradicação do problema a longo prazo.

Valores que deveriam remunerar programas de melhoria da qualidade de vida da população, leis sobre a atuação estatal na defesa da saúde e da educação dos cidadãos, muitas vezes são utilizadas de forma irregular e para situação irrelevantes.

Caberia aos Poderes Legislativo e Executivo uma atuação mais pró-ativa, de forma a editar leis e elaborar políticas públicas para suprir tal carência na sociedade. Não é novidade que a demora legislativa e a omissão executiva tem um lado perverso.

O mínimo existencial é exigível do Estado, ocasionando para este a obrigação de entregar uma prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou outra contraprestação financeira. Violado o direito por ação ou omissão do Poder Público, nasce para o cidadão o controle através da via jurisdicional.

Assim, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário ganha destaque. A ideia não é atuar em nome dos demais poderes, a verdadeira finalidade é o atendimento das necessidades mais básicas da população. A Justiça não quer e nem pode se omitir. A demanda quando chega a análise do magistrado precisa de uma solução, mesmo que seja feita com base na analogia e em princípios fundamentais.

Como exemplo, pode-se citar decisão do Juiz da 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso do Rio de Janeiro que bloqueou recursos do Tesouro Municipal porque o Prefeito à época não havia procedido ao empenho das quantias previstas no orçamento para a construção de creches.¹⁰

A jurisprudência majoritária posiciona-se quanto à não subsunção a discricionariedade administrativa quando houver relevante questão de mínimo

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n. 2003.710.004869-8. Publicado no Diário Oficial em 12 ago. 2003.

existencial. Nesse sentido, o STJ já decidiu pelo bloqueio de verbas públicas para garantir um tratamento médico a um paciente, como forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

1. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar-se o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

2. Recurso especial provido¹¹

Por outro lado, deve-se atentar para não confundir o mínimo existencial com a pobreza. A garantia de se prover direitos mais elementares do cidadão não implica necessariamente na carência de recursos deste.

A definição de mínimo existencial está atrelada ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim não será em qualquer caso que proposta a demanda o Autor terá uma prestação concedida.

Cabe ao magistrado exercer um juízo crítico quanto à efetiva necessidade e utilidade da medida no caso concreto. Há uma tendência a se entender que o direito à vida é sempre preponderante.

Entretanto, deve-se discutir quanto à viabilidade da vida, quanto à efetiva utilidade da medida para determinada situação. Algumas vezes, a manutenção da vida não é possível ou, caso seja, revelam-se alguns efeitos colaterais. Assim, até que ponto caberia a utilização de recursos naturalmente escassos na preservação temporária e ineficaz de uma vida?

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 820.674. Publicado no Diário Oficial em 14 jun. 2006.

4. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Os conflitos quanto à abrangência da norma constitucional do direito à saúde decorrem principalmente da sua natureza prestacional e da necessidade de compatibilização do mínimo existencial e reserva do possível.

O direito à saúde não pode ser concebido como um poder a ser exercido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade.

Conforme exposto anteriormente, é crescente o número de demandas que buscam ações na área da saúde, seja para determinar a prestação de medicamentos ou para permitir um tratamento médico específico.

Ocorre que, em alguns casos, tais concessões se dão sem um critério rigoroso, sendo realizadas de formas irrestritas, comprometendo os gastos já escassos com a saúde do país.

Por ser tratado como direito subjetivo, há o absolutismo do direito à saúde, reflexo de longos anos submetidos à experiências totalitárias, em que o Estado atuava de forma soberanamente, ignorando direitos individuais.

Assim, migrou-se de uma situação em que o Poder Público não tinha nenhum dever prestacional, para uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado no artigo 196 da Constituição Federal, é um direito público subjetivo a ser exercido contra o Estado.

Para uma melhor aplicação do direito à saúde, faz-se necessária uma interpretação constitucional aprofundada. Tal direito foi caracterizado como fundamental social, inserido no capítulo da ordem social constitucional, cujo objetivo é

a promoção do bem-estar e da justiça social, conforme expresso no artigo 193 da Constituição Federal.

A finalidade da justiça social é a tutela do bem comum, prefere-se a proteção daquele bem pertencente à todos em detrimento do que tenha como titular apenas um particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo.

Os direitos fundamentais não podem se tornar pretensões egoístas, mas devem compor-se de justiça social, permitindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público.

Há alguns critérios, propostos por Ricardo Seibel de Freitas Lima¹², para que o julgador possa se nortear quando da análise de demandas envolvendo o direito à saúde.

O primeiro deles é a observância ao princípio da separação de poderes. Sob tal aspecto busca-se verificar a existência de legislação ou não sobre o tema daquele ente estatal específico, bem como as políticas públicas implementadas. O objetivo não é afastar demandas da apreciação do Poder Judiciário, mas apenas harmonizar os poderes, identificando aquele ente que não fornece qualquer prestação na área de saúde senão por interferência de decisões judiciais.

Cita-se como exemplo o fornecimento gratuito de medicamentos. Neste caso, há legislações específicas das três esferas da Federação dividindo-os em categorias, de forma a alcançar as diferentes necessidades da população.

A existência de políticas públicas demonstra o comprometimento do Poder Público com a efetividade do direito à saúde e vincula ao cumprimento das prestações a que se comprometeu, sendo mais fácil o controle por parte do Judiciário.

¹² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à Saúde e Critérios de Aplicação in Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 275.

Em segundo plano, cabe observar as limitações fáticas e jurídicas decorrentes da escassez dos recursos públicos. A simples alegação de restrição orçamentária não afasta o dever de cumprir o direito à saúde.

Ainda sob este segundo critério, cabe a análise da verdadeira necessidade de quem está pleiteando judicialmente. Apesar de a saúde ser um típico direito de justiça social, devido a todos, não é somente um dever do Poder Público. Havendo possibilidade de arcar pessoalmente com as prestações, o Estado deve ser desonerado, a fim de que possa aplicar melhor os seus escassos recursos e reduzir as desigualdades sociais. Isto reflete a solidariedade social, as diferentes camadas sociais do país colaboram em prol do todo.

O terceiro critério limita a prestação de medicamentos e tratamentos de eficácia comprovada. Tratamentos não comprovados, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou com determinação de marcas de medicamentos de custos mais elevados não se enquadram em um direito à saúde efetivado por políticas públicas sérias.

Deverão apenas ser considerados os mecanismos nacionais de tratamento para a enfermidade em questão, bem como a comprovada eficácia do medicamento pleiteado. Não basta requerer tratamento em fase experimental em outro país, nem medicamento com eficácia ainda não comprovada.

É certo que o avanço tecnológico e medicinal não acompanha a edição de leis e de procedimentos legais. Portanto, há casos em que caberá ao magistrado naquela ocasião verificar se tal tratamento já possui recomendações no país, a despeito de ausência de previsão legal.

Por fim, como quarto e último critério, estabelece-se a necessidade de padronização das decisões judiciais, de forma a garantir um mínimo de previsibilidade

aos administradores públicos e aos indivíduos das prestações que possam ou devam ser concedidas pelo Estado. Além de facilitar ao julgador reconhecer o direito de um demandante e imediatamente efetivá-lo, irá afastar situações secundárias que buscam apenas aventurar-se pelo Judiciário.

Assim, é importante a atualização constante das listas de medicamentos que são fornecidos gratuitamente pelos entes públicos e o rol de procedimentos cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O STF na Suspensão da Segurança no Agravo Regimental 175, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes¹³ parece utilizar de alguns critérios de aplicação para o deferimento de determinada prestação relativa à saúde. Naquele caso entendeu o Relator que em geral deve ser privilegiado o tratamento determinado pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente.

Quanto à reserva do possível, entende-se que deve ser relativizada quando em confronto com mínimo existencial. Por traduzir a garantia a uma vida digna, o mínimo existencial é preponderante, recursos orçamentários devem ser competentemente alocados por seus administradores.

Quando presente o mínimo existencial, haverá um direito subjetivo a prestações do Poder Público, que são plenamente exigíveis pela via jurisdicional, devendo prevalecer a vida e a dignidade da pessoa sobre obstáculos veiculados através da alegação de reserva do possível.

Nas demandas judiciais sobre direito à saúde, para que seja compatível com a reserva do possível, o mínimo existencial configura-se pela comprovação em cada caso da necessidade do que se está pedindo, da inexistência de tratamentos alternativos

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 175. Publicado no Diário Oficial em 30 abr.2010.

eficientes e da impossibilidade do demandante em prover com recursos próprios sua saúde pessoal. A gratuidade das prestações materiais na área da saúde não é assegurada a todas as pessoas, tampouco em qualquer situação.

Majoritariamente, a jurisprudência entende ser judicialmente exigível apenas o fornecimento de medicamentos aprovados em protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias de Saúde estaduais e municipais. Entretanto, caberá ao juiz na análise do caso concreto identificar que os meios colocados à disposição pelo Poder Público não são suficientes ou são ultrapassados.

Há casos também em que o Estado poderá vir a ser condenado a fornecer medicamentos e tratamentos diversos daqueles previstos nas listas do sistema de saúde, uma vez que estas não possuem respostas a todas as demandas existentes, podendo excluir prestações que se relacionam com o mínimo existencial.

O magistrado terá que realizar uma ponderação entre os direitos fundamentais em conflito no caso que lhe é apresentado. Sobre tal atividade, colacionam-se os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes:

Tratando-se de um método de ponderações de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que a priori não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora de cotejo axiológico – apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.¹⁴

De acordo com a teoria do desenvolvimento e da efetivação das normas constitucionais, as normas de caráter constitucional que disciplinam e reconhecem direitos fundamentais devem dar ensejo à prestação jurisdicional, independente da classificação que adotem, sejam de eficácia limitada ou contida. Assim, embora a norma não possua regulamentação legal, a tutela jurisdicional do direito fundamental protegido não pode ser negada ao demandante, em busca da máxima efetividade das normas constitucionais.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

O princípio da universalidade impõe ser dever do Estado garantir a saúde, abrangendo todas as pessoas, independente de classe social. O acesso à justiça, por sua vez, não faz discriminação econômica, e é garantido independentemente de o autor da ação estar representado por advogado particular ou vinculado ao Estado.

Entretanto, apesar de o Estado dever dar assistência farmacêutica a todos que necessitarem, o juiz, ao analisar uma petição visando ao fornecimento de medicamentos, tem de verificar se o autor da ação possui ou não recursos para adquirir o medicamento.

O Supremo Tribunal Federal¹⁵ entendeu que somente o paciente hipossuficiente tem direito ao acesso de medicamentos via Poder Judiciário.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 271286. Publicado no Diário Oficial em 24 nov. 2000.

Portanto, presentes as circunstâncias que justifiquem a defesa de direito fundamental sem acarretar a eliminação de outro direito fundamental contraposto, o controle judicial deve ser realizado como forma de suprir a omissão do Poder Público, considerada inconstitucional.

Não há que se falar na vedação imposta ao Poder Judiciário de atuar como legislador positivo ou impossibilidade de atacar a discricionariedade administrativa. Os julgadores detêm importante papel político na sociedade, cabe a eles a determinação da efetivação das regras constitucionais. O objetivo não é criar normas, mas apenas regulamentar e viabilizar as já existentes, estabelecidas na Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

A saúde é pressuposto para a qualidade de vida e dignidade de qualquer pessoa, sendo o direito à saúde um direito fundamental assegurado na Constituição Federal.

Entretanto, para sua efetivação faz-se necessária a alocação de verbas públicas, que na maioria das vezes não são suficientes a atender as necessidades mais básicas da população, culminando em escolhas difíceis.

Por mais recursos que se destine à saúde, dificilmente será possível atender a todas as necessidades da população, sempre haverá necessidade de ponderação. Para garantir que tais escolhas sejam realizadas de forma racional e justa, elencou-se ao longo do trabalho critérios para o deferimento ou não de tutelas jurisdicionais na área da saúde.

O reflexo da carência do Estado é a judicialização da saúde. Pessoas se vem obrigadas a buscar no Judiciário a manutenção de uma vida digna, seja através do fornecimento de medicamentos ou de tratamentos de saúde.

Se por um lado tal judicialização assegura ao demandante a possibilidade de apreciação de seu direito, por outro lado acaba por comprometer recursos públicos que poderiam ter como destinatários a sociedade.

De fato, os direitos fundamentais quando em conflito devem ser ponderados pelo magistrado. A questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta. Por mais que os recursos sejam escassos, deve-se comprovar sua aplicação e consequente escassez.

Além disso, deve-se atentar para o mínimo existencial. Quando presente, haverá um direito subjetivo a prestações do Poder Público, devendo prevalecer a vida e a dignidade da pessoa.

Por fim, demonstrou-se ao longo do trabalho que a jurisprudência tem sido favorável àqueles que postulam judicialmente o direito à saúde. No entanto, alguns critérios são utilizados como a comprovação da falta de recursos do demandante, a entrega de medicamentos de eficácia comprovada, a disponibilização de tratamentos médicos praticados no país.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 271286. Publicado no Diário Oficial em 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. n.1246. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ em 30 ago. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. n. 2003.710.004869-8. Publicado no Diário Oficial em 12 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF. n.45. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ em 04 mai. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 820.674. Publicado no Diário Oficial em 14 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 175. Publicado no Diário Oficial em 30 abr.2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à Saúde e Critérios de Aplicação in Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NETO, Claudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Coordenadores). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV.