

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MÍNIMO EXISTENCIAL OU RESERVA DO POSSÍVEL?

Katia Moura Lopes¹

Gabriel Rodrigues de Lima²

Thaiany Biancardi³

Satina Priscila M. Pimenta⁴

RESUMO: Em síntese, discutirá a judicialização da saúde, onde o judiciário tem a responsabilidade de interpretar e aplicar os valores axiológicos em casos de doenças raras que carreguem em seus tratamentos medicamentos órfãos. Mais especificamente, se abordará a forma como os magistrados brasileiros tomam suas decisões frente ao conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível nas causas referentes ao Direito a Saúde.

PALAVRAS CHAVES: Judicialização da Saúde, Princípios, Sopesamento, Jurisprudências, Direito à saúde.

INTRODUÇÃO

Assim como os demais Direitos Fundamentais, o direito à saúde, que é regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, é considerado um tema de suma importância para discussões, uma vez que é um direito social subjetivo, isto é, expresso a todo cidadão individualmente.

Por isso, a presente pesquisa ainda busca problematizar a subsequente temática: “Judicialização da saúde: mínimo existencial ou reserva do possível?”,

¹ Acadêmico do curso de Direito

² Acadêmico do curso de Direito

³ Acadêmico do curso de Direito

⁴ Titulação do orientador – Professor Multivix - Vitória

correlacionando os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em sua aplicação jurisprudencial, a fim de compreender quais são os posicionamentos atuais dos magistrados brasileiros frente a esses princípios, tendo como direito base a saúde.

Não obstante, o grafado corrente visa a exposição da saúde enquanto direito humano e fundamental – uma vez previsto assim pela atual constituição brasileira – através da sua exposição histórica, que, por sua vez à conceituará e será de suma importância no exame de sua vertente oriunda à ciência do direito.

Destarte, para melhor compreensão, quatro fatores se observarão: primeiro, o viés histórico da, que passa por uma longo percurso, desde a idade antiga, quando era intrínseca a religião, até a Idade Moderna, tendo evolução enquanto mandato de otimização ao Estado a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela ONU.

O segundo ponto de observação parte do viés constitucional, Nesse quisito, a saúde está interligada a diversos princípios gerais norteadores do direito brasileiro como um todo, ocorrendo, no entanto, um embate entre esses, especialmente a reserva do possível e o mínimo existencial.

Para solucionar esses embates, exsurge a terceira esfera abordada por esse artigo, qual seja a Teoria do Sopesamento, de Robert Alexy, onde os axiomas supramencionados, assim como todos os demais, são expostos a uma fórmula de sopesamento, isto é, juízo de razoabilidade e proporção que permitiria o traço de uma norma específica que dirimiria as situações conflitantes, trazendo maior segurança jurídica.

Por fim, é mister o vislumbre de precedentes jurídicos, isso é, a forma como as jurisprudências brasileiras tem considerado o embate entre os princípios da reserva do possível e mínimo existencial.

Assim, a presente tese encontra subterfúgio justificativo na contribuição social que decorre do próprio direito a saúde, tendo em vista a exposição de temáticas importantes e recorríveis nos magistrados nacionais.

Para tanto, em reforço a tese, uma grande pesquisa bibliográfica em livros, artigos, jurisprudências, revistas e jornais de autores conhecidos e consagrados no âmbito jurídico mundial se fez necessária, tendo cada palavra desse texto precedente em alguma obra já reconhecida.

Logo, se trata de um artigo reforçado em embasamentos sólidos, argumentados com base no que há de melhor em termos prático doutrinários, com objetivo de contribuir socialmente através do colendo e estudo sistemático de boas informações acerca do direito a saúde e sua judicialização.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE

O termo saúde é analisado por Madel T. Luz, no Dicionário da Educação Profissional em Saúde, vejamos:

Saúde, em português, deriva de *salute*, vocábulo do século XIII (1204), em italiano *salute*, e vem do latim *salus* (*salutis*), com o significado de salvação, conservação da vida, cura, bem-estar. O étimo francês *santé*, do século XI, advém de *sanitas* (*sanitatis*), designando no latim *sanus*: “são, o que está com saúde, aproximando-se mais da concepção grega de ‘higiene’, ligada deusa Hygea.[...] Em relação aos humanos, o estado de ‘saúde’, romano ou grego, implicaria um conjunto de práticas e hábitos harmoniosos abrangendo todas as esferas da existência: o comer, o beber, o vestir, os hábitos sexuais e morais, políticos e religiosos. Implicaria virtudes específicas ligadas a todas essas esferas, e também em vícios, que poderiam degradar o estado de harmonia, ensejando o adoecimento e, no limite, a morte. (Luz MT. Dicionário da Educação Profissional em Saúde. Data de publicação: 2009. p?)

Embora saúde seja um bem muito falado em âmbito social, conceituar este termo não é tarefa fácil e aparece cada vez mais interligado à cultura – conjunto de valores axiomáticos do comportamento geral de uma etnia – do povo que a conceitua. É mister, com o supramencionado, expor o exemplo de Descartes – filósofo francês do início do séc. XVII que ligava o corpo humano à uma máquina – em correlação com a sociedade inglesa do séc. XIX, em meio aos burburinhos da Revolução Industrial: “explicarei, em poucas palavras, a forma toda de que se compõe a máquina de nosso corpo” (DESCARTES, 1979, p. 218). Nessa linha de raciocínio, a doença era vista como um defeito em uma

máquina e a saúde, a ausência destes mesmos. Sendo assim, como classificar a saúde? O melhor momento da evolução histórica da saúde – contemporâneo –, trata a saúde como um direito, graças aos ditames da ONU, na promulgação dos Direitos do Homem e do Cidadão. Agora, ligada a uma nova ciência, torna-se mais fácil a conceituação da saúde.

No entanto, a caminhada da saúde até se tornar direito ultrapassa séculos, sendo registrado, como o tal, somente após a Segunda Guerra Mundial, que durou de 1939 a 1945 e trouxe sequelas dantescas, milhares de mortos e um alerta, numa verdadeira parafernália, sobre os perigos da intolerância, preconceito e deturpação da igualdade etnológica: Experimentos foram feitos pelos nazistas com os corpos daqueles que eram perseguidos ou contrários à “pureza ariana” – Judeus, homossexuais, ciganos e deficientes –. Assim sendo, criou-se em 1946 a Organização Mundial da Saúde que juntamente com a Organização das Nações Unidas e outras, criaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando o direito à saúde no artigo 25:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Se tem então, o devido conceito de saúde, dado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e adotado nos dias de hoje: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”.

Já no Brasil, de notórios embargos e atrasos, o Ministério da Saúde só veio a ser criado no dia 25 de julho de 1953, com a Lei nº 1.920 da referida data. Posteriormente, foi debatido na 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), em 17 de março de 1986, o real “direito à saúde” como um direito humano, todavia, assim como no que, até então, era o tempo vindouro, hoje tempo presente, existia uma dificuldade: implementar um direito a todos em um momento de crise econômica, no qual o país se encontrava, deixando evidente também que o Estado deve promover a saúde por meio de políticas sociais e econômicas para

efetiva-las. Com vislumbre no tal, O Dr. Gabriel Oselka, médico e representante do Conselho Federal de Medicina no CNS, declarou em seus escritos que:

(...) para que isso seja assegurado, entendemos que seja necessário, em primeiro lugar, que se considere saúde em sua plenitude e priorizá-la nas políticas governamentais, através de maciços e contínuos investimentos nas áreas de saneamento básico e de defesa do meio ambiente; na produção de alimentos para consumo interno; na prestação de serviços de saúde, de educação, habitação; garantia de trabalho em condições adequadas de salubridade; níveis compatíveis de salário e condições de lazer, imprescindíveis para a valorização do homem. Em segundo lugar, considerar a saúde como investimento nacional, o que requer uma justa redistribuição de renda e riquezas nacionais, além de garantia plena de acesso à terra e meios de produção para as populações rurais, corrigindo as distorções atuais de injustiça social. Terceiro, em termos do sistema de saúde propriamente dito, entendemos que é preciso garantir a participação da população usuária e das entidades representativas de profissionais da área de saúde no planejamento, gerência e controle das ações de saúde. E, finalmente, é preciso que se garanta que as ações de caráter social, tais como saúde, educação e previdência social sejam de competência do Estado, sendo que a eventual participação da iniciativa privada quando necessária deverá se dar sob a forma de concessão de serviços por parte do Estado. (OSELKA, 1986, p. 124-125)

Nesse ínterim, se é contemplado o sustentáculo do presente escrito: mesmo em crise econômica, advinda da pressão estrangeira e da real necessidade, o legislador fundante salvaguarda na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, explícito em vários artigos, principalmente no Art. 6º, declarando-o um direito social, dentre os quais: a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Ainda com óptica na Carta Magna, é garantido também nos artigos 196 a 200, desta mesma, o Sistema Único de Saúde, a coordenação e a execução das políticas para proteção e promoção da saúde no Brasil.

Tendo posto, “continua presente o dilema entre a instrumentalidade e apoliticidade, o saber acadêmico e o saber militante, como pontos importantes para o debate atual da saúde coletiva” (NUNES, 1998, p. 110), entende-se que a atual constituição foi importantíssima para o reconhecimento do direito a saúde como um direito social e fundamental, garantido a toda população, mas, para este direito ser efetivado o Estado deve o promover.

2.2 OS PRINCÍPIOS PERTINENTES AO DIREITO DE SAÚDE

Antes de destrincharmos cada princípio, torna-se notória a necessidade de entender o que é um princípio jurídico e qual sua forma de ação. Nesse sentido, Miguel Reale aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (2003, p 37.)

Após compreendermos do que se trata o termo “princípio”, iniciemos suas retaliações com o princípio da igualdade. Na filosofia grega, o princípio da igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem, em um único termo, equidade. Continuando, já em fase contemporânea, o maior estudo desse princípio apresenta-se na notável monografia “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” de Celso Antônio Bandeira de Mello, que elucida em que hipótese a lei pode determinar discriminações e, inversamente, em quais situações o *discrímen* legal colide com a isonomia:

Segundo as lições do nobre jurista, as discriminações são admissíveis quando houver uma correlação lógica entre o fator de *discrímen* legal e a desequiparação procedida e que esteja de acordo com os interesses delineados na Constituição Federal. (SILVA, 2011. P. 23).

Celso Antônio de Mello ainda ratifica a necessidade de observar-se quatro elementos, para, *em priori*, preservar a isonomia:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo. b) que a situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem do público. (2020, P. 17)

No sentido formal a igualdade está expressa de forma imediata ente legislador e mediata, ou secundariamente aos seus aplicadores: poderes executivo e judiciário. Neste momento, é de vislumbre necessário o que discorre

Leny Pereira Silva acerca dos escritos de Kelsen. Segundo ele, o filósofo austríaco:

(...) não proclamou com nitidez ser o legislador o destinatário principal do princípio da igualdade, concluindo em sua obra [...] que a igualdade constitucionalmente garantida dificilmente poderá significar algo mais do que a igualdade perante a lei, ou seja, no momento de sua aplicação. (2011. P. 23).

Segundo o mesmo, o que existe são os princípios da juridicidade e da legalidade imanentes a todo o direito, tornando a igualdade uma mera prescrição legal, restringindo assim sua importância significativa.

Já o Princípio da Proporcionalidade, visa trazer equilíbrio entre as vontades da sociedade e os direitos individuais “Esse princípio, adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente” (CAPEZ, 2005. P. 322).

Em adendo ao sobredito, há de se mencionar que o axioma aludido não é formal e expressamente adotado constitucionalmente, todavia é adotado implicitamente. A professora Fernanda Marinela declara que mesmo que a Lei Básica não traga referências diretas ao princípio da proporcionalidade, “alguns dispositivos podem ser utilizados como paradigmas para o seu reconhecimento, como, por exemplo, o artigo 37, combinado com o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV, todas da Magna Carta” (2010. P. 51). Já Bonavides disserta que:

(...) em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, o protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial. (2006. P. 434).

Outrossim, o axioma do Mínimo Existencial é mais um mister de vislumbre, este se conceitua em o conjunto de direitos básicos para uma vida digna. Oriundo da doutrina alemã, no final do séc. XX, o referido princípio ganhou força legislativa como meio de garantir o auxílio do Estado ao indivíduo hipossuficiente (TOLEDO, 2017, p.103). Assim, se trata de mais que o mínimo vital, isso é, o necessário para sobrevivência, o mínimo existencial versa sobre

uma vivência digna, se tornando uma espécie de ponto de encontro, ou resumo, de todos os direitos fundamentais em caráter subjetivo, isso é: o referido instrumento é variável, devendo ser aplicado de maneira difusa e concentrada.

Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (p. 19), entendem que a garantia do mínimo existencial acarreta claras imposições ao legislador e ao Estado para que, através de suas normas e prestações, garantam meios para o indivíduo existir plenamente, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, o direito a vida e a liberdade. Ainda acrescentam que essa dignidade na existência humana precisa ser grevestida “por um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008. p. 19)

Além dos autores supramencionados, Gilmar Mendes versa sobre a obrigação prestacional imposta ao Estado acerca da materialização dos direitos fundamentais tangentes ao mínimo existencial, apontando que:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado. (MENDES, 1993. p. 28.)

Outro princípio correlacionado à judicialização da saúde, este de forma bem direta, uma vez que, teoricamente deveria representar a vontade da maioria em detrimento da minoria por força orçamentária estatal, é o Princípio da Reserva do Possível – fundamentado no artigo 167 da presente carta constituinte brasileira –, que, segundo o artigo mencionado, “regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, [...] condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.”.

Sobre este, Flávia Danielle Santiago Lima, pesquisadora brasileira, mestre e doutora, afirma: "O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos." (2018. p?). Em outras palavras, pode-se resumir a reserva do possível em reserva financeira do possível, já que disserta intrinsecamente sobre a insuficiência do erário na efetivação de direitos.

Este princípio, por vezes, é abordado como sendo o responsável pela precariedade da saúde no que tange doenças raras e medicamentos órfãos. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet.1.246-SC, discorre que:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo -uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (STF - Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/01/1997. Data de Publicação: DJ 13/02/1997)

Portanto, no entendimento do referido ministro, fica claro que o argumento de restrição orçamentária, é mister de observação para o magistrado sentenciar, mas não é suficiente para restringir o acesso dos cidadãos ao direito à saúde assegurado pela Constituição da República. A reserva do possível, no que tange a condição financeira Estatal, substancializa a disponibilidade de recursos que condenam o Poder Público na prestação de assistência farmacêutica, de tratamento médico, pesquisas e outros - dentre estas vale destacar as contidas no Artigo 200, da Constituição Federal -. Ainda com vislumbre nas negativas advindas do princípio referido, Duciran Van Marsen Farena, conclui que:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social 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. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais (1997, p. 12/14).

Porém, como tratar os embates entre princípio? Nesse sentido, cumpre observar a teoria do sopesamento de Robert Alexy, da qual tratará o próximo tópico.

2.3 TEORIA DO SOPESAMENTO DE ROBERT ALEXY

Não são poucas as teorias acerca da colisão entre princípios constitucionais, por assim dizer, direitos fundamentais. Acerca de uma dessas colisões o presente artigo discorre, logo, é mister no âmbito de observação contemplar a mais notória abstração acerca do tema: Teoria do Sopesamento de Robert Alexy.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (2008, p. 90-91)

Nas páginas seguintes do referido escrito, Alexy divide no plano de estrutura jurídica as normas em regras e princípios dando certa *priori* as regras. Para o autor, as normas axiomáticas, por serem de hermenêuticas subjetivas e casuais acabam tomando caráter *prima facie*, isto é, não definem por si só o direito no caso concreto, tendo em vista a falta de um critério objetivo para aplicação das mesmas.

Nesse ínterim, os princípios admitem aplicação em proporções diversas, enquanto as regras devem ser cumpridas de forma direta e objetiva, salvo exceções. Assim, as regras definem em si mesmas as situações de conflito, enquanto os axiomas dependem do chamado sopesamento (2008). Trata-se, portanto, da necessidade de estabelecimento de precedentes jurídicos, culminantes em jurisprudências, súmulas e/ou a chamada lei de colisão que dirimem as relações de embates normativos dotados de princípios.

Seguindo o raciocínio de Alexy, Canotillo (2003, p. 1161-1162) busca a sistematização da teoria do sopesamento:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que

prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: aplicable in all-or-no-thing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

De forma sucinta, os princípios, enquanto mandatos de otimização, apenas produzem eficácia e aplicação plena após passarem por um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, entendido a partir da adição entre a necessidade e adequação, à saber, o sopesamento, em Alexy. A formalização desse juízo implica no estabelecimento da relação de preferência pela lei de colisão que, por sua vez, tende a generalizar a utilização dos axiomas ponderados nos futuros caso semelhantes ao sopesado.

Outrossim, Robert Alexy acreditava que de fato se aplica ao caso concreto a regra que pondera o princípio, e não o princípio em si. Ou seja, se os princípios sem o sopesamento não podem, em virtude da grande quantidade de conflitos, tendo em vista as lacunas legais acerca da proporcionalidade de aplicação, serem empregados ao caso concreto, a ausência deste sopesar implicaria na ineficácia dos direitos fundamentais. De tal forma, somente através do sopesamento as regras podem ser criadas a fim de trazer eficácia aos princípios normativos. Nesse sentido, se traz a óptica:

O caminho que vai do princípio, isto é, do direito prima facie, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, estão, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. (2008, p. 108)

Seguindo esse entendimento, nota-se que não há lei de colisão nos instrumentos normativos brasileiros acerca do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, no entanto os tribunais, em âmbito de saúde, tem seguido um entendimento comum. Qual seria esse entendimento? Para resposta dessa questão, nada melhor do que o vislumbre das jurisprudências. É o que trata o tópico que segue.

2.4 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Respondendo à pergunta que finaliza o tópico que a este antecede, o atual posicionamento da jurisprudência brasileira compreende que o direito à saúde e o direito à vida se sobressaem quando comparados a qualquer outro direito. Nesse sentido, ainda que não haja uma positivada lei de conflito, o princípio do mínimo existencial tem preponderado quando sopesado em conflito com a reserva do possível, havendo, no entanto, limites para ambos. Os julgados que seguem poderão comprovar esta afirmação.

De início, vislumbra-se essa recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. (Omissis) 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e

vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1068731 RS 2008/0137930-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2012). (Grifo nosso)

Em outro caso tocante a doença rara, o direito à saúde foi considerado um direito discricionário em relação à reserva do possível:

ADMINISTRATIVO. SUS. DOENÇA RARA NÃO DIAGNOSTICADA. FINANCIAMENTO DE VIAGEM AO EXTERIOR PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Consabido que o Estado brasileiro dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais. 2. A saúde, apesar de ser um direito assegurado a toda coletividade, submete - se à chamada reserva do possível. 3. As carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir - se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos. 4. Considerando - se que a doença que aflige a autora, além de ainda não ter sido diagnosticada, é apontada como sendo enfermidade extremamente rara, não sendo certa a possibilidade de sucesso em seu diagnóstico ou tratamento, que certamente teria caráter experimental, deve ser denegado o custeio pretendido, ante a duvidosa possibilidade de êxito. (TRF - 4 - AC: 25872 PR 2003.70.00.025872-9, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 17/07/2007, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/08/2007) (Grifo nosso)

Constitucionalmente, segundo a atual hermenêutica aplicada, o direito à saúde é de todos, para tanto se instituiu o Sistema Único de Saúde, sendo incumbência de todos os entes da Federação, a manutenção do funcionamento deste. Cumpre salientar que todos têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação em que se postule o fornecimento de medicamentos e assistência médica, tendo em vista justamente as garantias sobrepostas, bem como a imposição de responsabilidade ao Estado no que tange produção de meios financeiros de arcar com tais pedidos. Nesse sentido, seguem alguns entendimentos sobre a responsabilidade:

[...] 3. Ainda no tocante à responsabilidade da União pelo fornecimento dos medicamentos pleiteados, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. [...] (STJ, AGARESP 316095, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ 22/05/2013).

[...] 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios [...] (STF, RE 607381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17/6/2011)

[...] 2. A solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais [...] (TRF4, AG 5008919-21.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, DJ 24/07/2012)

Como se mostra, as causas de saúde abrangem fornecimento de medicamento, a grande questão é: Haveria um teto de preço para esses medicamentos? Um valor Inalcançável? O RE 566471/RN, precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), que discutia sobre “O dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo”, demonstra bem o que tem sido e entendimento majorante na seguinte tese:

1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – A existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União. (Supremo Tribunal Federal. RE 566471/RN. Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Data de publicação: 01/09/2020)

Já o Ministro Luíz Roberto Barroso defendeu a judicialização da saúde e citou no julgamento do Recurso Especial de número 566471/RN:

Para o Ministro Luiz Roberto Barroso, o sistema de saúde não suportaria um modelo em que todos os remédios, independentemente, do seu custo e impacto financeiro deveriam ser fornecidos pelo Estado a todas as pessoas. Portanto, a melhor forma seria racionalizar a judicialização da saúde, buscando a opinião de órgãos técnicos responsável pela dispensação de medicamentos. (Supremo Tribunal Federal. RE 566471/RN. Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Data de publicação: 01/09/2020)

Portanto, verificou-se a tese jurídica fixada pelo STF, que buscou otimizar a concessão de medicamentos de alto custo e discutir a situação das doenças raras. Entretanto, estabeleceu parâmetros ao judiciário para a concessão de medicamentos de alto custo, utilizando-se a reserva do possível, mas sempre preservando a dignidade da pessoa humana como bem maior tutelado.

Nesse sentido, destaca-se a recente decisão do desembargador federal Roger Raupp Rios, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que deferiu no dia 02/09/2021, liminar recursal determinando à União que forneça o medicamento Zolgensma a Matteo Schmitz Piccin Jardim, criança de Porto Alegre que possui doença rara Atrofia Muscular Espinhal (AME), doença degenerativa rara que afeta neurônios responsáveis por movimento.

Na sentença da 2ª Vara Federal de Porto Alegre, o juízo teve entendimento contrário à concessão, pois levou em conta a não comprovação da adequação da medicação para o paciente, pois a criança também tem Síndrome de Down e depende de suporte ventilatório permanente, hipótese em que não ficaria demonstrada a efetividade do medicamento solicitado. Veja-se trecho da notícia no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4):

Em sua decisão, o desembargador enfatiza que embora tanto a nota técnica que apoiou a sentença quanto os médicos que acompanham o paciente estejam apoiados nos princípios da Medicina Baseada em Evidências (MBE), que preconiza que as decisões clínicas devem ser embasadas no melhor grau de evidência a partir da ciência, suas conclusões são opostas. “Diante disso, a decisão jurídica mais correta deve dar prevalência, dadas estas circunstâncias, à prescrição médica derivada da prática clínica, por se revelar, em juízo perfunctório, mais apta a proteger o direito à saúde que todos os profissionais médicos envolvidos no caso buscam concretizar”, afirmou o magistrado. (Omissis) O medicamento requerido nos autos tem o custo de R\$ 9,2 milhões, o que causa discussões sobre a viabilidade de sua concessão pelo SUS. Segundo Raupp Rios, o STF tem precedentes deferindo o

fármaco. “Ao deferir pedidos versando sobre o mesmo medicamento, superaram a invocação a tal óbice”, ele concluiu. *(Omissis)* O desembargador deu prazo de 10 dias a partir da intimação para a União fornecer o medicamento, com multa diária de R\$ 10 mil em caso de descumprimento. (TRF4 determina que União forneça medicamento à criança com AME. Data de publicação: 03/09/2021.) (Grifo nosso)

Quanto a esse medicamento, o estado do Distrito Federal recentemente, zerou o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Foi publicada em decreto no Diário Oficial do DF no dia 05/10/2021. A medicação é vendida em torno de US\$ 2,125 milhões. O valor em reais com a conversão naquela data era de R\$ 11,6 milhões. Já a alíquota do ICMS era de 17%. O fim da cobrança do imposto representa redução de R\$ 1,9 milhão no preço. O medicamento é considerado um dos mais caros no mundo, entretanto, alguns brasileiros estão fazendo o uso da medicação após a judicialização, vejamos notícia no portal G1 Globo (2021):

A pequena moradora do DF, Kyara Lis, de 2 anos, tomou o medicamento em julho, depois que a Justiça determinou que o Ministério da Saúde repassasse à família o dinheiro necessário para compra da medicação. *(Omissis)* Segundo os parentes, desde que recebeu o tratamento, Kyara tem colecionado novas experiências, como engatinhar e levantar sozinha. A cada dia, a menina vai conquistando o que o pai dela, o bancário Ovídio Rocha, chama de "liberdade".

Por todo exposto, é possível perceber que os atuais precedentes da justiça brasileira têm priorizado o mínimo existencial nas causas de saúde, no entanto a reserva do possível constantemente tem servido de freio e contrapeso a essa priori. Assim a aplicação de dados princípios é medido caso a caso, concedendo quase sempre ao pedinte uma assistência, sendo essa, e não a saúde do doente, limitada pela reserva do possível. Ou seja, via de regra haverá uma assistência que manterá a vida e saúde solicitadas na exordial, no entanto nem sempre da forma como se pediu, tento em vista a reserva do possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente grafado discorreu acerca da judicialização da saúde e a forma como isso impõe aos julgadores o frequente embate entre o mínimo a existência do pedinte e a reserva financeira do Estado. Nesses liames, se abordou a teoria

do Sopesamento, de Robert Alexy, e a forma como a justiça brasileira tem realizado esse sopesar nas causas supracitadas, tendo em vista o conflito entre princípios/direitos constitucionais/fundamentais.

Para tanto, expôs-se a grande pesquisa bibliográfica realizada em livros, artigos, jurisprudências, revistas e jornais de autores conhecidos e consagrados no âmbito jurídico mundial, convergente em embasamentos sólidos e sistemáticos acerca daquilo que justifica todo esforço empregado nesse escrito, qual seja: a contribuição social que decorre do próprio direito a saúde, tendo em vista a exposição de temáticas importantes e recorríveis nos magistrados nacionais.

Por esse estudo, conclui-se que o atual precedente jurídico do Brasil compreende a valença do mínimo existencial, decidindo na esmagadora maioria das vezes por concedê-lo. No entanto, há de se destacar o cuidado tomados pelos entes da justiça no que se refere a reserva do possível.

Outrossim, embora alguns juristas tenham pensamentos polarizados e extremistas, a corte brasileira tende a ser ponderadora, julgando pela garantia do direito a saúde e não a condição mais benéfica ao pedinte. Ou seja, há uma segurança jurídica acerca da garantia de assistência, no entanto o fator financeiro do Estado é trazido a debate, de forma a conceder a medida mais benéfica para parte exordial sem ultrapassar ou exceder os limites de razoabilidade pecuniária.

Numa pergunta direta: na judicialização da saúde, mínimo existencial ou reserva do possível? A resposta da jurisprudência seria: mínimo existencial. Entretanto, é mister frisar que sempre que houver medidas ponderativas que garantam a manutenção de ambos os princípios, ainda que não seja o mais confortável para o pedinte, a corte jurídica optará por essas medidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público)

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Malheiros Editores, 2006, p. 434.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. Saraiva, 2005, p. 322.

DESCARTES, René. **As paixões da alma**. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 218.

DF zera ICMS de 'remédio mais caro do mundo', usado para tratamento de doença rara. 05/10/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/10/05/df-zera-icms-de-remedio-mais-carro-do-mundo-usado-para-tratamento-de-doenca-rara.ghtml>. Acessado em: 19 out. 2021.

FARENA, Duciran Van Marsen. **A Saúde na Constituição Federal**, p. 14. Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14).

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2177>. Acessado em: 06 out. 2021.

LIMA, Joao Paulo Monteiro de. **Diretrizes jurisprudenciais do STF e do STJ acerca da concessão de medicamentos pelo poder público**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6185, 7 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82721/diretrizes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-acerca-da-concessao-de-medicamentos-pelo-poder-publico>. Acessado em 19 out. 2021.

Luz MT. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>. Acessado em: 20 out. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Impetus, 2010, p. 51.

MELLO, Celso. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Malheiros editores. 3ª Ed., 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. "**A doutrina constitucional e controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro**". São Paulo: Cadernos de direito público e finanças públicas, abril-junho 1993, n. 3, ano 1, p. 28.

NUNES, Everaldo Duarte. **Saúde Coletiva: Histórias e Paradigmas**. São Paulo: Fiocruz, 1998.

OSELKA, Gabriel. **Saúde, direito de todos e dever do Estado**. 1986, p. 124-125

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008. P. 19

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/248817675/A-Eficacia-Dos-Direitos-Fundame-Ingo-Wolfgang-Sarlet>>. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acessado em: 07 set. 2021.

SILVA, M. M. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2004.

Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: REsp 1068731 RS 2008/0137930–3. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865713163/recurso-especial-resp-1068731-rs-2008-0137930-3/inteiro-teor-865713175>. Acessado em: 21 out. 2021.

Supremo Tribunal Federal. RE 566471/RN. **Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo**. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acessado em 25 out. 2021.

TOLEDO, Claudia. **Mínimo existencial - A construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã**. 2017.

TRF4 determina que União forneça medicamento à criança com AME. 03/09/2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=16082. Acessado em: 19 out. 2021.