

Direito à saúde – Um direito fundamental

Right to health – A fundamental right

Derecho a la salud – Un derecho fundamental

Recebido: 22/12/2023 | Revisado: 29/12/2023 | Aceitado: 30/12/2023 | Publicado: 31/12/2023

André Luiz Corrêa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3491-4057>

Universidade do Vale do Sapucaí, Brasil

E-mail: andrecorrea99@outlook.com

Gabriel Magalhães Francisco

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9343-6756>

Universidade do Vale do Sapucaí, Brasil

E-mail: gabriel.medpa@hotmail.com

Rodrigo Rios Faria de Oliveira

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9397-1399>

Universidade do Vale do Sapucaí; Brasil

Universidade Federal de São Paulo, Brasil

E-mail: profdrrodrigooliveira@gmail.com

Resumo

O presente trabalho possui como objeto o estudo do direito à saúde na sistemática brasileira. Será analisado, no decorrer do trabalho, o fenômeno do Ativismo Judicial, tema polêmico, que consiste na possibilidade de um juiz poder obrigar as funções representativas – Legislativo e Executivo – a criarem políticas públicas, aptas a efetivarem direitos sociais, como a saúde. Serão debatidos, posteriormente a esse tema, a Teoria da Reserva do Possível e o Princípio do Mínimo Existencial. Estes, inerentes à questão dos direitos sociais, constituem contraponto, um do outro, no sentido de, respectivamente, buscarem a limitação e a efetivação imediata de direitos fundamentais. Além da discussão de conceitos teorizados dentro do Direito Constitucional, busca demonstrar a aplicação prática do debate de acessos dentro da problemática da obtenção de medicamentos de alto custo por meio do clamor social contra o estado, em diversas situações por meio da Judicialização da Saúde. Os temas apresentados são relevantes e constituem matéria de diversos posicionamentos críticos, uma vez que, na prática, os direitos fundamentais, quase sempre, buscam ser tutelados via jurisdicional, e não pela via política, como, em regra, deveriam ser.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização da saúde; Gastos em saúde; Planos e programas de saúde; Atenção Primária à Saúde.

Abstract

The present research has as its object the study of the right to health in the Brazilian system. In the course of the research, the phenomenon of Judicial Activism will be analyzed, a controversial theme, which consists of the possibility of a judge being able to force the representative functions - Legislative and Executive - to create public policies, able to implement social rights, such as health. After this theme, the Theory of the Reserve of the Possible and the Principle of the Existential Minimum will be discussed. These, inherent to the issue of social rights, constitute a counterpoint to one another, in the sense that, respectively, they seek to limit and immediately enforce fundamental rights. Besides the discussion of the theorized concepts inside of Constitutional Rights, it seeks to demonstrate the practical application of the debate about the access within the problematic of obtaining high cost's medicines through a social clamor against the state, in several situations by the Health's Judicialization. The themes presented are relevant and constitute the subject of several critical positions, since, in practice, fundamental rights, almost always, seek to be protected through the jurisdiction, and not through the political path, as, as a rule, they should be.

Keywords: Right to health; Health's judicialization; Health expenditures; Health programs and plans; Primary Health Care.

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto el estudio del derecho a la salud en el sistema brasileño. En el transcurso del trabajo se analizará el fenómeno del Activismo Judicial, tema controvertido, que consiste en la posibilidad de que un juez pueda obligar a las funciones representativas - Legislativa y Ejecutiva - a crear políticas públicas, capaces de implementar los derechos sociales, como la salud. Luego de este tema, se discutirá la Teoría de la Reserva de lo Posible y el Principio del Mínimo Existencial. Estos, inherentes a la cuestión de los derechos sociales, constituyen un contrapunto entre sí, en el sentido de que, respectivamente, buscan limitar y hacer efectivos inmediatamente los derechos fundamentales. Además de la discusión de los conceptos teorizados al interior de los Derechos

Constitucionales, se busca demostrar la aplicación práctica del debate sobre el acceso a la problemática de obtención de medicamentos de alto costo a través de un clamor social contra el Estado, en diversas situaciones por medio de la Judicialización de la Salud. Los temas presentados son relevantes y constituyen objeto de varias posiciones críticas, ya que, en la práctica, los derechos fundamentales, casi siempre, buscan ser protegidos a través de la jurisdicción, y no a través de la vía política, como, por regla general, debería ser.

Palabras clave: Derecho a la salud; Judicialización de la salud; Gastos en salud; Planes y programas de salud; Atención Primaria de Salud.

1. Introdução

A saúde, direito fundamental-social - direito de segunda dimensão -, é um bem primordial. Sem ela não há o exercício de uma vida digna. A saúde não é um objeto de estudo único e exclusivo das áreas de ciência biológicas (*ex. Medicina*), mas também do Direito. O Direito à Saúde é um ramo - assim como o Direito do Trabalho, Civil e Penal - autônomo e complexo.

No Brasil, a tutela da saúde está implícita no início da Constituição Federal, em seu *art. 1º, III*, ao expor que constitui fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Depois, em seguida, no artigo 6º, a saúde é expressamente intitulada - ao lado da educação, segurança, previdência social, alimentação, e outros - como direito social. Mais à frente, no *art. 196*, a Constituição torna claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Cabe a ele, na forma de administrador do bem comum, criar mecanismos que promovam, protejam e recupere a saúde no âmbito social e individual.

No entanto, no atual panorama brasileiro, a desigualdade social e econômica - em que pese a Constituição fornecer um “paraíso de direitos” -, a crise econômica nacional, e a da gestão financeira do Poder Público, que, atualmente, é alvo dos meios de comunicação - vide as inúmeras notícias atreladas à corrupção existente (há muito tempo) nas esferas das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário -, constituem fatores que diminuem a possibilidade de promoção das necessidades sociais e coletivas. Nessa esteira, entra em campo, também, a falta de ação (omissão) dos Poderes, Executivo e Legislativo, responsáveis de efetivar tais direitos, que se mantêm, não raras as vezes, inertes em relação ao clamor social. Atrelado a tudo isso, surge no campo fático - seja por ineficácia ou má gestão dos recursos públicos - o não atendimento às prestações devidas à sociedade. A fim de tornar esses direitos - devidos à sociedade - em prestações concretas, o indivíduo - corriqueiramente - e o coletivo - raramente - utilizam-se do Poder Judiciário para obter do Executivo e do Legislativo o atendimento a essas demandas de cunho fundamental-social. E é aqui que o trabalho se desenvolve.

Além disso, não apenas as crises de ordem interna relacionam-se aos poderes, como também os vieses que persistem frente aos requerimentos públicos presentes, que se relacionam ao acesso de serviços de saúde e bens relacionadas ao direito fundamental do cidadão. Dentro do cenário brasileiro, desde que o Sistema Único de Saúde se formou como Matre da atenção e cuidado com a saúde da população brasileira, dada dimensão territorial e populacional diversos mecanismos foram implantados como forma de garantir serviços e executar o cuidado dentro de uma escala universal - relaciona-se aqui a criação de diversos programas de saúde governamentais, que proporcionam aos seus requerentes, independentemente do aporte financeiro a possibilidade de obter medicamentos, tratamentos cirúrgicos, redes de atenção primária e centros de referência. Ademais, diversos são os desafios postulados à população na interação com as diversas possibilidades e mecanismos públicos dentro do SUS, como a alta carga burocrática, e em diversas situações negação de solicitações sem que haja atenção necessária daqueles que recebem as demandas, tornando-se necessário ativação de mecanismos judiciais, visando intimar municípios, estados e a nação a garantir fornecimento e atuação sob o indivíduo (Ministério da Saúde, 2022).

No que relaciona-se ao adoecimento da população e o aporte necessário aos tratamentos e garantia do bem estar físico e social, denota-se a dificuldade do sistema de saúde em garantir efetivamente acesso a todas as necessidades, dado estado da compreensão dos eventos em saúde, que apresentam diversos vieses e ausência de dados aprimorados, considerando as deficiências do sistema em compreender com profundidade as doenças e suas epidemiologias que assolam a população com deficiências sociais e financeiras (Moreira, 2022).

O presente trabalho possui como objeto o estudo do direito à saúde na sistemática brasileira. Será analisado, no decorrer do trabalho, o fenômeno do Ativismo Judicial, tema polêmico, que consiste na possibilidade de um juiz poder obrigar as funções representativas – Legislativo e Executivo – a criarem políticas públicas, aptas a efetivarem direitos sociais, como a saúde. Serão debatidos, posteriormente a esse tema, a Teoria da Reserva do Possível e o Princípio do Mínimo Existencial. Estes, inerentes à questão dos direitos sociais, constituem contraponto, um do outro, no sentido de, respectivamente, buscarem a limitação e a efetivação imediata de direitos fundamentais. Além da discussão de conceitos teorizados dentro do Direito Constitucionais, busca demonstrar a aplicação prática do debate de acessos dentro da problemática da obtenção de medicamentos de alto custo por meio do clamor social contra o estado, em diversas situações por meio da Judicialização da Saúde. Com isso, pretende-se expor, de forma geral, a pertinência e a relevância do tema na atual ordem jurídica brasileira, bem como estabelecer um panorama da situação das solicitações de medicamentos fora dos já presentes em relações de medicamentos gratuitos e ofertados pelo sistema de saúde, além dos conflitos que protagonizam as mazelas sociais na busca pela garantia do básico – Saúde.

2. Metodologia

O presente estudo se trata de uma pesquisa documental, de fonte direta e indireta, de natureza qualitativa e reflexiva. Foram desenvolvidos debates e reflexões, engendrados a partir de extensa análise literária, sobre questões referentes à dispensa medicamentosa no país e seus métodos de financiamento, regulação e distribuição; aos aspectos legais do direito a saúde e do acesso aos serviços e medicamentos necessários à sua manutenção; a teorias como a reserva do possível e o mínimo existencial; à judicialização da saúde frente à incapacidade do Estado de se manter fiel ao cumprimento do seu deveres com a população, bem como aos múltiplos fatores que confluem à situação atual da saúde no país. Para isso, foram extraídas informações e dados oficiais, a partir de referências presentes na literatura científica e em bancos de dados de acesso público (Queiroz, R. M. R. & Feferbaum, M. (2022). Metodologia da pesquisa em direito. *Saraiva*).

3. Resultados e Discussão

3.1 Direito à saúde

O Direito, compreendido como ciência jurídica, vem, ao longo dos anos, avançando em seus mais diversos campos. Um deles por sinal é o Direito à Saúde, matéria interdisciplinar e autônoma, que, atualmente, ganha destaque.

Devido às inúmeras circunstâncias inerentes ao tema – seu aspecto multiprofissional e assistencial; a importância de suas prerrogativas profissionais; a proteção da sociedade em geral; a divisão de tarefas e responsabilidades –, a saúde não é mais conhecida como aquela área que era integrada somente por médicos (clínicos gerais), cirurgiões dentistas, médicos veterinários e farmacêuticos. Atualmente, a saúde, com seus – felizes – avanços, é composta por médicos, nutricionistas, fisioterapeutas, psicólogos, psicopedagogos, gestores da saúde, administradores hospitalares, advogados especializados, seguradoras voltadas para este ramo, dentre outros.

Além disso, seu campo de atuação envolve interesses políticos, econômicos e sociais. Daí o porquê de se falar que o Direito à Saúde é um ramo autônomo. Seu objeto de estudo é complexo, controverso e multidisciplinar.

Analisado este aspecto disciplinar do Direito à Saúde, passa-se à análise de seu conteúdo como um direito fundamental.

A saúde é, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*” (Constituição da OMS – 1946). E, na sequência, como ela própria discorre, constitui um direito fundamental do ser humano gozar do melhor estado de saúde, sem distinção de raça, religião, credo político, condição econômica ou social.

A saúde é um direito fundamental, inerente à condição humana. Sem ela não há vida digna. Embora para muitos leitores seja óbvio afirmar que ela é um direito humano, a fim de se estabelecer acordo terminológico e conceitual no transcorrer deste trabalho, a saúde será classificada como direito fundamental, eis que existe uma nítida distinção entre direitos humanos e fundamentais. Direitos humanos são aqueles assegurados no plano do direito internacional, enquanto os direitos fundamentais são os consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado (Sarlet, 2008, p.2).

3.2 Ativismo judicial

Nesse contexto, em que o Poder Público (o Executivo e o Legislativo) possui a responsabilidade de efetivar o direito à saúde, as políticas públicas - como visto anteriormente - constituem um instrumento relevante às finalidades das demandas sociais.

O poder político exercido pelo Executivo e Legislativo se assenta essencialmente na representatividade. Por meio dela, a soberania popular – vontade geral -, traduz-se nos anseios públicos, os quais são (teoricamente) captados pelo poder político e concretizados em decisões coletivas (Silva, 2015, p. 55). A esse poder político cabe identificar os problemas existentes no meio público e, de modo eficiente, promover suas soluções ou reduções. Esse poder, em uma concepção democrática, reflete a complexidade e o pluralismo da sociedade.

No entanto, pode ocorrer casos em que o Poder Público fique inerte e, por algum motivo - seja por falta de atenção às prioridades, má gestão, ou qualquer outro -, não produza nenhum tipo de atividade. À essa situação de inércia, o indivíduo ou a coletividade, que se vêm desatendidos, podem usar do Judiciário a fim de que vejam efetivados seus direitos fundamentais-sociais. Surge, aqui, neste ponto, o que se tem chamado de “Ativismo Judicial”. Nesse cenário, o Judiciário, cada vez mais, passa a atuar na esfera dos valores sociais.

Essa atividade judicial se caracteriza pela ampla participação do Judiciário na efetivação dos fins constitucionais, não completados pelas demais funções. Isto quer dizer: Um direito, consignado na Constituição, se transforma automaticamente em uma pretensão em potencial de ser reclamada judicialmente.

3.3 Desafios no contexto de mínimo existencial, demandas sociais e inércia do Estado:

O estado apático do Estado frente às demandas sociais, observado dentro das esferas de poder, demonstra um dos maiores vieses que a política pode ofertar ao indivíduo – a inércia social. Esse termo reflete a condição em que os poderes públicos se fazem omissos frente ao mínimo existencial de sua população e às questões referentes a seus direitos básicos, inalienáveis, como saúde, educação e segurança, dentre outras essenciais à manutenção da dignidade humana. No entanto, observemos a forma com que sistemas mais complexos de poder, como o Legislativo e Executivo, recebem solicitações populares, como requerimento de medicamentos necessários à garantia da vida e do bem-estar do requerente. Extensa é a margem que separa o ser de seus direitos, seja por limitados recursos por parte do Estado ou pela extenuante burocracia e baixa resolutividade dos processos públicos (Mattos, 2011)

Assim, a função legisladora e executora da máquina pública, dentro de sua organização verticalizada, se distancia da compreensão dos apelos e necessidades da população, em diversas situações cerceadas do mínimo existencial necessário à manutenção de vida. Com isso, adquire protagonismo na participação social no âmbito jurídico, o Sistema Judiciário, parte da máquina pública que integra as demandas trazidas pela população. Dentro de seu papel avaliador, torna possível pontuar aos entes nacionais seu papel de fornecer ao indivíduo seus direitos básicos e universais, possibilitando, de certo modo, a proteção de seu direito mais essencial, a saúde. Destaca-se ainda, que a atuação do poder Judiciário e seu destaque frente à análise das demandas sociais, como acesso a tratamentos medicamentosos, apoia-se na proximidade de fóruns regionais e comarcas, considerando o fator geográfico das microrregiões na qual os estados se organizam. A possibilidade de o indivíduo

hipossuficiente solicitar insumos para tratamentos não fornecidos pelo sistema de saúde, desta forma, torna as instituições públicas de justiça pontos centrais da judicialização em medicina, na qual o sujeito reclama, por meios jurídicos e legais, a garantia integral de seus direitos básicos universais (Mattos, 2011)

Essa dinâmica entre necessidade de obter recurso vital e essencial através do seu reclame pautado na legislação vigente, torna possível o acesso gratuito a diversos serviços, como medicamentos de alto custo, de suma importância para o tratamento de neoplasias, doença renal em estágio V ou em terapia renal substitutiva e doenças autoimunes, por exemplo. Vale ressaltar, que todas as condições citadas se apoiam em elevadas taxas de incidência e prevalência. Em uma coorte constituída por usuários de um programa de medicamentos de dispensação excepcional, tratados entre 2000 e 2004, buscou-se definir variáveis categóricas demográficas (sexo, idade, residência e data de recebimento da terapêutica), clínicas (diagnóstico segundo CID-10) e qual a medicação de dispensação excepcional fora utilizada em situações individuais do paciente (Acúrcio, 2009).

A maior parte dos pacientes possuía entre 30 e 60 anos de idade, faixa etária economicamente ativa no Brasil, agrupadas em maior número no sexo feminino. Notou-se que o sexo feminino em todas as nuances sociais se destaca ainda enquanto gênero com inúmeras carências frente inclusive aos serviços de saúde. Compreendendo dentro de dados demográficos fornecidos pelo sistema nacional de estatística, percebe-se que a maior parte das participantes avaliadas provavelmente contavam com os desafios da economia doméstica e cuidado da própria saúde. As regiões nas quais as solicitações de medicamentos ocorrem em maior volume foram as regiões sudeste seguida pelo Nordeste, que agrupam quase 70% das solicitações realizadas para financiamento de tratamentos de saúde. Seguida dessas regiões, tem-se Norte (10,62%) e Centro-Oeste (7,6 %). Através destes dados, evidenciam-se algumas características de uma nação direcionada a seus grandes centros industriais e econômicos; bem como a maior carência de informação e acesso em regiões mais remotas do território brasileiro (Acúrcio, 2009)

Dentro dos capítulos de CID-10 considerados nessa coorte demográfica, diversas doenças destacam-se pelos desafios inerentes à sua terapêutica. Podemos citar como condições que demandam tratamentos diferenciados, as doenças autoimunes, degenerativas e aquelas que cursam com falência orgânica, como a insuficiência renal estágio V. As principais condições analisadas nesse serviço de distribuição de medicamentos, bem como os principais diagnósticos observados e exigiam de certa forma, tratamento não fornecido na relação de medicamentos ofertados pelo sistema público de saúde ou que não fosse possível obter frente a condições financeiras do requerente, variaram com sexo do paciente, e são diferentes quando observadas em ambas as populações. No sexo feminino, pode-se destacar as doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo (31,92%), doenças do aparelho geniturinário (20,53%) e as doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas (15,27%). No entanto, no sexo masculino destacam-se as doenças do aparelho geniturinário, os transtornos mentais e comportamentais e as doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas (Acúrcio, 2009). Avaliando os fenômenos em saúde por meio da estratificação de risco, é possível, ainda, notar que as mulheres, se comparadas aos homens, solicitaram em maior proporção medicamentos do serviço de dispensa nacional.

As características observadas na execução da coorte ilustram a situação a que se busca entender – a solicitação de medicamentos de alto custo no Brasil. Para tal, é necessário, ainda, considerar o espectro da transição demográfica em ocorrência no país, sendo o aumento da expectativa de vida e a maior necessidade de medicamentos pela população idosa protagonista de sua dinâmica social (Acúrcio, 2009).

A presença de um programa que garanta o acesso a medicações por meios públicos e gratuitos demonstra avanços dentro das políticas sociais. Entretanto, tal aplicação não abarca toda sociedade, sendo possível observar diversas pessoas desamparadas, com suas solicitações em situação de inércia. Assim, se considerarmos principalmente doenças de alta

morbimortalidade e curto tempo de evolução, entende-se que diversos indivíduos evoluam com prognóstico desfavorável, sem que recebam tratamento adequado à condição que os cerca.

Dessa forma, surge um questionamento referente à necessidade de medicamentos não incorporados a atos públicos normativos, mas que, mesmo assim, são essenciais ao tratamento da doença. A privação de seu acesso equitativo reflete a face mais dura do descumprimento dos princípios éticos doutrinários do SUS. É de noção geral, que a relação de medicamentos distribuídos pelo sistema público representa uma minoria de terapêuticas, direcionadas a doenças de maior frequência e com menor custo de tratamento. No entanto, no Brasil a relação dos indicadores de saúde pode não representar fidedignamente a situação de adoecimento da população, dada a frequente inabilidade dos sistemas de notificação e as elevadas taxas de subdiagnóstico. Considerando isso, é notório que a distribuição e nomeação de drogas disponíveis esbarra em diversos vieses que formalizam as desigualdades de direito básicos, os quais todos os cidadãos deveriam possuir em suas garantias individuais.

Ademais, no que se refere aos trâmites impostos ao indivíduo para acessar medicamentos, devem ser considerados os mecanismos processuais para sua aquisição e a situação em que o medicamento se encontra frente aos órgãos reguladores do sistema de saúde, dentro de sua inserção municipal, estadual e federal. A princípio, para que a judicialização da solicitação ocorra, é necessário que seja verificado os bancos de distribuição de medicamentos e as opções cobertas, dentro da Atenção Básica e nas farmácias locais. Em uma situação em que o fármaco esteja indisponível ou não seja parte da relação, é possível que seja aplicado processo administrativo ao estado enquanto requerente. Vale ressaltar, contudo, que para tal, se faz necessária a apresentação de documentos pessoais, número de registro no sistema público, dentre outras burocracias, a depender de cada caso; o que, em diversas situações, torna-se um fator limitante, considerando a situação nacional de alta taxa de analfabetização ou mesmo de inexistência funcional.

3.4 Panorama da judicialização da saúde no contexto nacional

Mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na Justiça brasileira, de acordo com dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2022, até o mês de outubro, foram ingressadas mais de 89 mil novas ações sobre saúde pública no Brasil. Entre os assuntos mais judicializados, estão questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos, ao tratamento médico-hospitalar, reajuste contratual e leitos hospitalares.

O ponto central da judicialização da saúde, no entanto, é seguramente a discussão quanto ao dever do Estado de fornecer medicamentos - de alto custo ou não incorporados ao SUS - a portador de doença grave que não possui condições financeiras para sua aquisição (Centro de apoio ao direito público, 2020)

Essa discussão se embasa na Lei 8.080, que dispõe as condições para promoção, prevenção e recuperação da saúde – ou seja, para atenção integral – bem como a organização funcional dos serviços oferecidos pelo SUS. Em específico, os usuários se respaldam principalmente à luz dos princípios éticos-doutrinários de universalidade, integralidade e equidade, bem como do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que garante ser a saúde e a assistência aos desamparados um direito social por ela defendido; e do 196, que determina: “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.”

Para instrumentalizar e orientar tal responsabilidade solidária, o Brasil deu início, em 1964, à elaboração de listas de medicamentos classificados como essenciais, por meio do Decreto nº 53.612, de 26 de dezembro de 1964, que definiu a Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Em 1975, por meio da publicação da Portaria nº 233 do Ministério da Previdência e Assistência Social, a lista foi oficializada como Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

O RENAME é um documento que contém a lista de medicamentos essenciais dispostos de forma gratuita no Brasil. Essa lista é atualizada bianualmente e serve como referência para a seleção dos medicamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O RENAME é elaborado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC) e contém informações sobre os medicamentos considerados fundamentais para o tratamento de doenças prioritárias (Ministério da Saúde, 2022).

A atualização permanente da RENAME, como instrumento promotor do uso racional e lista orientadora do financiamento e acesso a medicamentos no âmbito da Assistência Farmacêutica, torna-se um grande desafio para os gestores do SUS, diante da complexidade das necessidades de saúde da população, da velocidade da incorporação tecnológica e dos diferentes modelos de organização e financiamento do sistema de saúde (Rename, 2022).

Entretanto, apesar de suas amplas medidas organizacionais e de financiamento, no que diz respeito à oferta gratuita e universal de medicamentos e insumos, frequentemente o Estado se faz omissivo ou se diz impossibilitado ao cumprimento seu dever provedor, respaldando-se na reserva do possível. Dois são os principais contextos em que o indivíduo se vê desamparado e obrigado a recorrer a meios judiciais para assegurar o acesso às medicações necessárias para a manutenção de sua saúde: o não fornecimento dos medicamentos essenciais contemplados no RENAME ou na lista de medicamentos de alto custo do SUS; ou a necessidade de medicamentos não contemplados nestes documentos. Na primeira situação, há uma maior facilidade de se conseguir a medicação e contornar a inércia das entidades executivas, uma vez que a responsabilidade do Estado está determinada constitucionalmente. Na segunda, entretanto, os meios tornam-se mais onerosos (Ministério da Saúde, 2022)

Diante do grande contingente de judicialização referentes ao segundo contexto, em 2018 o tribunal de justiça do RJ deu início, através do relator Benedito Gonçalves, a uma tese por tema repetitivo que diz respeito à obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Ministério da Justiça, 2018). Atualmente trâmite em julgado, firmou-se que concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i. Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii. Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii. Existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Desta forma, válido para todo território nacional, o Estado torna-se responsável por garantir à população não apenas os medicamentos contemplados em atos normativos do SUS, mas todos aqueles imprescindíveis à saúde do indivíduo. No entanto, para que estes sejam fornecidos, faz-se necessário o reconhecimento judicial dos requisitos processuais exigidos, contribuindo com o aumento da quantidade de processos referentes à judicialização da medicina.

É nesse contexto amplo, de responsabilidade solidária dos entes federativos pela oferta e custeio de tudo quanto seja necessário para este fim – do tratamento e internação até os cuidados, terapias, insumos e medicamentos – que surgem os conflitos.

O cenário de poucos recursos e muitas necessidades coloca o fornecimento de medicamentos, os de alto custo, como um dos principais pontos controvertidos a produzir questionamentos e demandar respostas do Poder Público, recaindo sobre o Poder Judiciário a tarefa de dirimir as situações de conflito. Com efeito, o interesse no tema da judicialização da Saúde segue atual e renova-se diuturnamente (Centro de apoio ao direito público, 2020).

3.5 A reserva do possível

Os direitos sociais – desde suas afirmações históricas – são entendidos como direitos dependentes da disponibilidade de recursos públicos, necessários às satisfações das prestações materiais que constituem seus objetos (saúde, segurança, educação, transporte etc.). Por meio da composição do orçamento público, quem governa e quem legisla possuem o poder de decidir, entre as prioridades públicas, onde alocar esses recursos. Entre as necessidades públicas a serem efetivadas e os recursos existentes – limitados e escassos -, surge, aqui, a temática da “Reserva do Possível”.

De modo geral, “reserva do possível” significa dizer que os direitos sociais são concretizados pelo Estado conforme a existência de recursos públicos econômicos disponíveis.

A “reserva” é uma espécie de limite jurídico e de eficácia aos direitos fundamentais. Entretanto, ela pode constituir uma garantia aos direitos fundamentais – observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial (tema analisado mais a frente) – quando houver conflitos de direitos, e sua invocação, condicionada à insuficiência de recursos, servir como salvaguarda do núcleo essencial de outro direito fundamental. (Sarlet & Figueredo. 2008, p.12)

Sua ideia consiste em destinar todo o possível para atender os direitos fundamentais do indivíduo, até seu esgotamento, sem que ponha em risco outro orçamento público. A “reserva” não é uma negativa do Estado em cumprir direitos, mas uma alegação que o limita a não atender aquilo que ele não tem condições, naquele momento, de prover. (Silva & Vita. 2014, p. 254)

Quando a “reserva” é utilizada como uma “defesa-padrão” nas contestações elaboradas pelo Estado, ela começa a criar características de obstrução à efetividade dos direitos fundamentais-sociais, pois visa, na maior parte das vezes, negar direitos.

Sim, a reserva do possível é uma matéria que pode ser usada pelo Poder Público, como forma de defesa. Aliás, ela é matéria que pode ser alegada somente pelo Estado. Inviável a possibilidade de um particular alegá-la. O Estado, quando alega, tem o ônus de prová-la. Não basta simplesmente citá-la de forma genérica. Ele deve demonstrar pormenorizadamente sua situação de insuficiência de recursos. (Lazari, 2012, p. 44).

3.6 O mínimo existencial

Entre o direito fundamental à saúde, e a decisão do Estado - em sua forma representativa - de negar esse direito por motivos de impossibilidades financeiras, um direito, do qual o Poder Público não possui domínio, surge para proteger o homem e sua dignidade: O Mínimo Existencial (Torres, R. L. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. p. 29)

O “mínimo” não possui expressa redação constitucional, tão pouco um conteúdo específico. Ele engloba qualquer direito (saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, transporte etc.), uma vez que dispõe de um aspecto essencial e um inalienável. Ele é imensurável em critérios de qualidade e quantidade. Sua premissa parte do ideal de distribuição de riquezas. (Torres. op citada, idem)

O “mínimo” é um conjunto de condições elementares do homem, consistente em uma forma de assegurar a ele sua dignidade, sem que esta seja objeto de intervenção estatal. (Lazari, op. citada, p. 70)

A sobrevivência do homem desaparece se ele não tiver ao seu dispor um “mínimo” de condições. O “existir” de alguém não faz sentido se ele não perdurar. Essas condições são necessárias à continuidade da existência do homem, uma vez que permitem a ele o gozo de uma vida digna. Tais condições, enquanto concretas, por sua vez, não podem retroceder à inferioridade do “mínimo”. (Torres, op. citada, idem)

O “mínimo”, portanto, apresenta duas vertentes: Uma garantística e outra prestacional. A perspectiva garantística tem como objetivo efetivar direitos e deveres por meios que forneçam condições mínimas de vivência digna à pessoa e à sua família. A título de exemplo, um desses meios que possibilitam a concretização do “mínimo” é o pagamento de tributos. Já a perspectiva prestacional é aquela que se exige do Estado. (Guerra & Emerique, 2006, p. 387)

O mínimo existencial, para Sarlet (citado por Guerra & Emerique), está atrelado às prestações de recursos materiais essenciais, como o salário-mínimo, a assistência social, a educação, o direito à previdência e o direito à saúde (op. citada, p. 390)

Pode-se dizer que o mínimo existencial é um sistema único da teoria dos direitos fundamentais, que visa dar efetividade às lutas sociais contra a exclusão social e a miséria. Ele é um norte às demandas contra o Poder Público, e serve como um direito significativa expressividade às motivações judiciais e às escolhas políticas. (Oliveira, 2012, p.14)

O mínimo existencial aparece como uma matriz à construção dos direitos fundamentais nas variadas acepções culturais e políticas que firmaram o Estado ao longo da História. No Estado Liberal, o “mínimo” era a pura liberdade do ser frente à abstinência do Estado, no sentido de que este não deveria intervir na sua esfera particular. Cabia ao homem buscar por si próprio os meios de subsistência. No Estado Social, o mínimo consistia nas prestações positivas que o Estado era obrigado a cumprir no meio social. No atual Estado Democrático de Direito, os direitos mínimos e a democracia deliberativa constituem pilares da ordem jurídica e social, tendo como um norte a dignidade da pessoa humana. Note-se, as conquistas histórico-sociais não são esquecidas, mas firmadas no conteúdo da dignidade da pessoa humana. (Oliveira, op. citada, p.16)

Na década de 1950, na Alemanha, o primeiro jurista a defender a ideia de um mínimo indispensável à existência do ser humano foi Otto Bachof. Segundo ele, o princípio da dignidade da pessoa humana (*art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha*) não demanda somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, uma vez que, sem recursos materiais à existência digna, a própria dignidade da pessoa humana resta sacrificada. No ano seguinte, após a argumentação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, no primeiro ano de sua existência, admitiu ao indivíduo carente um direito subjetivo que deveria ser prestado pelo Estado, com base nessa argumentação, da dignidade da pessoa humana, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, dever ser reconhecido como um titular de direitos e deveres, implicando, desse modo, na manutenção de suas condições de existência. (Sarlet, 2008, p. 6.)

O “mínimo” busca um equilíbrio entre as reservas financeiras estatais e as necessidades infinitas da população, considerando que, no exaustivo trabalho de prestar os direitos sociais aos indivíduos, o Estado não os preste de forma insatisfatória – embora na prática isto seja comum. (Oliveira, O. P. citada, p. 18)

O mínimo existencial, por assim dizer, é um mecanismo de defesa do indivíduo à alegação da reserva do possível argumentada pelo Estado. É um argumento que, na seara judicial, só pode ser alegado pelo indivíduo demandante de prestações fundamentais-sociais. Não faria sentido o Estado afirmar, por exemplo, que, em nome do mínimo existencial, ele não fornecerá determinado medicamento a um cidadão, pois não possui recursos financeiros ou orçamentários para tal. Não constitui objetivo do mínimo existencial anular direitos fundamentais-sociais, mas antes garanti-los e efetivá-los aos indivíduos que deles necessitem. (Lazari, 2012, págs. 70-73)

A doutrina costuma estabelecer alguns conteúdos à saúde a fim de se buscar um patamar de mínimo existencial.

4. Considerações Finais

Estudou-se a saúde como um direito fundamental. Foi visto, neste estudo, que ela se refere a um “completo bem-estar físico, mental e social”, não em mera conceituação de que se trata de ausência de doença. Viu-se, também, que a Constituição Federal se compromete a prestar a saúde para todos os indivíduos, estabelecendo que ela é um direito de todos e dever do Estado. Analisou-se, em linhas gerais, a Lei nº 8.080/90, regulamentadora do SUS. Nessa perspectiva, foi estudada um pouco da estrutura administrativa do SUS. Depreendeu-se ainda que, embora a saúde seja um direito social, de caráter difuso e coletivo, o destinatário real dela é sempre o indivíduo. Em um panorama histórico, observa-se que, em verdade, por ser um direito intrínseco à vida, a saúde é um direito fundamental de aplicabilidade imediata, que não pode ser excluído da apreciação do Judiciário (*arts. 5º, §1º e 5º, XXXV, da Constituição Federal*).

No que diz respeito ao Ativismo Judicial, visualizou-se que este é um fenômeno muito ocorrido na prática jurídica, o qual possui como objetivo efetivar as demandas de cunho fundamental e social dos indivíduos que se encontram necessitados devido à falta de atuação política dos órgãos representativos – Legislativo e Executivo. Assim, quando o Judiciário é acionado a decidir esses casos concretos, ele corriqueiramente tende a obrigar os órgãos representativos a implementarem políticas que até então não fizeram. A discussão causa controvérsia e divisão de posicionamentos. De um lado há quem defenda que tal atuação do Judiciário é inconstitucional, uma vez que se estaria ferindo a separação de poderes. De outro lado, defende-se que o Judiciário está autorizado a obrigar os órgãos representativos a criarem políticas públicas, devido ao fato deles terem se mantido inertes e omissos. Isto é, ao se utilizar do Ativismo, o Judiciário estaria simplesmente ordenando às demais funções o cumprimento da Constituição.

Avaliando as possibilidades existentes dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), considera-se que o Brasil se coloca como uma nação ideal, que garante acessos diversos e atenção a população de forma integrativa. No entanto, persistem ainda os desafios relacionados a compreensão da dinâmica do adoecimento, com dados relevantes que integrem o conhecimento científico ao fornecimento completo de cuidados em saúde. Dessa forma, denota-se a necessidade de aprimoração dos indicadores de saúde que organizam as ações do sistema e tornam possível o acesso às terapêuticas, e, fornecimento de condições para o rastreamento epidemiológico dos eventos em saúde próprios da população brasileira. Por fim, adequar um sistema de notificação compulsória para todo e qualquer tipo de diagnóstico dado dentro das instituições de saúde, pode auxiliar na compressão e reestruturação do conhecimento das entidades regulamentadoras da situação de saúde da população.

Com isso, surge a necessidade de maior atuação do sistema judiciário dentro das questões de saúde, e não apenas nos espaços voltados a análise e discussões de demandas entre indivíduo e poder Judiciário. Essa atuação, pode ser fornecida pela instalação de um canal do sistema legal dentro de repartições de saúde à nível municipal, tornando possível a comunicação de indicadores, necessidades individuais e acesso integral ao mínimo existencial, mesmo que não haja regulamentação própria, mas que observe o indivíduo com ser social e individual. Assim, é possível que o tempo demandado as análises jurídicas de solicitações de medicamentos poderão ser reduzidas, e o aporte de solicitações em acúmulo avaliado garantido julgamento correto e possibilidade de sucesso prognóstico ao paciente, que frente a demora de resposta dos processos de requerimento à tratamento, participa de desfechos negativos em mortalidade, piora clínica e pior prognóstico.

Quanto à Reserva do Possível, matéria comumente utilizada pelo Estado nas demandas fundamentais-sociais, este afirma que não possui recursos financeiros e orçamentários suficientes à efetivação das necessidades individuais de saúde. Tal argumento é utilizado de forma errônea pelo Estado brasileiro a fim de que se excluam suas responsabilidades constitucionais, não servindo como forma do Estado de se eximir de cumprir seus deveres constitucionais.

Por fim, verificou-se o mínimo existencial. Este, por sua vez, surge como um contraponto à teoria anterior. Ele constitui um núcleo aos direitos fundamentais e sociais, no sentido de afirmar ao Estado que o indivíduo é detentor de dignidade e, portanto, para não ser depredado pelas escolhas políticas, merece ter garantido à sua pessoa um mínimo de sobrevivência que o permita existir dignamente. Neste passo, viu-se que a alegação da reserva do possível não é matéria apta a excluir do indivíduo seu direito às prestações fundamentais.

Referências

- Acúrcio, F. A. et al. (2009). Perfil demográfico e epidemiológico dos usuários de medicamentos de alto custo no Sistema Único de Saúde. *Revista Brasileira de Estudos de População*. 26 (2), 263-82. <https://doi.org/10.1590/S0102-30982009000200007>.
- Barcellos, A. P. (2008). O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. 1 (1), 279-309
- Balestro, G. S & Gomes, R. N. (2015). A função contramajoritária da jurisdição e os Direitos Fundamentais Sociais prestacionais. (p. 35-52) - *Processo e Constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

- Barcelos, A. P. (2008). O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, 1(1) jul./dez.
- Barroso, L. R. (2007). Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007. www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf
- Barroso, L. R. (2012). Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)thesys, 5(1), 2012. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>
- Bontempo, A. G. (2005). Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá.
- Branco, P. G. G. (2011). Em busca de um conceito fugido – O ativismo judicial *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm.
- Brasil. (2007). Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. (2007b, julho). As causas sociais das iniquidades em saúde no Brasil. DATASUS/MS. <http://www.cndss.fiocruz.br/pdf/home/relatorio.pdf>
- Brasil. (2021). Conselho Nacional de Justiça. (2021). Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ. <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/#:~:text=Em%202022%2C%20j%C3%A1%20foram%20registradas,entre%20as%20partes%2C%20em%202021>
- Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brasil. (2000). Ministério da Saúde. (2000). Política Nacional de Medicamentos. *Revista Saúde Pública*, 34, 206.
- Brasil. (2022). Relação Nacional de Medicamento – RENAME – 2022. <https://bvsm.sau.gov.br/publicada-a-relacao-nacional-de-medicamentos-rename-2022/>
- CADIP; TJ-SP. (2020). Judicialização da saúde, fornecimento de medicamentos pelo poder público – Centro de apoio ao direito público (CADIP)/tribunal de justiça de SP. <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Judicializacao-da-Saude.pdf>
- Carvalho, S. de. (2011). Como (não) se faz um trabalho de conclusão. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro.
- Cunha Junior, D. da. (2012). Curso de Direito Constitucional. (6ª ed.). Salvador, Bahia: Juspodivm.
- Filho, A. J. Q. T. de C. A.; & Aranha, M. D. de C. C. (2014). A Legitimidade Constitucional do Ativismo Judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 86, 307-325.
- Filho, J. T. C. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf
- Guerra, S. & Emerique, L. M. B. (2006). O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 7(9), 379-397.
- Lazari, R. J. N. de. (2012). Reserva do Possível e Mínimo Existencial: Um necessário estudo diálogo. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário “Eurípedes” de Marília.
- Mattos, K. D. G. de; & Souza, G. A. de. (2011). Ativismo judicial e direito à saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos.
- Mendes, K. R. (2013). Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva.
- Ministério da Justiça. Supremo Tribunal de Justiça. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106
- Moreira, L. A. et al. (2022). As dificuldades no rastreio e diagnóstico do câncer de próstata: uma revisão integrativa. *Research, Society and Development*, 11(8), e48011831213-e48011831213.
- Oliveira, C. R. G. de. (2012). Teoria do Mínimo Existencial como Fundamento do Estado Democrático de Direito – Um diálogo na busca de uma existência digna. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN*, 14(2), 11-32.
- Pimenta, P. R. L. (2012). As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de informação legislativa*, 49(193), www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496554
- Queiroz, R. M. R.; & Feferbaum, M. (2022). *Metodologia da pesquisa em direito*. Saraiva.
- Rebello, N. M. B. de S. V. (2013). *Civilizado Homem Selvagem: Um passeio pela História e pelo Direito*. Belo Horizonte: Ius.
- Sarlet, I. W. (2012). Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Sarlet, I. W.; & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 24. http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigo/edicao024/ingo_mariana.html
- Silva, D. B. (2015). Protagonismo Judicial à Brasileira: Contextualização Jurídico-Teórica da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial. Em *Processo e Constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito.
- Silva, K. Z. da & Vita, J. B. (2014). O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, 14(1), 241-264.
- Torres, R. L. (1989). O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *R. Dir. Adm.* Rio de Janeiro, 177, 29-49. [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271](bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271)
- Vieira, F. S. (2010). Assistência Farmacêutica no sistema público de saúde no Brasil. *Revista Panamericana de Saúde Pública*, 27, 149-156.