

O DIREITO À SAÚDE EM CONTRAPARTIDA COM O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Adriana da Costa Silva¹, Vanuza Pires da Costa²

¹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNIRG. e-mail: <drianas2@outlook.com>

²Especialista. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário UNIRG. e-mail: <vanuzapires.adv@gmail.com>

Resumo: O presente trabalho tem como escopo discorrer sobre o direito à saúde como um dever do Estado no contexto dos direitos fundamentais elencados no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, analisando a aplicação do princípio da reserva do possível como limitador da efetividade do direito à saúde. A pesquisa foi realizada procurando explicar a problemática do direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Tendo como base o referencial bibliográfico, pode-se deduzir que, no momento em que um princípio, como por exemplo, o princípio da reserva do possível se sobrepõe a um direito fundamental, como o direito fundamental à saúde, estará em desacordo totalmente as normas constitucionais, o que é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por cláusula pétrea. Assim, a efetividade dos direitos fundamentais não pode depender do princípio da reserva do possível, tendo em vista que o direito à saúde é um direito fundamental que deve ser protegido, conforme assegura a carta magna. Primeiro será abordado o direito à saúde como princípio fundamental do direito à vida. Em seguida faremos o cotejo do princípio da reserva do possível no que se refere à escassez de recursos e a necessidade de escolher as prioridades para os recursos existentes, como também o dever do Estado na prestação de atendimento à saúde, obrigação está solidária entre os três entes União, Estados e Municípios.

Palavras-chave: direito à saúde, dever do Estado, Reserva do Possível.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade fazer uma análise sobre o direito à saúde, este que é assegurado pela Constituição Federal de 1988, como também a inaplicabilidade desse direito fundamental, pela falta de implementação de políticas públicas por parte do Estado.

O direito à vida é a base para existência de vários outros direitos, sendo inserido no artigo 5º da carta constitucional juntamente com várias outras garantias individuais, como liberdade, igualdade entre outros. Essas garantias são mencionadas no artigo 5º como direitos fundamentais, ao ser humano.

O direito à saúde é caracterizado como uns direitos sociais, possuindo assim a característica de exigir do Estado ações efetivas que busquem melhorar a saúde. Tendo em vista que o direito à saúde é essencial ao cidadão, sem o qual não haveria como pleitear outros direitos lhe garantidos. Desta forma este é um meio para a manutenção da vida, resultando em uma prestação obrigacional do Estado.

Para ser mais bem compreendido, foi dividido em cinco subtítulos. O primeiro aborda a garantia do direito fundamental à saúde como garantia constitucional conferida ao cidadão. No segundo subtítulo trata do princípio da reserva do possível não podendo ser banalizada a responsabilidade estatal para casos que fogem ao seu controle.

O terceiro subtítulo vai analisar a obrigação solidária entre os três entes Estado, União e Municípios para garantir o direito à saúde aos seus cidadãos. Pois as três esferas compõem um sistema Único, sendo partes legítimas para responder a demanda. No quarto será discutida a escassez de recursos e a seleção de prioridades pelo administrador público.

E por último os tratamentos que ultrapassam os limites da lei orçamentária a fim de prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A garantia da saúde engloba o fornecimento de medicamentos e meios necessários para manutenção da vida, como também boa alimentação, assistência social, trabalho e moradia digna.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A prestação dos serviços de saúde constitui parte do núcleo do mínimo existencial consagrado em nossa Constituição Federal, que não pode ser negado aos administrados, sendo inaplicável quando se tratar da efetivação de direitos fundamentais, como à saúde e à vida.

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Nessa perspectiva, em seu artigo 6º, estabelece como “direitos sociais fundamentais a educação, à saúde, à alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Em interpretação objetiva da regra constitucional tem-se que o direito à saúde exclui qualquer discriminação de atendimento de um e de outro cidadão, pois todos têm direito de obter o tratamento que precisa. A saúde está elevada ao patamar de dignidade humana tão decantada nas últimas décadas, a exemplo das anteriores das cartas magnas.

O artigo 196, da Constituição Federal, reconhece que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Vê-se, pelo texto da Carta Federal, que a regra não é programática, ou seja, não exige a edição de outra lei de caráter infraconstitucional para sua exequibilidade; é pragmática, de eficácia imediata, posto seu caráter autoaplicável, por isso geradora de deveres para o Estado e direito para o cidadão.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, prevê em seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prever as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1990)

A lei nº 8.080/1990 estabeleceu também em seu artigo 7º, que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou convencionados que integram o SUS – Sistema Único de Saúde é

desenvolvido de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988.

A relevância pública do serviço de saúde, de prioridade estatal, impõe à administração cumprir o requisito oferta de saúde, e executá-lo, pessoal ou através de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, estabelecendo que é de acesso amplo e irrestrito a todo cidadão, a ser proporcionada descentralizada pelos distintos entes (Municipal, Estadual, Distrital e da União), com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo algum da atividade assistencial posterior ao evento, na medida da necessidade.

A prestação dos serviços de saúde constitui parte do núcleo do mínimo existencial consagrado em nossa CF, que não pode ser negado aos administrados. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativas jurídico indisponível assegurado à generalidade das pessoas pela Constituição Federal da República. Constitui bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incube formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Ademais, a restrição de direitos fundamentais sociais somente se justifica quando não viola o mínimo existencial, ou seja, o núcleo essencial desses direitos. Mesmo existindo a limitação orçamentária do Estado, não cabe a administração, por meio do poder discricionário, fazer escolhas no tocante a concretizar ou não o mínimo existencial de determinado direito fundamental, uma vez que esses são considerados pilares da existência humana digna, razão pela qual não podem ser ouvidas.

Vale destacar que o objetivo maior do Estado é sempre concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, pois, esses são indispensáveis para a vida humana digna. Se não bastasse, o artigo 227, da Constituição Federal, impõe:

É dever da família e da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Com a implementação do SUS, a efetivação do direito à saúde, no Brasil, apresentou grande progresso, garantido a todos, do mais pobre ao mais rico, o direito a um tratamento de saúde integral e totalmente gratuito, cumprindo desta forma a ordem imposta pela Constituição.

É dever do Estado e não uma faculdade proporcionar o mínimo de condições para que a população possa ter dignidade quando necessitar de cuidados em sua saúde. Vejamos a declaração dos Direitos Humanos, que dispõe em seu art. XXV:

[...] Todas as pessoas têm direito a um padrão de vida adequado à saúde e bem estar próprios e de sua família, particularmente alimentação, moradia, vestimentas e assistência médica e necessários serviços sociais, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outra falta de meios de sobrevivência em circunstância fora de seu controle. (ONU, 1948, p.12)

2. 2 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em virtude da relevância econômica no objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstâncias que ensejam tomada de decisões acerca da destinação de recursos públicos, cometidos aos órgãos políticos e, para tanto, legitimados. O poder judiciário, diante da carência de recursos do executivo para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, os quais em sua maioria implicam em prestações positivas, deve procurar preservar, sempre que possível, a vontade do administrador público de saúde, educação etc. Ocorre que se sabe de sobejo, que o judiciário cabe apenas analisar as formalidades legais, não lhe cabendo adentrar no mérito dos autos peculiares da administração pública.

Em cumprimento a responsabilidade comum e solidária de prover saúde por parte do Estado Brasileiro – artigo 23, II, da CF -, o texto Constitucional determinou o repasse obrigatório de percentuais mínimos do produto da arrecadação pelos entes federados maiores (União e Estados) aos entes menores (Estados, Distrito Federal e Municípios), para custeio e investimentos nas ações e nos serviços de saúde.

Tivemos a edição do Decreto Lei nº 1.232/1994, que dispõe em seu artigo 2º que:

Art. 2º. A transferência de que trata o art. 1º fica condicionada à existência de fundo de saúde e a apresentação de plano de saúde, aprovado pelo respectivo conselho de saúde, do que conste a contrapartida de recursos no orçamento do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º. Os planos Municipais de saúde serão consolidados na esfera regional e estadual e a transferência de recursos pelo fundo nacional de saúde dos Municípios fica condicionada à indicação, pelas Comissões Bipartites da relação de Municípios que, além de cumprirem as exigências legais, participam dos projetos de regionalização e hierarquização aprovados naquelas comissões, assim como à disponibilização de recursos.

§ 2º. O plano de saúde discriminará o percentual destinado pelo Estado e pelo Município, nos respectivos orçamentos, para financiamento de suas atividades e programas. (BRASIL, 1994)

Assim, compete aos entes públicos Estaduais e Nacionais, o devido repasse de verbas para incrementar o custeio da saúde pública no âmbito dos Municípios, não devendo banalizar a responsabilidade estatal para albergar casos que fogem ao seu controle, o que inviabiliza a sua própria existência. Nem se pode admitir imunizar o Estado do cumprimento de seus deveres constitucionais. Uma vez consagrado, no texto constitucional, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tem-se que o Estado, representado pelos poderes executivos, legislativo e judiciário, deve procurar todas as formas de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais.

Assim leciona a doutrina:

[...] O princípio da reserva do possível consiste em uma falácia, decorrente de um direito constitucional comparado equivocadamente, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada aquela dos países membros da União Europeia (KREL, 2002, p. 53-54).

Ocorre que o poder público não pode se eximir de sua responsabilidade de fornecer ao cidadão contribuinte a possibilidade de ter atendimento adequado para a enfermidade da qual é acometido. Se a Lei

Maior impõe ao Poder Pública a promoção da saúde e a garantia da vida, compete a esse mesmo Poder Público a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos que serão utilizados no tratamento prescrito pelo médico.

A doutrina é enfática ao afirmar que:

O Estado tem o ônus de provar os motivos para não cumprir uma prestação a direito social, só assim poderá alegar a reserva do possível, apesar da reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos econômicos, o que observa é uma banalização no seu discurso por parte do poder público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de narrativa de efetivação de direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial: é preciso demonstrá-la. (...) Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o poder público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do poder público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capaz de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental (MARMELSTEIN, 2008, p.27).

2.3 OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

A CF de 1988 consagra como fundamento da república, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessita. O direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O direito à saúde foi qualificado pela Constituição Federal, em seu artigo 6º, como direito social e consagrado como direito humano fundamental, de modo que foi instituída a responsabilidade solidária entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para implementar políticas públicas, qualificando a saúde como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário com atendimento integral.

A saúde é um direito fundamental de importância elevada para os indivíduos e a sociedade em geral e que está garantido no texto constitucional, além da presença, na carta magna, há inserção em diversos textos legais, estando assim inserido diretamente no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, desde o seu nascimento até o final de sua vida.

A atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, a saúde é direito social e fundamental, o qual deve ser implementado pelo Estado por meio de políticas públicas e sociais que propiciem seu gozo efetivo.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da preservação da saúde dos cidadãos em geral

impõem ao Estado a obrigação de fornecer, prontamente, medicamentos, intervenções cirúrgicas e insumos necessários, em favor de pessoa hipossuficiente, sob a responsabilidade solidária dos entes públicos.

As ações e os serviços públicos de saúde das três esferas compõem um sistema único, de tal modo que qualquer dos entes da federação é parte legítima para responder à demanda que objetiva tais prestações. Vejamos o teor do seguinte julgado:

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR. NECESSIDADE DE TRASFERÊNCIA PARA UNIDADE DE SAÚDE QUE REALIZE CIRURGIA CARDÍACA PEDIÁTRICA. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. DIREITO FUNDAMENTAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO EM GARANTIR ATENDIMENTO MÉDICO NECESSÁRIO E ADEQUADO. IRRESIGNAÇÃO DO ENTE ESTATAL IMPROCEDENTE. POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. OPINATIVO DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA INTEGRADA EM REEXAME NECESSÁRIA MANTIDA. (TJ-BA. Remessa Necessária: 0005952220158050175. Relator(a): Maria de Fátima Silva Carvalho, Segunda Câmara Cível, DJ: 31/01/2018)

Deve ser fornecido de forma solidária, prescrito no artigo 23, inciso II, e 196 da Carta Magna brasileira. A saúde é um dever do Estado porque é financiado por impostos que são pagos pelo contribuinte ao Município, Estados e União e estes tem que criar condições para que toda e qualquer pessoa tenha acesso aos serviços de saúde, hospitais, tratamentos programas de prevenção e medicamentos.

Observemos o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à reponsabilidade solidária dos entes federados:

É assente o entendimento de que a saúde pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do poder público, expressão que abarca a União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõe os artigos 2º e 4º da lei 8.080/1990. Assim, o financiamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda. A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não incorre em condenação genérica o provimento jurisdicional que determina ao Estado prestar tratamento de saúde e fornecer medicamentos necessários ao cuidado contínuo de enfermidades determinadas e já diagnosticadas por médicos. (STJ, AREsp:1068726 PR 2017/0055908-7. Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Data da publicação: 08/05/2017)

A concretização do SUS, consoante o disposto na Constituição da República, é de responsabilidade dos três entes da federação. A lei maior estatui que o SUS perfaz um sistema único, estabelecendo um sistema de cooperação entre os entes federados especialmente no que concerne ao financiamentos das ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo que tal financiamento deve ser tripartite, ou seja, recurso do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Supremo Tribunal Federal em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355 – AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. No mesmo sentido se posicionou o ministro Gilmar Mendes no voto proferido nos autos da suspensão da Tutela Antecipada 175 – AgR/Ce, do que se extraiu: “O

dispositivo constitucional deixa claro que, para além dos direitos fundamentais à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Sobre o tema, nada melhor que as sabias palavras da Dra. Edilene Pereira de Amorim AlfaixNatário, relatora do agravo de instrumento nº 0001845-84.2016.827.0000, TJ-TO, que manteve a decisão liminar nestes autos, *in verbis*:

Inicialmente convém esclarecer que as políticas públicas não se confundem com direito à saúde, sendo aquela um instrumento apto para efetivação destes. Assim, somente no âmbito das políticas públicas há discricionariedade para eleger as prioridades, planejar e implementar direitos fundamentais, ou seja, a discricionariedade restringe somente ao meio a ser utilizado e nunca sobre a opção de efetiva-lo ou não.

Isso decorre porque o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, corolário do direito à vida; as disposições constitucionais neste sentido são autoaplicáveis, conforme encartado no § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal, dada a importância dos referidos direitos. Neste jaez, a proteção à inviolabilidade do direito à vida deve prevalecer em relação a qualquer outro interesse estatal, já que sem ela os demais interesses socialmente reconhecidos não possuem o menor significado ou proveito.

Neste contexto, não se pode falar que a intervenção judicial para cumprimento desse dever pelo Estado encerraria suposta ingerência do poder judiciário na esfera da administração, até porque, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos e garantias consagrados constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada, sem admissão de qualquer exegese que oriente no sentido de afastar a garantia pética. (TJTO. AI nº 0001845-84.2016.827.0000. Relatora: Des. Edilene Pereira de Amorim Alfaixnatário, Palmas,TO, 2016)

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro e fundamentado no estado democrático de direito, não pode o Estado omitir-se do cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. É obrigação das autoridades públicas assegurar a todos indistintamente, o direito à saúde, conforme preconiza no dispositivo constitucional.

Quando falamos em direito à saúde, estamos falando em um direito social, humano e fundamental. Sua essência está intimamente ligada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Valore estes garantidos pela Constituição Federal.

2.4 ESCASSEZ DE RECURSOS E SELEÇÃO DE PRIORIDADES PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO

O direito à saúde, garantido pela Constituição Federal é tratado pelos juristas como a mais preciosa garantia individual a ser tutelada pelas normas. Neste sentido ensina Moraes: “A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna à subsistência (MORAIS, 2012, p. 341).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe que criança e adolescente deve ter o seu direito à vida e à saúde protegido com prioridade pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo poder público. As crianças têm primazia para receber proteção e socorro em qualquer circunstância

conforme artigo 4º do ECA. Têm também o direito de ser atendidos com precedência pelos serviços públicos ou de relevância pública como dispõe o artigo 11 do ECA. Além disso, o ECA dispõe que nenhuma criança ou adolescente sofrerá qualquer forma de negligência e discriminação. (BRASIL, 1990)

A sociedade como um todo precisa mobilizar de maneira a alcançar a concretização do direito à saúde ao maior número possível de menores que necessitam, uma vez que este direito guarda primazia perante os demais. O artigo 7º, do capítulo I, do Estatuto da Criança e do adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência. Nesse sentido vejamos o que diz a doutrina:

A palavra primazia, precedência, preferência, privilegiada e prioritária guardam a mesma sintonia semântica implicando na constatação de que o reconhecimento dos direitos fundamentais efetuado a todos os seres humanos pelo artigo 5º da Constituição Federal. Instituído um reconhecimento de direitos às crianças e adolescentes, qualificado pela precedência no gozo de direitos diante de qualquer outro grupo social, o artigo 227 da CF em cotejo com o artigo 4º do ECA não significa que outros grupos não possam acessar direitos ou que não os possam acessar na mesma intensidade que crianças e adolescentes. Significa, sim, o reconhecimento da fase peculiar de desenvolvimento que é a infância e a adolescência” (MITIDEIRO, 2007. p. 109).

Conclui-se, assim, que cabe somente ao legislador decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, o que não implica em desqualificar os direitos sociais como fundamentais. O Estatuto da Criança e do adolescente reserva capítulo especial à regulamentação do direito à saúde, condizendo com o princípio da proteção integral, segundo o qual crianças e adolescentes, devido a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, têm prioridade e, por isso, necessitam de maiores cuidados e especial proteção por parte do estado e da sociedade. Nesse sentido: a prestação dos serviços de saúde constitui parte do núcleo do mínimo existencial consagrado em nossa Constituição Federal, que não pode ser negado aos administrados.

Felipe Dutra Asensi, sobre o assunto, assevera que:

O princípio da integralidade se traduz na ideia de que o indivíduo deve ser visto como uma totalidade bio-sócio psíquica, além de ter direito aos serviços de saúde de baixa, média e alta complexidade de forma humanizada. Ao mesmo tempo, tal princípio preconiza que os problemas de saúde vão além da mera presença ou ausência de doença, pois envolvem condicionantes sociais de múltiplas naturezas. Buscou-se, ainda, promover medidas que afastassem a exclusividade da noção de especialidade médico cuidado em saúde, de modo a constituir uma atenção em saúde mais integral, que considerasse o usuário como um sujeito participe do seu processo de prevenção, proteção e recuperação. (ASENSI, 2013, p. 140)

Vejamos também o entendimento Daniel Mitideiro:

A palavra primazia, precedência, preferência, privilegiada e prioritária guardam a mesma sintonia semântica implicando na constatação de que o reconhecimento de direito às crianças e adolescentes não é mera repetição do reconhecimento dos direitos fundamentais afetando a todos os seres humanos pelo artigo 5º da Constituição Federal. Instituído um reconhecimento de direitos às crianças e adolescentes, qualificado pela precedência no gozo de direitos diante de qualquer outro grupo social, o artigo 227 da CF em cotejo com o artigo

4º do ECA não significa que outros grupos não possam acessar direitos ou que não o possam acessar na mesma intensidade que crianças e adolescentes. Significa, sim, o reconhecimento da fase peculiar de desenvolvimento que é a infância e a adolescência. (MITIDEIRO, 2007, p.109)

Nesse sentido, ressoa o entendimento do decano Ministro do STF, Celso Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõe ao julgador e uma do possível opção: aquele que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde dos humanos. (RE 393175/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 01/02/2006, DJ 10/02/2006)

2.5 TRATAMENTOS QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DA LEI ORÇAMENTÁRIA, AFIM DE PRESTIGIAR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA :

O poder público tem o dever constitucional de fornecer medicamentos e insumos indispensáveis para o tratamento de usuários do SUS, proporcionando-lhes o acesso igualitário à assistência médica e farmacêutica.

Dessa forma, em razão de sua natureza, o Estado não pode se eximir do cumprimento de seu dever legal de prestar saúde que engloba o fornecimento de medicamentos e meios necessários à manutenção da vida.

Se o Estado não pode proporcionar diretamente um tratamento ou, quando um procedimento não assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado nas leis, deve, com base no princípio da isonomia, por meio da aplicação de critérios médico-científico promoverem e financiar cuidados essenciais por outros meios, sempre com vista a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária, inerentes à política Nacional de saúde.

Cabe ao poder judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando concitado a fazê-lo, zelar para que os direitos fundamentais não fiquem esquecidos. E, para tanto, deve ser observado as necessidades básicas do ser humano, sem dilatar desnecessariamente o previsto nas normas.

O direito à saúde não é apenas o acesso ao tratamento repressivo e aos medicamentos. O direito à saúde é um instituto muito mais amplo e precisa estar relacionado a uma boa alimentação, à assistência social, ao trabalho, à moradia digna. O direito fundamental à saúde é importante porque é uma questão de cidadania e pertence à coletividade. O direito à saúde constitui direito de todos e dever do Estado, a partir de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, é um direito público subjetivo capaz de ser exigido do Estado.

Vejamos trecho do voto da ilustre ex-ministra Eliana Camon no julgamento do RMS 28.338:

É dever do Estado garantir aos seus cidadãos o direito à saúde, sendo inconcebível a recusa do fornecimento gratuito de remédio a paciente em estado grave e sem condições de custear

as despesas com medicamentos necessários ao seu tratamento, o que não se estende ao direito de escolha de tal ou qual medicamento. (RMS 28.338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009)

Para cada caso, há que se considerar a devida urgência em relação à disponibilização de tratamento médico e/ou cirúrgico. Quanto ao princípio da reserva do possível, não se deve banalizar a responsabilidade estatal para albergar casos que fogem ao seu controle, o que inviabiliza a sua própria existência. Nem se pode admitir imunizar o Estado de cumprir de seus deveres constitucionais. Uma vez consagrado, no texto constitucional, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tem-se que o Estado, representado pelos poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, deve procurar todas as formas de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.

O inciso XXXV, do artigo 5º, da CF dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. A deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado, sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito. Nesse contexto, é legítima a intervenção jurisdicional que visa afastar lesão ou ameaça a esse direito. O poder judiciário está constitucionalmente obrigado a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, dispondo de instrumentos jurídicos específicos para sua função. Vejamos a seguinte jurisprudência:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CUMPRIMENTO DA LIMINAR – PERDA DO OBJETO – NÃO OCORRÊNCIA – DIREITO À SAÚDE – TRANSFERÊNCIA DE HOSPITAL – NECESSIDADE COMPROVADA – FILA DE ESPERA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – NÃO OCORRÊNCIA. 1. O cumprimento da liminar por si só não implica na perda do objeto do processo, devendo os efeitos de tal decisão, por se tratar de medida de natureza precária e temporária, se confirmados ou não dá prolação da sentença. 2. Confirmada a necessidade de determinado tratamento e verificada a omissão administrativa, é dever do ente público o seu fornecimento, importando a negativa em ofensa ao direito à saúde garantido constitucionalmente. 3. A existência de uma fila de atendimento, é bem verdade, faz-se necessário para a seleção de prioridades, a cada caso, conforme a urgência em que se apresenta. Todavia, não pode ser usada como escusa para o atendimento tempestivo. Se tal ocorrer de forma indevida, ou seja, se não houver a prestação conforme a necessidade do enfermo é cabível a via judicial para compelir o ente federado ao fornecimento da prestação de saúde no tempo adequado e necessário a cada caso concreto. (TJ-MG- AC: 10000180084360001 MG, Relator: Jair Varão Data de Julgamento: 13/03/2018, Data de Publicação: 16/03/2018).

3 METODOLOGIA/MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho será do tipo pesquisa bibliográfica, portanto regido pela pesquisa teórica, sendo utilizados sites da internet, pesquisa em acervo literário, presentes na biblioteca do Centro Universitário UNIRG, doutrinas, artigos, jurisprudências, leis e julgados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o princípio do resgate, a saúde é o bem mais importante de uma comunidade,

sendo assim todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que sejam as chances de sobrevivência e por mais exorbitantes que sejam os custos. Assim a proteção a um mínimo existencial não pode depender da aplicação da reserva do possível, não podendo a saúde depender dos orçamentos públicos.

É claro que a manutenção da saúde depende de ações e políticas do poder público tendo em vista que a tutela da vida humana se dá por meio de ações na segurança pública, educação, moradia e saúde pública. Que não são direitos individuais, mas sim coletivos. Devendo o Estado garanti-los, pois a CF lhe incumbiu deste dever estabelecendo metas a serem cumpridas.

O mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão a partir de políticas públicas definidas, ao contrário teremos ineficácia absoluta dos direitos fundamentais. É dever do Estado garantir a todo cidadão que precisar, o fornecimento de medicamentos.

A Constituição Federal, logo no seu artigo 1º, declara que são princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade humana. A prestação dos serviços de saúde constitui parte do núcleo do mínimo existencial consagrado em nossa Constituição Federal, não podendo ser negado a seus administrados.

E conforme está previsto no artigo 196 da CF, a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doenças e de outros agravos, com acesso universal e igualitário as ações e aos serviços necessários para sua proteção e recuperação.

De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado democrático de direito, não podendo omitir-se do seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz para todos sendo obrigação das autoridades públicas garantir a todos o direito à saúde conforme preconiza o dispositivo constitucional.

Quando falamos em direito à saúde, estamos falando em um direito social, humano e fundamental. A sua essência está ligada intimamente ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, valores estes garantidos pela Constituição Federal.

O direito fundamental à saúde tem importância elevada para a sociedade em geral. Além de presente na Constituição Federal está inserido também em diversos textos legais. Desta forma inserido diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser assegurado a todos os indivíduos desde o seu nascimento.

Por fim, percebe-se que o direito fundamental à saúde está acima de qualquer outro princípio e que muitas vezes o que se tem é uma banalização do princípio da reserva do possível por parte dos entes públicos visando esquivar-se de suas obrigações para com a população. Obrigação esta expressa no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dultra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição (1998) Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Decreto 1.232, de 30 de Agosto de 1994. **Dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, e dá outras providências**. Diário oficial, Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1232.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2018.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário oficial, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2018.

_____. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Diário oficial, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2018.

_____. STF. AI: 808059 RS, Relator: Min.: RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma. Julgamento em: 02/02/2010, DJe 31/01/2011. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18009353/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-808059-rs>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

_____. STF. RE 393175/RS - ADI 3300 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Melo. Data do julgamento: 01/02/2006. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

_____. STF. RMS 28.338/MG. Relatora: Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA. Julgado em: 02/06/2009, DJ: 17/06/2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURAN%C7A+28338++MG+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

_____. STF. STA 175 AgR/CE. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno. DJ: 17/03/201. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. STJ, AREsp:1068726 PR 2017/0055908-7. Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. DJ: 08/05/2017. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455929929/agravo-em-recurso-especial-aresp-1068726-pr-2017-0055908-7>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. TJ-BA. Remessa Necessária: 0005952220158050175. Relator(a): Maria de Fátima Silva Carvalho, Segunda Câmara Cível, DJ: 31/01/2018. Salvador, BA, 2018. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549014953/remessa-necessaria-5952220158050175/inteiro-teor>>

549014962?ref=juris-tabs >. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. TJMG. Apelação Cível 1.0000.18.008436-0/001. Relator(a): Des.(a) JAIR VARÃO , 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de julgamento: em 15/03/0018, publicação da súmula em 16/03/2018. Belo Horizonte, MG, 2018. Disponível em: <
http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=80FF9B716E535584CDCEEEEDFAECA3E95.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.008436-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

_____. TJTO. AI nº 0001845-84.2016.827.0000. Relatora: Des. EDILENE PEREIRA DE AMORIM ALFAIXNATÁRIO, Palmas, TO, 2016. Disponível em:<<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uid=a43786ee5d8113bec6612b62128883db&options=%23page%3D1>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

KREL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamental**. São Paulo: Atlas, 2008.

MITIDEIRO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010

ONU. Resolução nº 217, 3ª Assembleia-Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, França, 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 05 abril. 2018.