

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Karina Zanin da Silva*
Jonathan Barros Vita**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Princípio da Dignidade Humana - Direito Fundamental; 3 Dos Direitos Sociais Segundo Constituição Federal de 1988; 4 Aplicabilidade das Políticas Públicas - Sistema Único de Saúde (SUS); 5 Princípio do Mínimo Existencial; 6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade; 7 Princípio da Reserva do Possível; 8 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: A presente pesquisa tratou especificamente dos princípios do acesso à saúde, princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, primando por uma interpretação sistêmica, elevando-se a discussão sobre a efetividade do direito à saúde enquanto prestação positiva prioritária que deve ser cumprida por parte do Estado, na condição de requisito indispensável para a consecução do objetivo constitucional da dignidade da pessoa humana, compondo-se, no seu todo, como um dos mais importantes ícones dos Direitos Fundamentais. Destacou-se, dado a falta de cumprimento do direito à saúde por parte do Estado brasileiro, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, obrigando-o a promover neste aspecto o atendimento integral à saúde. Foi apresentado, como contrapondo do Estado em suas defesas, reiteradamente apresenta em processos judiciais, o estudo sobre o princípio da reserva do possível. Foram demonstrados e analisados os parâmetros norteadores utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de dar a calibragem necessária no que diz respeito ao cumprimento do princípio da proteção à saúde em contrapartida à limitação dos recursos públicos para atender as necessidades sociais. Ficou demonstrada, na presente pesquisa, que o princípio da reserva do possível não pode se contrapor aos princípios e obrigações devidas ao Poder Público, dentre os quais, o dever de promover a efetividade da saúde. Em síntese, o objetivo do presente estudo foi direcionado às funções relevantes dos princípios constitucionais, em especial do acesso à saúde, e a sua aplicação jurídica, enquanto instrumento de viabilização do princípio da dignidade da pessoa humana, sistematizando diversos princípios de forma a compor um corpo coerente e capaz de disciplinar a própria aplicação do referido princípio e a tomada de decisões por parte do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas, Reserva do Possível.

* Mestranda pela Universidade de Marília – UNIMAR, SP; Docente do curso de Direito da Faculdade Paranaense – FACCAR, Rolândia, PR; Advogada; E-mail: karinazaninsilva@hotmail.com

** Doutor em Direito do Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP ; Docente do Mestrado em Segundo nível em Direito Tributário da Empresa na Universidade Comercial Luigi Bocconi; Coordenador do Mestrado e Docente do Mestrado e da Graduação da Universidade de Marília – UNIMAR, SP.

THE PRINCIPLE OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: Current research underlines specifically the principle for health access, a principle involving equality and the dignity of the human person. Discussion deals with the right to health as a positive priority that should be abided by the State as an indispensable requirement for the assurance of the constitutional aim on the dignity of the human person, actually one of the most important icons of fundamental rights. Due to the lack of abidance to the right to health by the Brazilian State, the need for the intervention of the Courts is underlined, putting the State under obligation to promote total attendance to health. In its defense in the courts the State has always brought forth the principle of the reservation of the possible. The guidelines employed by the Supreme Federal Court were analyzed to produce the necessary calibration with regard to the abidance of the principle of health protection countering the limitation of public resources to attend to social needs. Current research shows that the principle of the reservation of the possible cannot go against the principles and obligations of the government, among which may be mentioned the right to promote health. Current analysis is therefore to enhance the functions relevant to constitutional principles, especially, access to health, and its juridical application as an instrument of feasibility of the human dignity principle with the systematization of several principle to compose a coherent body which is capable of disciplining the application of the principle mentioned above and decision-taking by the Courts.

KEY WORDS: Fundamental Rights; Public Policies; Reservation of the Possible.

EL PRINCIPIO DE LA RESERVA DE LO POSIBLE Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

RESUMEN: Esa investigación ha tratado, específicamente, de los principios de acceso a la salud, principio de igualdad y de la dignidad de la persona humana, priorizando una interpretación sistémica, elevando la discusión sobre la eficacia del derecho a la salud como una prestación positiva prioritaria que debe ser cumplida por parte del Estado, como requisito indispensable para la consecución del objetivo constitucional de la dignidad de la persona humana, componiendo, en su totalidad, uno de los más importantes íconos de los derechos fundamentales. Se ha destacado, debido a la falta de cumplimiento del derecho a la salud por parte del Estado brasileño, la necesidad de intervención del Poder Judicial, obligándolo a promocionar en este aspecto el atendimento integral a la salud. Como contrapunteo del Estado en sus defensas, reiteradamente, se presenta en procesos judiciales, el estudio sobre el

principio de reserva de lo posible. Fueron demostrados y analizados los parámetros rectores utilizados por el Supremo Tribunal Federal, con la finalidad de calibrar el cumplimiento del principio de protección a la salud en contrapartida a la limitación de los recursos públicos para atender a las necesidades sociales. Fue demostrado, en esa investigación, que el principio de reserva de lo posible no puede ser contrapuesto a los principios y obligaciones debidas al Poder Público, de entre los cuales, el deber de promocionar la efectividad de la salud. En síntesis, el objetivo de ese estudio fue direccionado a las funciones relevantes de los principios constitucionales, en especial del acceso a la salud, y su aplicabilidad jurídica, como instrumento de viabilizar el principio de la dignidad de la persona humana, sistematizando diversos principios de forma a componer un cuerpo coherente y capaz de disciplinar la propia aplicación del referido principio y la toma de decisiones por parte del Poder Judicial.

PALABRAS-CLAVE: Derechos Fundamentales, Políticas Públicas, Reserva de lo posible.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, essencial à vida humana, deve ser garantido pelo Estado, na qualidade de responsável pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão.

Todavia, por muitas vezes tais direitos não são cumpridos de forma adequada pelo Poder Público, acarretando severos danos aos cidadãos, tais como: condicionar os seus direitos a disposições meramente declaratórias, invalidando, em parte, o texto constitucional, bem como as garantias fundamentais de dignidade humana, principalmente para aqueles que não possuem condições financeiras para prover seus tratamentos médicos.

Diante disso, é válido ressaltar que o direito à saúde pública de qualidade é um direito fundamental do cidadão, constitucionalmente garantido e estabelecido como dever do Estado, conforme prescreve o artigo 196 da Constituição Federal de 1998, não somente pelo compromisso formal de uma atividade formal, mas pela necessidade e importância que esse direito se assenta, a saber, a vida humana: o superprincípio.

A escassez de recursos financeiros e estruturais dos Estados, aliada à falta de políticas públicas adequadas quanto ao fornecimento de medicamentos

e tratamentos médicos, bem como o insuficiente número de profissionais e equipamentos adequados, tornam essa situação, de exercício de direito, cada vez mais dramática, exigindo-se, em inúmeras vezes, a intervenção coercitiva do Poder Judiciário.

Desta forma, o Poder Judiciário sofre um crescente número de ações oponíveis contra o Estado, com a finalidade de compelir os órgãos responsáveis pela saúde pública nos âmbitos federal, estadual e municipal a realizar o cumprimento de medidas eficazes na prevenção e tratamento de problemas relacionados à saúde.

Nesta seara, aparecem indagações quanto ao direito do cidadão à saúde e às condições financeiras do Estado. Surge, assim, um paradoxo entre princípio do mínimo existencial em contraposição ao princípio da reserva do possível, fazendo-se necessária a ponderação de valores.

A questão da responsabilização estatal no tocante ao cumprimento do direito fundamental relacionado à saúde também é alvo de grandes discussões judiciais, as quais, na maioria das vezes, acabam por gerar a condenação à indenização ou reparação dos danos pelo Estado.

Por conta destes fatores, não restam dúvidas a respeito da importância do estudo sobre a aplicabilidade da matéria em favor dos cidadãos na busca do efetivo cumprimento dos princípios constitucionais pelo Estado, seja através de políticas públicas eficazes, seja por determinação do Poder Judiciário.

A presente pesquisa parte da análise dos Direitos Fundamentais, mais especificamente o direito fundamental à saúde, seus principais aspectos, eficácia e os princípios a eles atrelados, como a igualdade, a dignidade humana, o mínimo existencial e a proporcionalidade.

A participação do Poder Judiciário como interveniente no processo para compelir o Estado a realizar suas obrigações, trazendo entendimento jurisprudencial sobre a matéria, demonstrando como os Tribunais têm tratado a responsabilização civil do Estado em relação ao direito à saúde.

Por final, convém esclarecer que o presente trabalho tem a finalidade de demonstrar quais as principais dificuldades enfrentadas pelo sistema de saúde pública do país, partindo da análise dos seus principais pontos nevrálgicos, sempre acompanhada de estudos jurisprudenciais, de modo a viabilizar os subsídios necessários para que o cidadão possa fazer valer, em face do Estado, o seu direito fundamental à saúde.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA – DIREITO FUNDAMENTAL

O princípio da dignidade humana teve relevância concreta, no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, com a conotação de princípio essencial a solidificação ordem jurídica.

A doutrina pátria, por sua vez o considera princípio fundamental e a base principiológica da atual constituição, dizendo ser o mesmo a razão dos demais princípios. Assim, tem-se que, se desrespeitado tal princípio, ferir-se-ão diversos outros valores que o ser humano possui, tais como o princípio do exercício da cidadania e dos valores sociais também inseridos como fundamentais pelo texto constitucional. Sua importância é revelada ao inaugurar a Constituição Federal como fundamento da República, logo em seu artigo primeiro.¹

A dignidade é atributo essencial do ser humano, quaisquer que sejam suas qualificações. Em última instância, a dignidade humana reside no fato de a existência do ser humano ser em si mesma um valor absoluto, ou, como disse o filósofo alemão Kant: “o ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e nunca como um meio ou um instrumento para a consecução de outros fins”.²

Christiani Marques demonstra a importância do princípio de dignidade humana quando diz que “o princípio da dignidade humana busca propiciar melhores condições de vida ao empregado. Na dignidade humana se valoriza o trabalho humano; na igualdade ou não discriminação se combate as desigualdades ou permite-se alguma diferença, desde que legítima e justificada [...]”.³

A dignidade humana pode ser considerada como o fundamento primeiro do Estado brasileiro. É o valor-fonte a determinar a interpretação e a aplicação da Constituição, assim como a atuação de todos os poderes públicos que compõem a República Federativa do Brasil.

O Estado deve ser instrumento a serviço da dignidade humana e não o contrário. É nesse amplo alcance que está a universalidade do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos.

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

² KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Disponível em: <www.filosofiageral.wikispaces.com>. Acesso: 24 jun. 2013.

³ MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002, p. 147.

Rizzatto Nunes entende que “[...] a dignidade é garantida por um princípio, sendo absoluta, plena, não podendo sofrer maculas ou argumentos que a relativa.”⁴

Com relação à aplicação do princípio da dignidade, o mesmo autor enfatiza que:

[...] é um verdadeiro supraprincípio [sic] constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.⁵

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o norteador do ordenamento jurídico brasileiro e comparado, na medida em que é base fundamental para a interpretação e para a aplicação de todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo-se primar por sua prevalência nas relações entre os indivíduos, bem como nas relações destes com Estado.⁶

Assim, a dignidade humana pode ser considerada como o fundamento último do Estado brasileiro, sendo valor-fonte a determinar a interpretação e a aplicação da Constituição, assim como a atuação de todos os poderes públicos que compõem a República Federativa do Brasil. O Estado deve ser instrumento a serviço da dignidade humana e não o contrário; sendo neste amplo alcance que está à universalidade do princípio da dignidade humana.

3 DOS DIREITOS SOCIAIS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O constituinte inseriu no rol dos direitos fundamentais os direitos sociais. Segundo Uadi Lammêgo Bulos os “Direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”⁷, efetivando, assim os direitos sociais.

Partindo desta premissa, cumpre observar o papel relevante dos direitos sociais na formação, estruturação e desenvolvimento do Estado.

⁴ NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

⁵ NUNES, op. cit., 2013, p. 48.

⁶ GUILHERME, Gabriela Calixto. O direito do trabalho, a constituição federal principiologicamente e a inclusão social. DireitoNet, jun. 2008. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 24 jun. 2013.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 783.

Notório se faz destacar que, dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se apresenta como prioritário, necessário e essencial. É, portanto, um direito que deve ser efetivado através de políticas públicas.

Inicialmente, cumpre destacar que o direito à saúde, previsto expressamente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, apesar de estar elencado no rol dos direitos sociais, se mostra também um direito fundamental.

Uadi Lammêgo Bulos faz distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, destacando que:

Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. Exemplo: art. 5º XVI e XVII.
Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado. Exemplo: art. 5º, XXXV a LXXVII.⁸

O citado autor ainda, ao tratar sobre o assunto, diz que:

[...] Na lição de Ruy Barbosa, os direitos fundamentais consagram *disposições meramente declaratórias* (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos. Já as garantias fundamentais contêm *disposições assecuratórias* (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos).[...]⁹

Historicamente, a formação dos direitos fundamentais passou por uma classificação, fruto de uma construção doutrinária, dividindo-os em dimensões de direitos fundamentais de primeira geração: direitos individuais; de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais; de terceira geração: direitos de fraternidade; de quarta geração: direito dos povos, de quinta geração: direito à paz, e de sexta geração: direito à democracia, à informação e ao pluralismo político.

Diante disso, encontra-se pacificado na doutrina pátria presença de direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e até sexta dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam aqueles relacionados às liberdades individuais, marcados por uma prestação negativa do Estado, que se “afasta”, na medida em que concede as liberdades e inviolabilidades dos cidadãos.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, ao contrário, são aqueles direitos ditos sociais, marcados pela presença do Estado, que atua positivamente,

⁸ BULOS, op. cit., 2010, p. 518.

⁹ Idem.

como garantidor. Dentre os direitos de segunda dimensão – direitos sociais – destaca-se o direito à saúde, tema este do presente estudo.

Por fim, à guisa de complementação, os direitos fundamentais de terceira dimensão são classificados como direitos difusos, coletivos e metaindividuais.

Sobre o tema, destaca-se a citação de Uadi Lammêgo Bulos, sobre o assunto quando relata que:

A primeira geração, surgidas no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.[...]¹⁰

O momento histórico que inspira os direitos fundamentais de segunda dimensão é logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)¹¹, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, evidenciando uma perspectiva de direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, na busca de impor ao Estado uma prestação de amparo e dignidade a todo cidadão.

A finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real.¹²

Tais prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais. Dentre estes, a realização da saúde pública no país.

Efetivar a saúde pública no Brasil significa garantir e melhorar a qualidade de vida humana, preservando a dignidade e a integridade do povo, servindo de substrato para um Estado garantidor dos direitos humanos.

Os direitos sociais são direitos de crédito, pois envolvem poderes de exigir, por meio de prestações positivas do Estado. É dever do Estado propiciar a proteção à saúde (artigo 196 da Constituição Federal de 1988)¹³, sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

¹⁰ BULOS, op. cit., 2010, p. 515.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, 2010, p. 783,

¹³ Idem.

redução do riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁴

Assim, os credores desses direitos, ou seja, os cidadãos têm o direito de exigir do Estado que tal prestação seja calcada de forma positiva.

Trata-se de um direito subjetivo de todos os cidadãos e não de ações de benemerência. Disso resulta que ao Estado cumpre socorrer todos os que se encontrem em situação de ameaça de dano ou de dano consumado à sua saúde, consagrando a efetividade dos direitos sociais com a prestação de políticas públicas positivas, buscando a verdadeira igualdade socioeconômica.

Diante do quadro de organização estatal e das deficientes políticas públicas, se tornam recorrentes os questionamentos acerca da efetividade das normas constitucionais, ansiando que sejam mais que meros dispositivos declaratórios.

O Estado, ao instituir os serviços públicos, dentre eles a saúde pública, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional.¹⁵ Contudo, isso não é suficiente, pois é preciso mais. A garantia do direito social à saúde exige do Estado uma administração passível de implantação de políticas públicas capazes de suprir as necessidades mais urgentes.

Dentre elas, destacam-se as necessidades voltadas ao fornecimento de medicamentos gratuitos, contratação e remuneração digna aos profissionais da área da saúde, construção e estruturação de hospitais e postos de saúde públicos, dentre outras necessidades.

No entanto, é sabido que tais políticas públicas oneram sobremaneira os gastos do Estado, que, diante dessa justificativa, invoca o argumento da Reserva do Possível (objeto de estudo posterior).

4 APLICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

As prestações garantidoras do direito à saúde estão consubstanciadas em serviços e não benefícios.

¹⁴ CHIMNETI, Ricardo Cunha et.al. Curso de direito constitucional. Até EC 64/2010. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 584

¹⁵ BULOS, op. cit., 2010, p. 784.

O artigo 198 da Constituição Federal dispõe que as ações e os serviços de saúde constituem um sistema único, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, e fixa as diretrizes de atuação desse grande sistema. O sistema é único, porém, é descentralizado, posto que cada esfera de governo tem direção única.¹⁶

As atribuições do Sistema Único de Saúde estão enumeradas no artigo 200 da Constituição Federal, mas outras lhe podem ser conferidas por lei ordinária.

Os serviços a serem executados pelo Sistema Único de Saúde, diretamente ou com a participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de formas regionalizadas e hierarquizadas em níveis de complexidade crescente, conforme preconiza o artigo 8º da Lei nº 8.080/90¹⁷, que trata sobre as condições para a promoção, proteção, recuperação, organização e funcionamento dos serviços de saúde.

O Sistema Único de Saúde tem por objetivos a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco à saúde em geral.

O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde impõe ao Sistema Único de Saúde a formulação de política de saúde, destinada a promover, nos campos econômico e social, a inclusão das pessoas, da família, das empresas e da sociedade nas atividades de prestação desses serviços.¹⁸

Não se nega que cabe ao Sistema Único de Saúde executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, conforme previsto na Lei nº 8.080/1990, art. 6º, inciso I, alínea d, onde, a realização integrada de ações assistenciais e atividades preventivas propicia a prevenção, proteção e recuperação referentes a doenças e/ou a riscos à saúde de toda uma população.

Discute-se, atualmente, se essa competência dada ao Sistema Único de Saúde configura um direito subjetivo ao fornecimento de medicamentos, isto é, se o Poder Público, além de dar assistência médico-hospitalar, deve também fornecer medicamentos a quem não tem condições financeiras para adquiri-los.

Cabe indagar, nesse caso, sobre a extensão do direito à saúde e sobre até que ponto vai a responsabilidade do Estado pelo fornecimento de medicamentos.

Nos tribunais, a questão do direito ao fornecimento de medicamentos tem sido reiteradamente decidida em favor daquele que necessita de tratamento, ao

¹⁶ CHIMENTI, op. cit., 2010, p. 587.

¹⁷ CHIMENTI, op. cit., 2010, p. 587.

¹⁸ CHIMENTI, op. cit., 2010, p. 88.

fundamento de estar inserido no direito à saúde, que é dever do Estado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Há precedentes jurisprudenciais reconhecendo ainda que a responsabilidade para o fornecimento de medicamentos e equipamentos necessários aos tratamentos de saúde é solidária da União, dos Estados e dos Municípios, tese que encontra respaldo na competência administrativa comum prevista no art. 23, II, da CF.²⁰

Muitas vezes o Poder Público manifesta sua recusa em fornecer medicamentos de alto custo com base na Teoria da Reserva do Possível, pela qual, se não é possível atender a todas as demandas, cabe ao Poder Executivo estipular quais são as prioridades que serão atendidas.

5 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio do mínimo existencial está ligado à pobreza absoluta, assim compreendida a que deve ser combatida pelo Estado, ao contrário da pobreza relativa, que depende da situação econômica do país.

O mínimo existencial não possui locução constitucional própria, devendo ser procurado na ideia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão. Necessita de conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, como o direito à saúde e à alimentação, entre outros, considerados em sua dimensão, essenciais e inalienáveis.²¹

Ricardo Lobo Torres diz que o mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.²²

Portanto, o mínimo existencial é a parcela mínima de que cada pessoa precisa para sobreviver, devendo ser garantido pelo Estado através de prestações

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192/RS. Relator: Min. Marco Aurélio, 2º Turma. Diário da Justiça, de 31/3/2000, p. 00060.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 195.159/RS. Relator: Min. Milton Luiz Pereira, 1º Turma do STJ. Diário da Justiça, 18/02/2002, p. 241.

²¹ PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 10, n. 4, out. 2007, p. 46. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 26 ago.2013.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III, p. 375.

estatais positivas. O Estado por sua vez obtém os recursos necessários para garantir o mínimo existencial através de tributos.

Sem o mínimo existencial, não há que se falar em liberdade social e/ou igualdade social, pois a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental.

Nessa ponderação de valores, é essencial a invocação do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo, assim, o retrocesso nas conquistas sociais. Por fim, a fiel efetivação dos direitos sociais de prestação depende ainda de um padrão uniformizado de atuação dos poderes estatais, para que a inércia do Poder Público e a adoção de medidas parciais não acabem por produzir categorias variadas de prestações de caráter universal.²³

Maria de Fatima Ribeiro diz que os direitos sociais, na sua efetivação, reclamam um mínimo de concretização. Isso significa que a reserva do possível não pode ser usada para justificar nenhuma concretização.²⁴

Os direitos mínimos garantidos constitucionalmente e as políticas públicas necessárias para sua implementação necessitam de recursos para serem concretizados. É papel do Estado, tanto rever quanto aplicar adequadamente esses recursos arrecadados para atender as necessidades coletivas.

O mínimo existencial deve ser assegurado a todo cidadão não de forma individualizada, mas, sim, como objeto de políticas públicas bem definidas e harmônicas com a noção de Estado Democrático de Direito.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Aplicação do princípio da proporcionalidade em relação aos direitos fundamentais é necessária para que seja possível limitar o raio de abrangência de tais direitos.

Canotilho, citado por Maria Filchtiner Figueiredo, ensina que os conflitos entre princípios se resolvem conforme critérios de preponderância, peso ou valor,

²³ ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1522, set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10357>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

²⁴ RIBEIRO, Maria de Fatima. Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522>. Acesso em: maio 2014.

segundo a denominada “concordância prática” que, dessa forma, consiste num princípio de interpretação constitucional.²⁵

O principal escopo do princípio da proporcionalidade é a imposição de uma “coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de um em relação aos outros.”²⁶ Deste modo, é possível afirmar que a proporcionalidade serve como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais.

João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e Souza, Evangelista de André, citando Marga Inge Barth Tessler, ensinam que:

[...] a proporcionalidade, na ótica do critério da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde. Por exemplo, se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de stress, às custas do Estado, em um determinado ‘SPA’ em Gramado ou Campos de Jordão[...].²⁷

Outro exemplo em relação à necessidade de adequação à proporcionalidade seria no sentido de proibir “o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV)”.²⁸

Também seria claramente inadequada “uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados”.²⁹

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2001, apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.120.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ Gandini, João Agnaldo Donizeti; Barione, Samantha Ferreira e Souza, André Evangelista de. A efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica mediante intervenção do Poder Judiciário: critérios. Disponível em: <www.ufsm.br>. Acessado em: 26 ago. 2013.

²⁸ Gandini, João Agnaldo Donizeti; Barione, Samantha Ferreira e Souza, André Evangelista de. A efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica mediante intervenção do Poder Judiciário: critérios. Disponível em: <www.ufsm.br>. Acessado em: 26 ago. 2013.

²⁹ Idem.

Portanto, a proporcionalidade encontra-se ligada à ideia de bem comum e ao bom senso nas relações humanas e nas relações entre Estado e seus particulares, em busca de soluções justas, adequadas e proporcionais entre si.

7 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A prestação dos serviços de saúde pelo Estado, com qualidade e efetividade, é algo que, muitas vezes, vem marcada por dificuldades econômicas, ou seja, a situação financeira e orçamentária dos Órgãos públicos esgotam os recursos destinados à saúde pública. Contudo, ainda assim, são condenados a custear medicamentos e ou tratamentos médicos além de suas possibilidades.

Pode-se afirmar que “a reserva do possível, no que toca à possibilidade financeira do Estado, consubstancia a disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica.”³⁰

A ideia central de tal princípio é a destinação de todo o possível para atender os direitos fundamentais do indivíduo, até o seu esgotamento, no entanto, com intuito de evitar que se coloque em risco o orçamento público. Não se trata, portanto, da negativa do Estado em cumprir os direitos, ou negar direitos aos cidadãos, mas, sim, de limitar o que não há condições de atender.

Segundo Aaron Hillel Swartz, “a questão de escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas pensam que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento de custo com tratamento tornou essa posição insustentável”.³¹

O Estado, como principal parceiro do povo para a concretização de direitos e garantias, se vê, muitas vezes, diante a um erário deficitário, sem condições de cumprir como efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos; desta forma, um conflito de interesses se instala, pois a saúde do particular se depara com a “saúde” abalada, também, do Estado.

No entanto, não há que se esquecer de que o direito à saúde é direito fundamental, constitucionalmente protegido, não podendo a “saúde” financeira do

³⁰ GandinI; Barione; André, op. cit.

³¹ SWARTZ, Aaron Hillel apud AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

Estado ser confundida com a do indivíduo, devendo, portanto, o direito à saúde ser consideravelmente respeitado, buscando sua melhor efetivação e otimização por parte do Estado.

Todavia, deve haver uma ponderação quando da efetividade e aplicação dos direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade quando da prestação de um direito fundamental em relação a outro, a fim de se evitar que apenas um destes seja considerado, como mais absoluto e ilimitado que outro, devendo haver uma harmonização entre tais direitos.

Canotilho revela que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”, sustentando que “os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional”. Afirma ainda que “as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos” acrescentando que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas”.³²

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Como dá conta a problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’, a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público³³.

[...] oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais[...] que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível [...] Assim, levar a sério a “reserva do possível” significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 481-482.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 355.

1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes [...].³⁴

No entanto, os estados-membros (responsáveis pela distribuição dos medicamentos excepcionais) não vêm cumprindo a Emenda Constitucional nº 29/2000, que prevê a destinação, no orçamento, de recursos mínimos para a área da saúde.³⁵

Neste caso, o Poder Judiciário, como garantia ao cumprimento legal da norma estabelecida ao direito fundamental à saúde, tem compelido o Estado à prestação de tal serviço. Contudo, o Poder Judiciário exerce seu papel constitucional de julgamento das políticas públicas como forma de implementação gradual dos direitos fundamentais à prestação e de garantia da dignidade humana, buscando alcançar o bem da vida àqueles que a ele reocorrerem e não como prestação punitiva ao Estado.

Ingo Sarlet citado por Zenaida Tatiana Monteiro Andrade, sobre o assunto, diz que que:

[...] a possibilidade do titular desse direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do Poder Público [sic] (e eventualmente de um particular) algum prestação material, tal como um tratamento medico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.

[...] Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros [...].³⁶

³⁴ Idem.

³⁵ TAVARES, Paulo César Vieira. A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15867-15868-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

³⁶ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acessado em: 27 ago. 2013.

Assim, na contramão da insuficiência de recursos financeiros do Estado, surge o princípio do mínimo existencial, onde filósofos e juristas têm defendido a tese de que o Estado deve garantir o “mínimo existencial”, ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse, não se esquecendo ainda da aplicação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação de determinadas necessidades.

Régis Oliveira diz que, no tocante atuação do Poder Judiciário quanto à liberação de recursos financeiros para realização dos interesses individuais ou coletivos, há de ser considerado o seguinte:

[...] descabe ao Judiciário, decisão de tal quilate. No entanto, se o fizer, determinando, por exemplo, a construção de moradias, creches, etc., e transitada em julgado a decisão, coisa não cabe ao Prefeito que cumprir a ordem. Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão.³⁷

Além do mais, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de se ter saúde.³⁸

Neste vértice, imprescindível se faz ainda a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo que a cada caso concreto se busque a solução mais equânime e justa.

É importante ressaltar que a entrega de medicamentos por decisão da Justiça compromete a distribuição do mesmo de forma gratuita e regular, já que os governos precisam remanejar recursos vultosos para atender situações isoladas.

Com isso, facilmente verificável tanto a grande controvérsia existente entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, quanto o forte combate que recebe a teoria da reserva possível, principalmente em relação ao fato de contrapor um direito fundamental, no caso o direito à saúde, com um direito não classificado como fundamental, que seria a situação econômica financeira do Estado.

³⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 56.

³⁸ KRAMER, Ana Cristina. O poder judiciário e as ações na área de saúde. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Acessado em: 23 jun. 2013.

A título meramente demonstrativo, dada a vasta quantidade de decisões jurisprudenciais no tocante à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos e tratamento adequado por parte do Estado em cumprimento aos direitos fundamentais, trazem-se as seguintes decisões:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - MEDICAMENTO - FORNECIMENTO GRATUITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A AMPARAR A PRETENSÃO AUTORAL. IMPETRANTE. PORTADORA DE MOLÉSTIA GRAVE. DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DEVER DO ESTADO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE - SEGURANÇA CONCEDIDA. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO UNÂNIME.³⁹

E ainda no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos-possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade, da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública - foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁰

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mandado de Segurança nº MS 208219-PE. Relator: Eduardo Augusto Paura Peres. 2º grupo de Câmaras Cíveis. Publicação 109. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acessado em: 20 jun. 2013.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Agravo nº RE 642536 AP. Relator: Luiz Fux. Primeira Turma. Acórdão eletrônico DJe-038, divulgado em 26/02/2013, publicado em 27/02/2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acessado em: 22 jun. 2013.

Um caso interessante há de ser colocado em pauta; é no que diz respeito ao custeio de remédios e ou tratamentos médicos a alto custo pelo Estado, pois, por exemplo, se um determinado tratamento ou medicamentos indicados à determinada doença já é fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), com valor bem abaixo daquele pretendido pelo indivíduo, não há por que razão compelir o Estado a pagar mais para obter o mesmo resultado.

Contudo, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal, “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”.⁴¹

Assim, na mesma linha, o artigo 198 da Carta Magna revela que o atendimento deve ser integral; desta forma, em aplicação da norma constitucional às ações e aos serviços públicos de saúde, a recusa do fornecimento gratuito de remédio a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as despesas com medicamentos necessários ao seu tratamento é matéria rechaçada sob pena de retrocesso social.

Sendo, pois, tal obrigação quanto à prestação de medicamentos ao cidadão, e na forma pretendida pelo mesmo, ainda que disponibilizado pelo Estado medicamento similar; só poderá ser excluído em caso de comprovação documental por parte do Estado que o “outro medicamento” pelo mesmo fornecido, é possuidor da mesma eficácia, e finalidade.

Destaca-se, ainda, que se houver mais de um medicamento indicado a determinado tipo de patologia, o dever do Estado é de fornecer aquele mais eficaz, independentemente da disponibilidade ou do preço, tudo isso como forma de cumprir o seu dever constitucional de concretizar o direito à saúde de seus cidadãos adotando as melhores e necessárias medidas.

Desta forma, não há qualquer óbice, impedimento ao Estado, quanto à utilização do princípio da reserva do possível em sua defesa; contudo, sua aplicabilidade e eficácia não podem ser confundidas com tentativa de esquivar ou justificativa da indisponibilidade orçamentária, conseqüentemente, falta de aplicação de forma correta das políticas públicas, para a não realização de serviços públicos sérios e capazes de dar garantia e integral cumprimento aos direitos fundamentais constitucionalmente definidos, o que impõe, por sua vez, ao Estado um dever no tocante a assegurar e garantir tais direitos com total eficácia e amplitude, adequando-os, assim, à essência protetora constitucionalmente implantada.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., 2013.

Mesmo porque o direito público à saúde, no âmbito Federal, Estadual e Municipal, representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurado a todos os cidadãos como bem jurídico constitucionalmente tutelado, deve esse direito ser integralmente encoberto pelo Poder Público, de maneira responsável e idônea, garantindo-se aos cidadãos acesso digno, universal e igualitário a ele, além de qualificativo como direito fundamental à vida.

Pedro Lenza, neste sentido diz que:

[...]

Poder Público [sic], qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de 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 inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente**, 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.⁴² (grifo do autor)

Assim, o “reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos” é alicerçado no efetivo cumprimento da norma legal constituinte.

Neste sentido, buscando indubitavelmente o cumprimento dos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e direito fundamental à vida, é extensiva a responsabilização e devido cumprimento desta por todos os entes públicos da federação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conformidade com os estudos relacionados, pode-se concluir que a saúde é direito fundamental constitucionalmente garantido, de forma que qualquer

⁴² LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

pessoa está legitimada a exigir, administrativamente ou judicialmente, do Estado a efetivação deste direito fundamental social e de aplicabilidade imediata.

Todavia, o direito à saúde deve ser entendido como um direito de justiça social essencialmente como forma de garantia a uma vida digna.

Compete ao Estado a garantia do direito fundamental à saúde, utilizando-se de medidas suficientes e adequadas para curar e prevenir doenças, além de modificar o sistema social mediante políticas sociais e econômicas, com a finalidade de elevar cada vez mais a qualidade de vida das pessoas.

A efetivação do direito à saúde pelo Estado se dá por intermédio do SUS – Sistema Único de Saúde, órgão este que é descentralizado, com competências distintas e direções únicas em cada esfera de governo, tendo como obrigação à promoção de atendimento integral a comunidade.

Entretanto, a prestação dos serviços de saúde pública padece com problemas que afetam diretamente a qualidade de vida das pessoas.

A falta de medicamentos e de tratamentos médicos e ambulatoriais adequados fornecidos pelos Estados, hospitais em números insuficientes, profissionais da área médica muitas vezes desqualificados, implicam, conseqüentemente, a má gestão da saúde pelo Estado.

Em contrapartida, pessoas doentes sem condições financeiras para custear tratamentos particulares ou através de planos de saúde, são obrigadas a aguardar atendimento em filas intermináveis e se veem obrigadas a permanecer muitas vezes a espera de medicamento e tratamentos necessários a serem custeados pelo Estado, ferindo direito fundamental consagrado.

O princípio da reserva do possível refere-se à disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica. Por vezes tem encontrado adeptos, mas a maioria dos entendimentos doutrinários e jurisprudências curvam-se diante do princípio do mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso, nos parâmetros da necessidade/capacidade.

Por sua vez, o princípio do mínimo existencial está atrelado ao princípio da dignidade humana e garante que a reserva do possível somente deve ser acolhida se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, considerando-se principalmente o fato de que a saúde é direito fundamental de todos os cidadãos, não podendo, por isso, prevalecer a situação econômica financeira do Estado sobre aquele.

No entanto, quando violado o direito à saúde, outro caminho não há para o cidadão senão a busca da intervenção do Poder Judiciário, fazendo valer a aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e as garantias fundamentais, garantindo-se, assim, a realização de efetivas medidas na busca à assistência farmacêutica e médica necessária.

Neste vértice, o Poder Judiciário vem cumprindo o seu papel, determinando a realização de tais medidas pelo Estado, no sentido de proporcionar tratamentos médicos e hospitalares, além do fornecimento de medicamentos às pessoas que deles necessitem.

A jurisprudência demonstra claramente o entendimento acima esposto, sempre no escopo de garantir a efetivação do direito fundamental à saúde fazendo valer os ditames da Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1522, set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10357>>. Acesso em: 22 jun. 2013

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acessado em: 27 ago. 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Mandado de Segurança nº MS 208219-PE**. Rel. Eduardo Augusto Paura Peres. 2º grupo de Câmaras Cíveis. Publicação 109. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acessado em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Agravo nº RE 642536 AP. Relator: Luiz Fux.

Primeira Turma. Acórdão eletrônico **DJe-038**, divulgado em 26/02/2013, publicado em 27/02/2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acessado em: 22 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192/RS. Relator: Min. Marco Aurélio, 2º Turma. **Diário da Justiça**, de 31/3/2000, p. 00060

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 195.159/RS. Relator: Min. Milton Luiz Pereira, 1º Turma do STJ. **Diário da Justiça**, 18/02/2002, p. 241

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CHIMNETI, Ricardo Cunha et.al. **Curso de direito constitucional**. Até EC 64/2010. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira e Souza, ANDRÉ Evangelista de. **A efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica mediante intervenção do Poder Judiciário: critérios**. Disponível em: <www.ufsm.br>. Acessado em: 26 ago. 2013

GUILHERME, Gabriela Calixto. O direito do trabalho, a constituição federal principiológica e a inclusão social. **DireitoNet**, jun. 2008. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 24 jun. 2013

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Disponível em: <www.filosofiageral.wikispaces.com>. Acesso: 24 jun. 2013.

KRAMER, Ana Cristina. **O poder judiciário e as ações na área de saúde**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Acessado em: 23 jun. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 10, n. 4, out. 2007, p. 46. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 26 ago.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIBEIRO, Maria de Fatima. Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522>. Acesso em: maio 2014.

TAVARES, Paulo César Vieira. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15867-15868-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. III.

Recebido em: 09 de abril de 2014

Aceito em: 13 de maio de 2014