

O DEVER DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Maria Amenair de Sousa¹

Resumo: Este artigo teve como objetivo analisar a efetivação do Direito Fundamental à saúde nas variadas formas de abordagem, através de sua normatização e através das políticas públicas, buscando compreender se o Estado de alguma forma pode se eximir dessa prestação, tendo em vista a Reserva do Possível, e se caso descumpra com essa prestação está sujeito ao controle do Judiciário. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e caráter exploratório, utilizando o método exegético de interpretação. A partir de uma análise doutrinária, bem como jurisprudencial, verificou-se que diversas são as formas de efetivação do direito à saúde, que deve primar pelo atendimento universal em condições adequadas, nesse sentido foi possível concluir que o Estado usa como justificativa a reserva do possível para o não cumprimento a essa prestação.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Dever do Estado; Reserva do possível; Controle Judiciário.

Abstract: This article sought to scrutinize the realization of the Fundamental Right to health from various perspectives, encompassing its standardization and the realm of public policies, with the aim of comprehending whether the state can, in any way, exempt itself from this obligation, taking into account the concept of the "Reserve of the Possible," and determining whether, in cases of non-compliance, judicial oversight is applicable. A qualitative and exploratory bibliographic study was conducted employing the exegetical method of interpretation. Through an examination of both doctrinal and jurisprudential aspects, it became evident that there are numerous means of implementing the right to health, emphasizing the importance of universal access under suitable conditions. In this context, it can be concluded that the state often uses the "Reserve of the Possible" as a rationale for failing to fulfill this obligation.

Key-words: Right to Health, State Duty, Reserve of the Possible, Judicial Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 DIREITO À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO	4
2.1 DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO.....	6
2.1.1 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL.....	7
2.1.2 RELAÇÃO ENTRE À SAÚDE E OS ARTIGOS 196 E 197.....	8
2.2 DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	9
2.2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	9

¹ Estudante do curso de graduação em direito AGES (2019 a 2023), Email: amenairm@gmail.com

2.3 ATENDIMENTO À SAÚDE PELO ESTADO E A RESERVA DO POSSÍVEL....	10
2.4 O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	13
2.5 CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DAS MEDIDAS JUDICIAIS.....	14
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	15
REFERÊNCIAS.....	18

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o condão de abordar a efetivação do direito à saúde pelo Estado nas suas variadas formas de atuação e distribuição de competência. Este tema exerce um papel fundamental na atualidade, tendo em vista, ser uma questão extremamente relevante, tanto para os cidadãos enquanto destinatários, quanto pelo poder público que é o principal garantidor desse direito fundamental.

Cumprе salientar uma notória repartição de poderes estatais, pois como é sabido o Estado na repartição divide-se em Legislativo, Executivo e Judiciário. Cabendo ao Poder Legislativo criar normas sobre o direito à saúde para a regulamentação do tema; Ao Poder Executivo, enquanto administrador dos programas e dos recursos públicos, a organização administrativa. E ao Poder Judiciário, atuar quando ocorrer litígios provenientes dessas relações.

Destarte, é que se apresenta o questionamento primordial desse trabalho que consiste em saber se de fato o Estado encontra respaldo no instituto da Reserva do Possível para justificar o não cumprimento de suas obrigações constitucionais como é o caso do atendimento ao Direito Fundamental à Saúde.

Portanto, é que este trabalho tem relevante valor, pois essa questão exerce frequentes discussões, tanto doutrinárias quanto nos órgãos administrativos, e, também, nos tribunais, sendo vasto o rol de decisões que integram a jurisprudência da atividade jurisdicional.

O objetivo dessa pesquisa foi compreender a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, analisando os aspectos que vão da normatização à concretização no atendimento do serviço público de saúde, buscando entender se o

Estado pode se eximir dessa prestação, tendo em vista a reserva do possível e se, caso descumpra está sujeito ao controle do judiciário.

Para alcançar o fim aqui exposto, é que inicialmente a primeira seção do segundo capítulo, consiste na abordagem sobre a saúde e o dever do Estado, fazendo primordialmente uma análise histórica sobre a concepção de saúde e suas alterações ao longo do tempo e como se tornou um direito fundamental. Em seguida foi feita uma abordagem do direito à saúde na Constituição Cidadã de 1988, analisando alguns princípios que lhe dão suporte como a dignidade da pessoa humana e ordem social.

Superada a questão da efetivação do direito à saúde enquanto sua normatização, analisou-se a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), que teve sua origem com a Lei Federal n.º 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde) e a sua aplicabilidade na vida prática.

Assim, chega-se à principal questão deste estudo, que é saber se o Estado encontra respaldo na Reserva do Possível para negar o atendimento sob a afirmação de não possuir recursos orçamentários ou humanos, para o atendimento universal à saúde.

Contrapondo-se a essas alegações surgiu a necessidade de abordar a teoria do mínimo existencial, trazendo ao rol dos direitos fundamentais a particularidade de serem consagrados como os direitos básicos à vida digna de qualquer cidadão, e que sendo assim são prioridades na prestação estatal, não podendo ser negados pelo Estado sob qualquer alegação, incluindo a reserva do possível.

Por fim, face às controvérsias na prestação do atendimento ao direito fundamental à saúde, tratou-se dos litígios aos quais são submetidos ao poder judiciário, consistindo em uma forma de efetivação do direito à saúde pelo judiciário, sendo resguardados aos usuários diversos instrumentos de ingresso ao judiciário, tendo em vista a lesão a este direito.

Já no terceiro e último capítulo foram trazidas as considerações finais, em que foram constatadas as hipóteses levantadas previamente, que foi a confirmação de que o Estado usa como defesa a Reserva do Possível para justificar o não cumprimento da garantia do atendimento universal à saúde extrapolando a razoabilidade.

2 DIREITO À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO

Ao longo da história a saúde como um direito inerente à pessoa humana, sempre foi objeto de estudos nas diversas perspectivas e variadas abordagens. Esse tema é bastante relativo, pois para conceituar saúde deve-se analisar o contexto da sua abordagem, bem como sua aplicação social, que pode variar de acordo com a época, lugar, aspectos culturais, políticos, históricos, sociológicos e filosóficos.

Nem sempre a concepção de saúde foi vista como é hoje, para alcançar a atual definição é preciso entender como este sentido é mutável, seja pelo sentido estrito da palavra saúde o que implica na sua conceituação ou ideia sobre o tema, restando aí uma análise mais filosófica, ou pelo sentido de direito à saúde, na medida em que integra um rol de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a qualquer cidadão e prestados pelo poder público, como menciona o doutrinador: “O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social...” (Scliar, 2007, p. 30).

Assim, no século XIX, com a revolução industrial e o fenômeno da migração de diversas pessoas dos campos para os grandes centros econômicos, motivados pelas ofertas de trabalho, superlotaram as cidades que não acompanharam o grande crescimento populacional, faltando à população direitos básicos, o que ocasionou no advento dos movimentos sociais em prol desses direitos inclusive o direito à saúde (Piovesan, 2013).

Só então passou-se a pensar em saúde como um direito e, como tal, enquanto dever a ser efetivado pelo Estado. Neste ponto, é importante analisar que foi uma forma de pensar no conceito de saúde isoladamente do conceito de vida já que embora a vida dependa de um bom estado de saúde, o direito à saúde é um, e o direito à vida é outro. (Scliar, 2007). Dessa forma outro grande passo para o direito à saúde enquanto dever do Estado foi sua inclusão nos textos constitucionais de muitos Estados modernos como leciona José Afonso da Silva, em uma significativa análise:

Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais

precisa, melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). (Silva, 2005, p. 309)

Outro marco histórico foi a violação aos direitos humanos com a segunda guerra mundial que teve notória repercussão internacional e com o seu término em 1945, surgiu a necessidade de regulamentar os direitos fundamentais, desse modo prescreve Ingo Sarlet Wolfgang:

[...] é, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em número significativo de constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. (Sarlet, 2004, p. 56)

No âmbito da normatização internacional foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que se delineou os direitos básicos servindo como principal instrumento de influência às constituições de diversas nações, e tendo uma significativa repercussão ao direito à saúde demonstrando mais um caso de desintegração do conceito de direito à saúde do direito à vida, de modo que aduz o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

1.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.
2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. (Declaração Universal dos Direitos, Humanos, 1948, p.4)

A Organização Mundial de Saúde (OMS) desde 1948, diz que “Saúde é o estado completo de bem-estar mental, social e não apenas a ausência de doenças” (Scliar, 2007, p.36). Este conceito atribui um novo significado à concepção de saúde, superando a dos antigos pensadores que analisaram a saúde apenas como a ausência de enfermidades. Além disso, este conceito passou a ser um conceito inovador, pois demonstra que a saúde é fruto do homem com o meio ambiente, já que o bem-estar para ser alcançado alia-se às concepções de estado mental e social.

Dessa forma, o ordenamento jurídico regulamenta o tema em diversas normas que encabeçado pela Constituição federal de 1988 e seguido por toda a legislação infraconstitucional a exemplo da lei Federal 8.080 de 19 de setembro de

1990, servem como principais instrumentos de efetivação e garantia dos direitos sociais e fundamentais.

2.1 DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como visto, a constatação desse direito advém de uma compreensão histórica e de tal forma, é necessário também analisar como se deu esse progresso do direito à saúde no arcabouço dos direitos básicos prescritos na Constituição brasileira, pois nem sempre este direito foi garantido constitucionalmente, sua abordagem sofreu significativas variações desde sua inobservância total por algumas constituições ou com abordagem limitada a determinados grupos da sociedade, o que é certo é que esse direito assim como a Constituição evoluem de acordo com sua época (Pilau Sobrinho, 2003).

As duas primeiras constituições, a de 1824 e de 1891 não faziam alusão a esse direito sendo a primeira Constituição a tratar desse tema a de 1934, que foi um instrumento inovador para a época por ter entre a garantia de certos direitos a inclusão dos direitos aos trabalhadores instituindo a justiça do trabalho, e aí é que a primeira abordagem constitucional do direito à saúde foi relacionada a saúde do trabalho. Com a constituição de 1937 foi viabilizado o direito à saúde da criança. (Pilau Sobrinho, 2003)

Já na constituição de 1946, ocorreu a implementação da regra de repartição de competência da saúde entre União, Estados e Municípios (Silva, 2007). Foi com o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição cidadã, que o direito à saúde ganhou seu apogeu e como consequência ganhou contornos de direito fundamental. Ficando claro nas palavras de José Afonso da Silva:

O tema não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre a defesa e proteção da saúde, mas isso tinha sentido na organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de direito do homem (Silva, 2007, p.308, 309).

Dessa maneira é que o rol dos direitos e princípios básicos encontram abrigo no ordenamento jurídico através da Constituição Cidadã de 1988, possibilitando um núcleo de proteção aos direitos fundamentais de modo que é conferido a possibilidade do direito à saúde está preservado por vários princípios que compõem uma sistemática protecionista de direitos, como a dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, inciso III do mesmo diploma, constituído como princípio

fundamental ao Estado Democrático de Direito como descreve Luis Roberto Barroso:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico.” (Barroso, 2013, p.319, 320)

Sendo assim, cabe ao Estado sua regulamentação e proteção, tendo em vista que nenhum cidadão pode ter esse direito lesado ou suprimido, pois estas condições básicas lhes são inerentes e sendo assim nem o próprio titular pode abrir mão dele, sendo irrenunciável.

2.1.1 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

Os direitos e garantias fundamentais que compõem os direitos básicos e inerentes aos homens são divididos em três gerações como explica Alexandre de Moraes:

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. (Moraes, 2014, p. 29)

Os direitos de primeira geração são os direitos ligados à vida e as garantias individuais, como afirma Alexandre de Moraes: “Assim, os direitos fundamentais de primeira geração correspondem à liberdade, são os direitos e garantias individuais clássicos, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta”. (Moraes, 2014, p.29)

Os direitos de segunda geração são considerados pela doutrina como aqueles que são prestados pelo Estado, como o direito à saúde, à educação, ou seja, dependem da efetivação estatal para sua concretização, como menciona Ingo Sarlet Wolfgang: “Direitos fundamentais a prestação, tem por objetivo uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa.” (Sarlet, 2004, p.275).

Já os direitos de terceira geração ficam claros na lição de Alexandre de Moraes:

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à *paz*, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, [...] (Moraes, 2014, p. 29).

Assim os direitos de terceira geração não são determinados a sujeitos individuais e sim pertencentes a todos. Vale observar que estes direitos se relacionam, pois ambos são pertencentes ao rol de garantias primordiais tanto aos indivíduos como à sociedade.

Os direitos sociais são típicos direitos de segunda geração dependendo da efetivação por parte do poder público. O conceito de direito social é definido como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas por parte do Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, possibilitando melhorias na qualidade de vida, portanto são direitos que se ligam ao direito de igualdade. (Silva, 2005).

Os direitos sociais encontraram significativo valor na Constituição Federal de 1988, previstos no artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

2.1.2 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E OS ARTIGOS 196 E 197

Ainda no texto constitucional se faz necessário observar o Título VIII que trata sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, elencando em seu Capítulo II a Seguridade Social e reservando a Seção II para o direito à saúde, em que fica estabelecido nos artigos 196 e 197 ser a saúde um direito de todos, evidenciando o dever do Estado em garantir este direito mediante políticas sociais e econômicas.

O legislador atribui esse direito mais uma vez ao rol dos direitos de segunda geração sendo que sua efetivação está restrita à elaboração de políticas públicas e econômicas. Deste modo, os serviços e ações de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público sobre regulamentar, fiscalizar e controlar.

Encontramos na Constituição um sistema compartilhado, sendo de responsabilidade de todos os entes da federação dividir as atribuições no que tange

à saúde, neste sentido também é clara a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que a saúde é responsabilidade de todos os entes.

O atendimento deve ser prestado solidariamente e em face de uma lesão a este direito é possível acionar qualquer um destes entes federativos, como ficou claro no entendimento da Ministra colenda corte, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia no julgamento do Recurso extraordinário RE 740.397-AgR/ES, negando provimento ao recurso interposto pela União.

2.2 DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Como mencionado, a competência das atribuições do direito fundamental à saúde é comum de todos os entes da federação. A própria Constituição em seu artigo 198 menciona que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado com base na descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Neste sentido, o artigo 200, um importante dispositivo da Carta Magna, tem papel fundamental no ordenamento jurídico, já que, este implementa o Sistema Único de Saúde (SUS) lhe atribuindo competências e atribuições.

Assim é que a partir da implementação do artigo 200 pela Constituição Federal de 1988, surge como norma infraconstitucional a Lei Federal 8.080/90, a lei orgânica de saúde, que exerce um papel fundamental na seara do direito à saúde pois determina as diversidades de ações e serviços, a forma de organização, a estrutura de gestão e instâncias decisórias, bem como os principais objetivos a serem seguidos e qual o seu campo de atuação. (Medina, 2021)

Esta lei recebeu um importante reforço, a criação da lei Federal 8.142/90, que trouxe em seu arcabouço medidas como a fiscalização do cumprimento do direito fundamental à saúde, implementando a conferência nacional de saúde e o Conselho de saúde que em cada quatro anos deve ser realizada uma conferência em âmbito nacional com a finalidade de avaliar os avanços na efetivação, as novas doenças, e os novos procedimentos. (Medina, 2021)

2.2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

A lei do Sistema Único de Saúde (SUS), lei Federal 8.080/90, traz uma série de proteções ao direito à saúde, chamando atenção para o artigo 7º, que estabelece a relação dos serviços públicos e privados de saúde que integram o SUS, que devem estar relacionados com os mandamentos constitucionais previstos no artigo 196 da Carta Magna. Ainda no artigo 7º em seus principais incisos, estão elencados princípios importantes que devem ser respeitados como:

Princípio da Universalidade - fica claro a preocupação com o direito à saúde para todas as pessoas desde a criança até ao idoso; sua assistência deve ser prestada nos diferentes atendimentos como a saúde relacionada a medicamentos, saúde preventiva, internações, doação de órgãos, atendimento básico de saúde, pois a saúde está ligada à força vital, sem saúde não há vida, o povo deve viver com o mínimo a sua dignidade e não apenas sobreviver. (Cunha & Cunha, 2001).

O princípio da integralidade está presente no inciso II e prescreve que: “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;” ficando evidente a preocupação não só com a saúde individual mas também com a coletiva, devendo ser direcionado a todas as pessoas as campanhas do poder público que devem ser realizadas a todo instante. (Mattos, 2001)

Já o inciso IV estabelece: “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;” dá legitimidade ao princípio da equidade, pois sendo a saúde um direito de segunda geração e estes são viabilizados através da prestação igualitária, assim esta prestação está ligada a justiça social, e aqui fica claro o olhar do legislador para os hipossuficientes, de modo que, o serviço não pode ser prestado a esse ou aquele grupo social e sim para todos e principalmente os que estão carentes desse atendimento. (Escorel, 2001)

Portanto, o atendimento de saúde através do SUS, deve obedecer aos princípios aqui mencionados, incluindo todos os colaboradores, como médicos, enfermeiros, agentes de saúde, que tem a função de prestar o atendimento à saúde com o máximo de respeito e humanização, colocando-se no lugar do outro e tentando assim compreender suas dores, angústias e sofrimentos.

2.3 ATENDIMENTO À SAÚDE PELO ESTADO E A RESERVA DO POSSÍVEL.

O direito à saúde exerce um importante papel no ordenamento jurídico pátrio, de modo que, diversos dispositivos tratam sobre o tema, seja na lei maior ou na legislação infraconstitucional. Como visto, o principal desafio do direito à saúde ao longo da história foi sua efetivação normativa, ou seja, no campo formal, de modo que as cartas constitucionais anteriores a 1988 abordavam o direito à saúde de forma insuficiente, entretanto com a atual Constituição foi implementado um arcabouço jurídico visando não só o direito à saúde, mas a todos os direitos fundamentais. (Olsen, 2008)

Contudo, o problema enfrentado na atualidade é a disparidade entre o texto normatizado e a efetivação concreta deste direito na vida dos cidadãos, pois não basta se valer de uma legislação garantista que na prática enfrenta dificuldades de acesso e graves lesões a direitos.

Como ensina, Ana Paula Barcellos (2008). a efetivação desses direitos está atrelada à sua regulamentação no ordenamento jurídico, estes direitos estão relacionados à disponibilidade de recursos, ou seja, os bens são escassos, nem sempre permitindo que todos os direitos sejam realizados de modo uniforme para todos os cidadãos.

Por ser o direito à saúde um típico direito de segunda geração e que, portanto, para sua implementação depende de políticas públicas e econômicas, seus gastos são mais elevados que os direitos de primeira geração que se reportam a garantias e liberdades individuais. (Bonavides, 2003)

Embora as expectativas e necessidades humanas sejam infinitas, a capacidade do Estado de custear essas necessidades humanas é finita. Os direitos têm custos e a capacidade do Estado de fornecer esses direitos para os cidadãos é limitada.

“Reserva do Possível” é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela administração pública, a fim de suprir as necessidades dos cidadãos, que a priori, é de sua obrigação. Infelizmente os recursos materiais que deveriam ser suficientes para a sociedade, não são, tendo assim o cidadão que dele necessita recorrer ao judiciário para ver cumprido seus direitos. (Barcelos, 2008).

A Reserva do Possível teve sua origem em 1972, na Alemanha, com um julgamento de um caso emblemático pela corte constitucional alemã, um grupo de jovens Arianos que queriam cursar Medicina. A Constituição Alemã não garante expressamente o Direito ao ensino superior; o grupo ingressou com ação judicial alegando que se não tivesse garantido o acesso à universidade, não poderia escolher livremente sua profissão, este sim, um Direito consagrado na Constituição Alemã. (Barcelos, 2008)

O tribunal reconheceu que o acesso à Universidade é realmente importante e desejado para o fiel exercício da escolha profissional, no entanto a corte afirmou que é inviável exigir que o Estado forneça a todos esses acessos por uma questão de Reserva do Possível. O Estado não tem como atender a todas as demandas sociais, devendo se concentrar naquilo que é faticamente possível.

Os tribunais brasileiros têm adotado diferentes posições em relação a este dilema. Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional; outros, quando confrontados com a questão da alocação de recursos, eximem-se de obrigar o Estado a adoção de políticas públicas sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo. Essa divergência de enfoques demonstra que o tema está em processo de maturação. E é neste processo que as contribuições doutrinárias têm se mostrado de relevante importância.

Portanto é aí que surge um dos entraves à aplicação universal do direito à saúde, o Estado através da alegação da reserva do possível atesta sua incapacidade de atuação diante da insuficiência de recursos, ou seja, a escassez de tais recursos determinará a segregação no atendimento à saúde e nesse sentido menciona o autor:

O Estado tem procurado guarida no princípio da reserva do possível que é uma cláusula condicional que determina a submissão de um determinado direito fundamental aos recursos públicos disponíveis, para tentar justificar o não cumprimento do seu dever a determinadas prestações, sobremaneira no âmbito do direito à saúde. (Ferreira, 2010, p. 106)

O Estado encontrou na reserva do possível uma maneira de se eximir de suas obrigações, ao passo de extrapolar a razoabilidade, pois esse instituto foi pensado para ser excepcional e o que se constata na realidade é uma inversão ao

ponto de deixar de ser exceção e passar a ser a regra, assim é que a reserva do possível é alegada de maneira indiscriminada, como menciona o doutrinador:

[...] o Estado não pode alegar “a reserva” a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas aquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade (Lazzari, 2012, p. 44).

Essa questão demonstra que existe a possibilidade do Estado se valer da reserva do possível no momento da prestação do atendimento à saúde, entretanto é na esfera processual que sua alegação é constatada, pois já ocorreu a lesão ao direito e o Estado tem a necessidade de se defender, e em regra, na maioria das demandas os Órgãos de defesa estatal, as Procuradorias, inevitavelmente buscam na reserva do possível a única matéria de defesa e assim obtendo respaldo jurídico para o não cumprimento da obrigação.

Cabe ao Estado em matéria de defesa a alegação da reserva do possível, uma vez que, compete unicamente ao mesmo, a prestação do atendimento de saúde e por ser ele o conhecedor dos gastos públicos, é dele unicamente o ônus da prova, devendo comprovar a insuficiência de recursos, tendo em vista que seria impossível neste caso a inversão desse ônus, pois ao cidadão cabe apenas gozar do atendimento de saúde, como bem expressado nas palavras de Lazari: “[...] ao Estado compete provar a casuística ensejadora da “reserva”, sem qualquer possibilidade de se inverter ou de se distribuir de maneira dinâmica este ônus probatório” (Lazari, 2012, p. 44).

2.4 O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Contrapondo-se à teoria da reserva do possível surge o instituto do mínimo existencial que nas palavras de Barroso é:

Mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos *direitos fundamentais sociais* e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. (Barroso, 2013, p. 322)

Dois institutos de absoluta importância para o Direito brasileiro, considerando necessariamente a ideia de escassez, a Reserva do Possível é uma alegação de insuficiência financeira e orçamentária estatal, frente às demandas que lhe são formuladas, ao passo que o Mínimo Existencial é um conjunto de Direitos indispensáveis a uma vida digna, e que o Estado deve obrigatoriamente fornecer sem poder se escusar de sua obrigação.

Tendo em vista ser a reserva do possível o meio de defesa do Estado para a não prestação do atendimento de saúde, o mínimo Existencial demonstra que todo cidadão deve gozar de um mínimo necessário para obter uma condição digna de vida e não apenas sobreviver.

O direito ao mínimo existencial vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana por tratar do rol mínimo a que todo cidadão tem direito, ou seja, todo o arcabouço jurídico consagrado constitucionalmente como direitos fundamentais deve ser garantido aos cidadãos, pois trata-se de condições básicas e necessárias. (Sarlet, 2008).

Sendo o direito à saúde um típico direito social e, portanto, um direito de segunda geração, sua efetivação está vinculada a programas do poder público através de políticas públicas, sociais, dessa forma o mínimo existencial vai além da previsão legal no texto constitucional do direito à saúde de modo que sua realização na prática também compõe o mínimo existencial.

Portanto, cabe ao cidadão, frente a uma lesão ao direito fundamental à saúde, levantar como matéria de defesa o mínimo existencial, tendo em vista que o Estado enquanto garantidor desse direito não pode prestar um serviço meramente deficitário, e sim em condições que atenda ao princípio da dignidade humana que está ligado à justiça social.

2.5 CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DAS MEDIDAS JUDICIAIS.

Cumprе salientar, que as políticas públicas para a efetivação do direito à saúde estão nas mãos do poder executivo e do legislativo, visto que cabe a estes a implementação e administração destas, bem como sua normatização.

Entretanto, o que ocorre no dia a dia é a omissão desses poderes no atendimento à saúde fazendo com que o cidadão fique sem o devido atendimento.

Esta conduta omissa do poder público gera ao cidadão graves lesões, tendo em vista que em muitos casos pelas condições do paciente podem gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação como a morte do paciente.

Dessa maneira é que em última instância, após a falta de atendimento pelas políticas públicas ou pela sua falta de efetividade normativa, o cidadão pode se valer do poder judiciário para ver cessado esta lesão ao seu direito fundamental à saúde, pois o dispositivo constitucional presente no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 afirma que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;”. (Bonavides,2003)

Portanto, em diversos casos o cidadão pode ingressar com uma demanda judicial para ter a efetivação ao direito à saúde. Essa tutela jurisdicional pode ser exercida visando a defesa dos direitos individuais ou coletivos.

Nas demandas individuais o direito é afirmado através de ações individuais visando o interesse de apenas um indivíduo, como por exemplo o mandado de segurança regulamentado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º , inciso LXIX, também nas ações ordinárias com pedido ou não de urgência através da antecipação de tutela previstas no Código de Processo Civil em seus artigos 272 e 282 e seguintes. (Lenza, 2012)

Já as ações coletivas visam tutelar os direitos da coletividade, muito embora as decisões possam alcançar apenas um sujeito, mas a relevância daquela questão é de interesse da coletividade, são espécies de ações coletivas o mandado de segurança coletivo regulamentado pela Carta magna em seu artigo 5º, inciso LXX e a Ação Civil Pública regulamentada pela lei 7347/85. Dessa forma é fácil perceber que diversos são os instrumentos que dão acesso ao poder judiciário presentes tanto na Constituição Federal como também na vasta legislação infraconstitucional. (Wolkmer, 2003).

Portanto, cumpre ressaltar que a atividade jurisdicional tem relevante papel na efetivação e prestação do direito fundamental a saúde, uma vez que em determinadas situações possibilita aos cidadãos uma via de reparação em face dessas omissões do poder público no atendimento ao direito a saúde.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo, restou esclarecido que a efetivação do direito fundamental à saúde é uma questão eminentemente controvertida, tendo em vista, que o assunto é bastante amplo, e que está vinculada a critérios e competências do poder público.

Buscou-se compreender o conceito de saúde e sua evolução histórica enquanto direito, em seguida foi analisado sua previsão no texto constitucional vigente, ficando claro que trata-se de um direito de segunda geração e que portanto é um típico direito social, que para ter efeitos depende da viabilidade pelo poder estatal de políticas públicas para então ter sua efetivação.

Observou-se que o direito à saúde é um dever do Estado e que a competência é comum a todos os entes da federação e que a aplicabilidade desse direito deriva do Sistema Único de Saúde (SUS) que foi implementado pela lei Federal 8.080/90 em que estão descritos a sua forma de atuação, organização e princípios.

Dessa maneira os objetivos desta pesquisa foram alcançados visto que foram analisados os aspectos que vão da normatização à concretização do atendimento do serviço público, buscando compreender a efetivação do direito fundamental à saúde e se o estado pode se eximir dessa prestação tendo em vista a reserva do possível.

Com isso foi possível constatar que o Estado não dispõe de recursos suficientes para cumprir com esta prestação universal e que sendo assim, atesta através da teoria da reserva do possível sua incapacidade na prestação do direito à saúde, essa teoria demonstra um sério entrave na efetivação do direito fundamental à saúde, e que por isso, os poderes legislativo e executivo devem se organizar na destinação desses recursos, já que é inevitável a segregação desse atendimento.

Contrapondo-se à reserva do possível surge a teoria do mínimo existencial, conjunto de bens indispensáveis que o estado deve obrigatoriamente atender, que aliada à dignidade da pessoa humana, possibilita aos cidadãos um rol de direitos fundamentais ao qual a saúde integra, para que os indivíduos tenham uma vida digna.

Nesse sentido, observou-se a necessidade de atuação do poder judiciário como papel fundamental, tendo em vista que sendo negado o atendimento à saúde o cidadão encontra na via judicial uma maneira de ter a sua lesão evitada ou reparada, entretanto, deve-se sempre ressaltar que o poder judiciário não possui a

originária competência de prestar o direito à saúde, pois esta competência é do poder executivo.

Dessa forma, a legislação tanto constitucional quanto infraconstitucional viabiliza instrumentos de ingresso ao poder judiciário como por exemplo, mandado de segurança coletivo e individual, ação civil pública, ação ordinária com antecipação dos efeitos da tutela ou não, entre outros.

Assim é que restou esclarecido que o direito à saúde tem uma base legislativa suficientemente eficaz na efetivação do direito à saúde já que possibilita tanto na Constituição como na norma infraconstitucional um rol de dispositivos que vão dos princípios às leis ordinárias, visando a tutela deste bem tão importante que é a saúde.

Entretanto o que se observa na aplicação dessas políticas na vida prática através da atuação do poder executivo em disponibilizar este serviço público de saúde é uma verdadeira falha na efetividade já que falta aos cidadãos remédios, condições adequadas nos hospitais, falha na disponibilidade de procedimentos cirúrgicos, desvalorização da mão de obra entre outras questões.

Vale ressaltar que o poder judiciário tem um relevante papel na efetivação do direito fundamental à saúde, devendo agir com responsabilidade nas decisões, capaz de atender as demandas, possibilitando aos cidadãos uma alternativa em face dessas omissões do poder público no atendimento ao direito fundamental à saúde.

É importante enfatizar que a aplicabilidade do direito fundamental à saúde é imprescindível, devendo ser assegurado pelo poder público como garantia de um mínimo existencial e devendo prevalecer sobre quaisquer outros interesses, pois é através da garantia desse direito que se preserva o bem maior, que é a vida.

Conclui-se que o presente estudo contribui no sentido de trazer informações a respeito da problemática do Direito à Saúde e a reserva do possível, restando esclarecido que o poder público deve implementar políticas públicas que venham proporcionar à sociedade plenas condições de vida digna como resultado de um atendimento eficaz aos direitos fundamentais, para que a população não venha tornar o judiciário como um prestador da saúde pública, e sim um controlador das políticas públicas que garantam efetivamente os direitos consagrados na Constituição Federal do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 4. ed. – São Paulo :Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Malheiros,

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 20 de abril 2023.

BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 23 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 22 de março 2023.

BRASIL. **Lei do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm> Acesso em: 02 de abril 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. (Série E. Legislação em Saúde).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. Agravo Regimental no Recurso Extraordinario. Responsabilidade Solidaria RE 832155 AL. 2ª Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 12 dez.2014. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336844/agreg-no-recurso-extraordinario-re-832155-al-stf>> Acesso em 29 julho 2023.

CUNHA, J. P. P. & CUNHA, R. E. **Sistema Único de Saúde: princípios**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Gestão Municipal de Saúde: textos básicos. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2001

SCOREL, S. **Os Dilemas da Equidade em Saúde: aspectos conceituais. Organização o Pan-Americana da Brasília**. 2001. Disponível em: Acesso em: 30 jul. 2023.

Declaração Universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. acesso em 16 abr 2023.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade**: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DireitoaSaude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf> Acesso em: 01 jun 2023.

FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. **O princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila de transplante de órgãos.** Revista de Direito Privado, São Paulo Ed. Revista dos Tribunais Ano 11, n. 41, 2010), p. 106-132, (jan./ma)

SCLIAR, Moacir. **História do Conceito de Saúde.** 2007. pag 30, PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03>> Acesso em: 30 mar.2023.

GÓIS, Vander Lima Silva. **Desafios na efetivação do direito à saúde fundada no paradigma da dignidade humana.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf>>. Acesso 30 de abr 2023.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

LAZARI, Rafael José Nadir de. **Reserva do possível e mínimo existencial um necessário estudo dialógico.** 2012. Trabalho de curso apresentado ao programa de Mestrado em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, [Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi].

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LIBÓRIO, Nathália da Silva. **Os parâmetros do controle judicial das políticas públicas de saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos.** 2012. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Universidade Salvador. [Orientador: Georges Louis Hage Humbert]

MATTOS, R. A. **Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos.** In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. A (Orgs.) MEDINA, José. **Constituição Federal Comentada.** 2021. São Paulo (SP) Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 30ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Lenyda Silva. **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> Acesso em 25 abr 2021

PILAU SOBRINHO, Liton Lones, **Direito à Saúde: Uma Perspectiva Constitucionalista.** Passo Fundo. UPF, 2003

PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** Flávia Piovesan. – 14. ed., rev. e atual.– São Paulo : Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição.rev e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. *Rev. Saúde Pública* [online]. 2008, vol.42, n.2, pp. 365-369. Epub Feb 29, 2008. ISSN 0034-8910

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J.Rawls**. *Kriterion* [online]. 2013. vol.54, n.127, pp. 197-210. Disponível em< <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>> Acesso em 05 mai 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos, **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. Edição. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989, p 1952.