



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

BRENO THIAGO DE SOUSA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

CAMPINA GRANDE – PARAÍBA

2020

BRENO THIAGO DE SOUSA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Artigo Científico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas,
Campus I, Universidade Estadual da Paraíba, como parte das
exigências para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aureci Gonzaga Farias.

Área de Concentração: Constituição, Exclusão Social e Eficácia
dos Direitos Fundamentais.

CAMPINA GRANDE - PARAÍBA

2020

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237j Santos, Breno Thiago de Sousa.

A judicialização da saúde e o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível [manuscrito] / Breno Thiago de Sousa Santos. - 2020.

24 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2020.

"Orientação : Prof. Dr. Aureci Gonzaga Farias ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Saúde. 2. Direitos Fundamentais. 3. Reserva do Possível. I. Título

21. ed. CDD 342

BRENO THIAGO DE SOUSA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO
EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Artigo Científico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas, Campus I, Universidade Estadual da Paraíba, como parte das exigências para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Aureci Gonzaga Farias (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Prof. Dr. Glauber Salomão Leite (UEPB)

Prof.^a Dr.^a Milena Barbosa de Melo (UEPB)

26 de julho: ... *Eu estava tonta de fome devido ter levantado muito cedo. Fiz mais café. Depois fui lavar as roupas na lagoa, pensando no Departamento Estadual de Saúde que publicou no jornal que aqui na favela do Canindé há 160 casos positivos de doença caramujo. Mas não deu remédio para os favelados. A mulher que passou o filme com as demonstrações da doença caramujo nos disse que a doença é muito difícil de curar-se. Eu não fiz o exame porque eu não posso comprar os remédios.*

*Maria Carolina de Jesus
Quarto de Despejo: Diário de Uma Favelada.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	8
2.1	LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.2	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS DIREITOS SOCIAIS	13
2.3	CASO KYARA LIS	18
3	CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
	REFERÊNCIAS	21

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH AND ITS CONFLICT BETWEEN THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RESERVE OF THE POSSIBLE

SANTOS, Breno Thiago de Sousa¹

SANTOS, Breno Thiago de Sousa²

RESUMO

No cotidiano, o direito à saúde se confunde com os serviços médicos, os quais englobam consultas, prescrições medicamentosas, cirurgias de variados graus de complexidade, mas também acompanhamento regular à luz da medicina preventiva. Desse modo, para que haja uma real efetivação dessa garantia, é preciso um conjunto amplo de ações. A garantia à saúde deve ser compreendida, assim, como o acesso a um conjunto de políticas que visam, para além da reabilitação de pacientes, à promoção de ações no sentido da prevenção de doenças. Assim, o presente Artigo tem por objetivo geral analisar a concretização da garantia fundamental à saúde no Brasil em face da reserva do possível. Visando alcançar os objetivos propostos, utiliza-se do método indutivo. A saúde deve ser compreendida como uma das principais garantias do indivíduo, uma vez que, por uma questão lógica, a manutenção da vida humana depende necessariamente de condições que colaboram para uma vida saudável. Desse modo, a gestão estatal deve dar prioridade às ações que colaborem para a concretização da saúde em seus mais variados aspectos. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida digna, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, deve-se privilegiar a vida e a saúde humanas, mormente se contrastarmos a prioridade do gasto com a manutenção da saúde em face de outros dispêndios do poder público.

Palavras-chave: Saúde. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível.

ABSTRACT

In everyday life, the right to health is associated with medical services, which includes consultations, drug prescriptions, surgeries, but also regular monitoring under the light of preventive medicine. Thus, in order for this guarantee to be effective, a broad set of actions is necessary. The guarantee of health must be understood, therefore, as the

¹ Graduando em Direito Pela Universidade Estadual da Paraíba. *E-mail*: <brennocg@hotmail.com>.

² Law student for State University of Paraíba. *E-mail*: <brennocg@hotmail.com>.

access to a set of policies that aim, in addition to the rehabilitation of patients, to the promotion of actions towards the prevention of diseases. In consequence, this Article has the general objective of analyzing the realization of the fundamental guarantee to health in Brazil in view of the reserve of the possible. In order to achieve the proposed objectives, the inductive method is used. Health must be understood as one of the main guarantees of the individual, since, as a logical matter, the maintenance of human life necessarily depends on conditions that contribute to a healthy life. Therefore, state management must give priority to actions that contribute to the realization of health in its most varied aspects. Between protecting the inviolability of the right to a dignified life, which qualifies as an inalienable subjective right ensured by the 1988 Federal Constitution of Brazil itself, or making a financial and secondary interest of the State prevail against this fundamental prerogative, it's necessary to privilege human life and health, especially if we contrast the priority of spending on maintaining health in face of other expenditures by the government.

Keywords: Health. Fundamental Rights. Reserve of the Possible.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de Pandemia por Covid-19, as preocupações de todo o mundo se voltaram intensamente para o direito fundamental à saúde, assim estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como consequência de inúmeras articulações sociais que buscavam melhores condições de vida. Trata-se de uma garantia que foi consagrada enquanto direito de todos e dever do Estado. Assim, cabe aos agentes governamentais desenvolver ações visando à promoção da saúde em seus mais variados aspectos.

No cotidiano, o direito à saúde se confunde com os serviços médicos, os quais englobam consultas, prescrições medicamentosas, cirurgias de variados graus de complexidade, mas também acompanhamento regular à luz da medicina preventiva. Desse modo, para que haja uma real efetivação dessa garantia, é preciso um conjunto amplo de ações. A garantia à saúde deve ser compreendida, assim, como o acesso a um conjunto de políticas que visam, para além da reabilitação de pacientes, à promoção de ações no sentido da prevenção de doenças. Assim, o presente Artigo, intitulado "*A Judicialização da Saúde e o Conflito Entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível*", tem por objetivo geral analisar a concretização da garantia fundamental à saúde no Brasil em face da reserva do possível.

Sabe-se que o acesso à saúde deve buscar condições que garantam a melhoria da qualidade de vida da população. No entanto, nem sempre o Estado

consegue cumprir o seu dever, fazendo com que os indivíduos tenham de recorrer à esfera judicial para que seus direitos sejam, de fato, concretizados. Conseqüentemente, ocorre uma intervenção direta do poder judiciário nas ações do executivo de um determinado ente da federação.

Todavia, por vezes, o ente público que deverá cumprir a sentença alega não ter recursos para fazê-lo, sendo-lhe impossível a execução da ordem judicial, uma vez que se encontra impossibilitado de deslocar recursos de outros fundos para cumprir o determinado pela Justiça. A reserva do possível, nesse contexto, atua de modo a limitar o cumprimento da sentença frente à disponibilidade do ente público, o que nos conduz ao seguinte questionamento: “quais as conseqüências da judicialização das demandas de saúde em face da reserva do possível?”

Visando alcançar os objetivos propostos, utiliza-se do método indutivo, a partir de dispositivos legais e casos concretos a fim de encontrar uma resposta geral ao problema. Quanto aos fins, trata-se de pesquisa descritiva-exploratória, por tentar-se esclarecer e desenvolver conceitos e ideias. Finalmente, quanto aos meios, a pesquisa bibliográfica se revelou a escolha mais pertinente, haja vista a necessidade de estudos sobre textos, como livros, notícias e julgados. Para tanto, realizaram-se buscas em *sítes* na Internet dos artigos mais recentes sobre o tema abordado, além da revisão teórica se amparar em alguns livros clássicos da doutrina das Ciências Jurídicas, como também nas leis e tratados internacionais assinados pelo Brasil.

A relevância científica e social do tema objeto de estudo encontra seu fundamento no momento atual de Pandemia, em que as atenções de todo o mundo se voltam para o tema da saúde. Governos e empresas privadas estudam e financiam vacinas, medicamentos, medidas de higienização e profilaxia. Tudo isso tem um custo altíssimo a ser arcado, de modo que o paralelo com a reserva do possível se faz necessário. Em outras palavras, a validade científica dessa pesquisa está correlacionada à compreensão dos limites da interferência do Poder Judiciário sobre os entes federados.

Por fim, aqui se discute um dos maiores, mais fundamentais e complexos direitos constitucionais – a saúde –, de modo que o público-alvo é abrangente, visando todos os acadêmicos, os operadores do Direito e a sociedade em geral.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde se configura como reconhecimento de uma garantia fundamental estabelecida a todos os indivíduos. Diante disso, o legislador constituinte estabeleceu no artigo 23 da Carta Magna que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública, bem como proteger pessoas portadoras de deficiência.

Assim, todos os entes da federação devem concretizar políticas públicas direcionadas à família. A divisão de tal dever é de fundamental importância para que a construção de ações direcionadas às especificidades e necessidades de cada realidade social. Além disso, cria uma responsabilidade comutativa, ainda que limitada, do desenvolvimento integrado de intervenções que viabilizem, para além da assistência, a qualidade de vida de toda sociedade.

A fim de concretizar de forma fática as práticas de saúde, na redação do artigo 24, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: previdência social, proteção e defesa da saúde. Tal dispositivo privilegiou a descentralização da construção normativa em prol das políticas de saúde, o que se justifica dada a dimensão geográfica do território nacional. Além disso, devido ao princípio da legalidade – o qual veda aos agentes públicos a prática de qualquer ato não disposto previamente em lei – esse artigo legitima as ações de cada ente sobre a temática.

Em conformidade com o artigo 30 da norma constitucional, as ações desenvolvidas deverão ser integradas, ou seja, ainda que tenha sido estabelecida a autonomia dos entes federados, estes, em prol do bem coletivo, deverão desenvolver ações planejadas, objetivando favorecer, entre outros direitos, a saúde pública. Ademais, tamanha a preocupação com a efetivação de tais práticas que o constituinte estabelece, nos artigos 34 e 35, a intervenção sobre o ente que não tiver aplicado o mínimo exigido da receita na manutenção, desenvolvimento do ensino, nas ações e serviços públicos de saúde.

Quanto à classificação do direito fundamental à saúde, o legislador constituinte o consagra como um componente da seguridade social, uma vez que o artigo 194 estabelece que seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de

iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ciente da necessidade de destinação de recursos específicos para a concretização da política pública de saúde, o artigo 195 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu parágrafo 2º, impõe que a proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social. O legislador procura ressaltar que as ações devem respeitar as necessidades específicas de cada demanda, de modo que elas devem ser traçadas com a participação de agentes sociais diretamente envolvidos em sua concretização.

Objetivando garantir o direito a todos e vedar quaisquer discriminações quanto ao atendimento, a Lei Maior consagra, ainda, em seu artigo 196, o princípio da universalidade sobre a construção e concretização das políticas de saúde, estabelecendo que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por sua vez, o artigo 197 estabelece que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A opção do constituinte foi estabelecer o amplo acesso às políticas públicas de saúde enquanto uma garantia fundamental inerente aos indivíduos. Trata-se de um conjunto de medidas que viabilizem a promoção da saúde por meio da prevenção e do tratamento de doenças, tal como a criação de mecanismos que proporcionem melhores condições de vida ao indivíduo, sempre observando e respeitando as particularidades locais em que ele está inserido.

Nesse sentido, o texto constitucional estabelece a descentralização da gestão da saúde. Entretanto, objetivando a gestão integralizada, cria o Sistema Único de Saúde (SUS), responsável, entre outras coisas, pela concretização das ações de saúde em nível nacional. Logo, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes estabelecidas. Portanto, cabe a todos os entes o

desenvolvimento de ações direcionadas à construção de uma política de saúde para todos, respeitando as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Todavia, enquanto os entes discutem os limites de suas competências, objetivando enxugar seus gastos, o indivíduo padece esperando socorro. Vale ressaltar que, respeitando a força normativa da Constituição brasileira, foi aprovada a Lei nº 8.080, em 19 de setembro de 1990, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Seu artigo 2º reconhece que saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. No entanto, todos esses dispositivos legais não são suficientes para pacificar a questão entre os entes federados que, no âmbito burocrático, contestam os limites de suas competências.

Enquanto isso, o cidadão solicita que o mais basilar dos seus direitos seja garantido: a vida, em sua plenitude e com qualidade. Importante destacar, ainda, o disposto no artigo 6º da mesma lei, o qual estabelece que estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

2.1 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que tange à historicidade, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como conquistas históricas e suas tutelas foram ampliadas ou limitadas ao longo desse tempo. A historicidade é, portanto, uma das características mais marcantes, uma vez que delimita não apenas o surgimento, mas a sua concretização material. Assim, Martins (2013, p. 01) leciona que os direitos fundamentais não têm natureza definitiva, pois continuam sendo construídos ao longo da história e “estão em constante processo de modificação. Enfrentaram guerras, mortes, lutas e as gerações dos direitos fundamentais explicam justamente isso, o ganho pontual que os direitos foram recebendo ao longo da história.”

Retomando o conceito de Karel Vazak, Bobbio (2004) classifica os direitos fundamentais em dimensões de acordo com que vão sendo reconhecidos pelos Estados Constitucionais a partir das lutas de classe. Logo, a articulação social será um fator fundamental para a evolução da proteção normativa do sujeito.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões, vem entendendo que no ordenamento jurídico pátrio não há um direito fundamental absoluto, ou seja, há relativização dos direitos fundamentais quando da sua aplicação para a resolução de determinado caso concreto. Lembra Martins (2013) que sequer o direito à vida é um direito absoluto, uma vez que, ainda que de forma excepcional, pode haver uma morte autorizada pelo Estado, a exemplo dos casos de guerra e, até mesmo, casos específicos de aborto.

Todavia, na seara dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), estabeleceu alguns direitos como absolutos, dentre eles a vedação peremptória de tortura e da escravidão, que afetam diretamente a saúde e integridade física dos seres humanos. Tal declaração emerge de um contexto pós Segunda Guerra Mundial e está diretamente ligada ao julgamento do *Staff Nazista* pelo Tribunal de Nuremberg. Nesse sentido, a intenção central do legislador foi a de vedar que quaisquer pessoas cometessem tais violações ainda que disposto em documento normativo interno. Ademais, cumpre ressaltar que, assim como os direitos humanos, os direitos fundamentais possuem uma essência da complementariedade entre si. Ou seja, há uma relação simbiótica entre eles. Analisando tal característica, Martins (2013, p. 01) leciona que:

Os direitos fundamentais não são analisados sob o prisma isolado, pois estão em uma relação de complementariedade, ou seja, os direitos sociais reforçam os direitos individuais, os direitos difusos ampliam as garantias para a tutela coletiva e é nessa simbiose que eles devem ser compreendidos e respeitados.

O mesmo sentido deve ser estendido aos direitos humanos, ou seja, não é possível pensar sobre eles de forma isolada – um direito necessariamente depende do outro. Dessa forma, a proteção ocorre em seu núcleo e não em sua manifestação. Outra característica é a imprescritibilidade, assim, eles não possuem validade nem prescindem com o decurso do tempo. (MARTINS, 2013).

As consequências do holocausto foram decisivas para as tutelas dos direitos humanos. Até então, falava-se do dever de proteção dos indivíduos no plano interno do Estado. Logo, pautado em suas questões de soberania, determinado Estado poderia ou não tutelar os direitos humanos a um determinado indivíduo. Assim, a soberania era um fator absoluto que levava a uma proteção mitigada dos indivíduos.

No plano internacional, não havia um organismo fortalecido para regulamentar e fiscalizar a atuação de um Estado frente ao seu povo. A questão ia além, sequer havia um questionamento sobre o limite do exercício da soberania estatal, entendido como a independência de um Estado perante outros, face aos indivíduos. Todavia, tal realidade ocasionou diretamente duas grandes guerras mundiais que levaram à morte um número inestimado de pessoas.

Um dos marcos da mutação da norma jurídica também ocasiona na reflexão da existência concreta do indivíduo face a construção abstrata do Estado. Ou seja, ainda que se reconhecesse a existência diante do Estado, estes só existem a partir da reflexão humana. Ademais, para além da capacidade cognitiva de criação de entes, o ser humano é, de fato, o sujeito dotado de sentimentos e da própria vida em seu sentido biológico.

Sobre isso, importante ressaltar que a elevação do indivíduo à razão ontológica de uma norma não implica em um desprezo da importância do Estado Nacional. O que ocorre é que os ordenamentos jurídicos nacionais devem internalizar as normas de direitos humanos dispostas em documentos internacionais. Ademais, não há que se falar em uma substituição do sistema nacional pelas normas jurídicas internacionais. O que há é um fortalecimento da tutela dos direitos humanos e que no caso de falhas ou omissão de um determinado Estado Nacional, deve existir um agente capaz de fiscalizar e cobrar a concretização de tais garantias.

Para o indivíduo, as normas internacionais que versam sobre direitos humanos são mais um documento que garante esses direitos inerentes à vida. Ocorre, portanto, uma ruptura com a clássica acepção da soberania de um Estado frente aos indivíduos.

No que se refere à classificação do ordenamento jurídico internacional, o sistema pode ser dividido em global e regional. No plano internacional, os documentos de maior relevância são a Carta das Nações Unidas de 1945 e a já mencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Tratando-se do sistema global, a Organização das Nações Unidas (ONU) conta com a participação de 193 (cento e noventa e três Estados) soberanos, ou seja, é o maior sistema de tutela dos direitos humanos existente. Cumpre ressaltar que o Brasil participa da ONU desde sua origem e faz parte de órgãos ligados à instituição, como a Organização dos Estados Americanos (OEA). Ademais, o documento influenciou diretamente na construção da Carta Magna brasileira de 1988, a qual se coloca como

o documento que concretizou a maior tutela dos direitos humanos e sociais no país e representou um avanço histórico sobre o assunto.

No que tange aos sistemas regionais, os principais são: Europeu, Africano e o Interamericano. A participação do Brasil no microssistema de tutela ocorre, por uma questão geográfica, neste último. (MARTINS, 2013).

Em consonância com o exposto, percebe-se, como característica dos direitos fundamentais e humanos, o princípio da universalidade. Este está ligado à internacionalização desses direitos, uma vez que deverão ser assegurados por todos os Estados Nacionais. Além disso, a titularidade dos direitos humanos também reforça esse caráter universal, já que todas as pessoas humanas são as legítimas titulares deles, não havendo um critério de discriminação para tanto. Diante disto, Comparato (2019) afirma que todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo onde se encontrem.

Diante da essência ontológica dos direitos humanos, estes possuem a característica de irrenunciabilidade. Logo, ainda que por vontade própria, um indivíduo não pode renunciar do núcleo básico do seu direito humano. Analisando tal qualidade, Martins (2013, p. 01) leciona que “não há possibilidade de alguém renunciar ao núcleo do seu direito fundamental, esvaziando-o por completo. Com isso, o Estado estaria protegendo o indivíduo contra si mesmo”, por exemplo, o Brasil garante o direito fundamental à vida, mas não o direito à morte, proibindo a eutanásia. Em resumo o núcleo essencial dos direitos humanos é oponível ao Estado, à sociedade e em face do próprio indivíduo.

Todavia, o que se pode observar é a inabilidade do Estado em atender aos direitos fundamentais de toda a população, especialmente a mais carente, geralmente invocando o princípio da reserva do possível, segundo o qual a efetivação dos direitos sociais, incluindo o da saúde, estaria limitada às possibilidades orçamentárias do Estado.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS DIREITOS SOCIAIS

A efetivação do direito à saúde, em que pese ser norma constitucional de caráter programático, encontra óbice na escassez de recursos e na seleção de prioridades da administração pública.

Através do número crescente de ações judiciais em busca da efetivação do direito à saúde, como, por exemplo, na busca pelo fornecimento, por parte do poder público, de atendimentos e/ou medicamentos de alto custo que não estão na lista do Sistema único de Saúde (SUS), o Judiciário busca solucionar o conflito entre o direito de cada indivíduo ao mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

O princípio da reserva do possível é uma construção jurídica germânica, originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, observando-se os limites de razoabilidade.

Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Por outro lado, de acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público. Cumpre destacar que o objetivo de cada nação deve ser ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Caso o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar o direito social, bastando reconhecer tão somente o direito à vida.

Os direitos sociais não devem ser restringidos a padrões mínimos de existência, pela acomodação dos gestores públicos e falta de comprometimento com o real bem estar social. Nesse sentido, os agentes públicos responsáveis pelo controle da administração precisam trabalhar para que a proibição da insuficiência seja interpretada como um conceito dinâmico, como um verdadeiro ponto de partida, e não de chegada, para a efetivação dos direitos sociais.

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo inúmeras críticas no que diz respeito a decisões judiciais análogas divergentes, muitas vezes gerando incoerência na resolução dos casos concretos. Novos mecanismos criados, tais como a Súmula Vinculante e a Repercussão, com o objetivo de proporcionar uma maior uniformidade e segurança jurídica, além de celeridade processual, também não estão imunes às discussões doutrinárias e até sociais, uma vez que levam ao chamado ativismo judicial e à construção de novas normas.

Segundo Nader (2012), diante de uma situação fática, os sujeitos de direito, necessitando conhecer os padrões jurídicos que disciplinam a matéria, devem consultar, em primeiro plano, a norma. A passada construção doutrinária deriva interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a qual estabelece em seu artigo 4º: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Entretanto, isso abre espaço para infundáveis discussões e dificuldade de pacificação quando processos judiciais versam sobre princípios, e não sobre normas claras. Pode-se citar como exemplo as críticas às divergências das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referentes à aplicação do princípio da insignificância nos chamados crimes de bagatela. Segundo Streck (2002), a aplicação desse princípio dar-se-á no Brasil a partir da utilização da interpretação extensiva, cumprindo ao interprete a função de evitar injustiça.

Neste sentido, visualiza-se a importância do ordenamento jurídico, devendo ser entendido como um sistema normativo unificado composto por regras, princípios gerais e os postulados normativos. Conforme Ávila (2005), as normas não são textos nem conjuntos deles, mas o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. As normas jurídicas são o ponto culminante do processo de elaboração do direito e a estação de partida operacional da dogmática jurídica, cuja função é sistematizar e descrever a ordem jurídica vigente. Conforme estabelece Nader (2012) as normas seriam, portanto, o gênero, do qual os textos são espécies.

Porém, é impossível que as normas jurídicas prevejam qualquer tipo de conflito que venha a aparecer na sociedade, tendo em vista a complexidade inerente aos conflitos sociais propostos no Poder Judiciário e a impossibilidade deste de se esquivar de uma análise da causa.

Se, por um lado, podemos conceituar o princípio do mínimo existencial, por outro se deve ter em mente que diferentes grupos de indivíduos – talvez cada indivíduo – possuem uma necessidade diferente para alcançar uma vida digna.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 303, reconhecendo a necessidade e tutela de alguns institutos jurídicos, prevê a possibilidade de antecipação total ou parcial da tutela, presentes os requisitos autorizadores. Por se tratar o direito à saúde de bem de difícil reparação, os Tribunais vêm concedendo a tutela antecipada. Mas, apesar de o documento normativo acima obedecer ao mandamento constitucional, aqueles que exercem o poder estatal continuam desprezando o dever de zelo pela vida humana, dificultando o acesso a bens e serviços de saúde, fazendo, assim, com que tal demanda chegue cada vez mais aos Tribunais.

Cumprindo seu papel nesse processo de judicialização da vida e da saúde, os tribunais vêm concedendo a tutela antecipada para tais litígios e preservando o direito ao mínimo existencial dos requerentes. Assim, versa a decisão abaixo:

SAÚDE - MEDICAMENTOS OU INSUMOS PARA TRATAMENTO INDIVIDUAL DE PESSOA FINANCEIRAMENTE HIPOSSUFICIENTE - DEVER DE FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO (ART. 196, CF/88)-
 Obrigação de fazer - Liminar deferida - Sentença de procedência - Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada - Afronta ao princípio da isonomia não verificada - Cidadão que não tem condições de arcar com o custo de seu tratamento, tem direito constitucionalmente garantido de ser amparado pelo Poder Público, na manutenção de sua saúde - Reserva do possível - Inaplicabilidade - Ausência de demonstração de inviabilidade de custeio do tratamento - Em decisão monocrática, rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir e nega-se seguimento ao reexame necessário e à apelação. (TJ-SP - APL: 30020023920138260032 SP 3002002-39.2013.8.26.0032, Relator: Ponte Neto, Data de Julgamento: 29/04/2015, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/04/2017).

Nesse raciocínio, não há que se falar que os entes públicos estão limitados à reserva do possível em questões de saúde, isso porque estamos tratando de assunto de extrema relevância, o qual se trata do direito mais fundamental à dignidade humana, que se sobrepõe a qualquer outro investimento por parte do Estado.

Sem o princípio do mínimo existencial, não é possível que um indivíduo possa ter uma vida digna, pois o tal princípio tem o objetivo de garantir condições mínimas para isso. Entende-se, portanto, que é dever do Estado garantir que os direitos fundamentais sejam aplicados de maneira eficaz. Uma das maneiras de se atingir uma qualidade mínima de vida é cuidando da saúde por meios farmacológicos, muitas vezes dispendiosos demais para o cidadão médio. Segue outra decisão que confere

tutela antecipada e reconhece a urgência de obter medicamentos para o cidadão, tendo os entes federados responsabilidade solidária na concretização desse direito:

16993338 - ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O art. 300 do CPC/2015 prevê a possibilidade de concessão de tutela de urgência, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. 2. A legitimidade passiva *ad causam* do Poder Público - seja para o fornecimento do medicamento, seja para seu custeio -, resulta da atribuição de competência comum a todos os entes federados, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde, previstas nos artigos 24, inciso II, e 198, inciso I, ambos da Constituição Federal, respectivamente. 3. Com efeito, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios são legítimos, indistintamente, para as ações em que pleiteado o fornecimento de medicamentos (inclusive aqueles para tratamento de câncer, a despeito da responsabilidade de os Centros de Alta Complexidade em Oncologia prestarem tratamento integral aos doentes). 4. Sendo assim, os entes demandados têm legitimidade para figurar no o passivo da ação, em litisconsórcio passivo facultativo, reconhecido o direito do cidadão de escolher com quem pretende litigar. Eventual acerto de contas que se faça necessário, em virtude da repartição de competências no SUS, deve ser realizado administrativamente, sem prejuízo do cumprimento da decisão judicial, imposta solidariamente. 5. Embora ponderáveis os argumentos deduzidos pela agravante, a gravidade da doença denota, por si, a urgência da assistência médica pleiteada, não sendo razoável fazê-la aguardar a produção de prova pericial e respectiva contradita, dada a potencialidade altamente lesiva de eventual mora. Com efeito, restou demonstradas a adequação, a necessidade e a urgência da intervenção cirúrgica. (TRF 4ª R.; AG 5027689-86.2017.404.0000; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha; Julg. 23/08/2017; DEJF 30/08/2017).

Nesta decisão, o Tribunal Regional Federal (TRF) ratifica e segue a posição de outros Tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, e reconhece a importância do fornecimento de medicamentos. Assim, compreende que o direito à saúde engloba, além de profissionais de atenção básica, também assistência farmacológica, e cabe ao Estado garantir tal concretização. Entretanto, compreende-se que tal garantia encontra limites. A atual crise financeira faz com que a arrecadação tributária dos entes da federação apresente uma queda. Ademais, alguns medicamentos não podem ser fornecidos por carecerem de registros nas autoridades competentes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em recentes informativos esclarece que:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (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; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. (STF, 2019, p. 01).

Ou seja, para além dos limites orçamentários do ente, o julgador deve observar as questões técnicas e específicas da ciência médica. Tal verificação é fundamental, uma vez que o Poder Judiciário não pode exacerbar do seu rol de conhecimento técnico. No entanto, nesse sentido, observa-se que, diante de morosidade extrema por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), entre outros requisitos elencados, ainda assim é possível o fornecimento de medicamentos que nem mesmo possuem o registro, o que confirma o caráter absolutamente emergencial do direito à saúde, pois a inércia poderá ocasionar prejuízos irreversíveis para a vida do requerente, fato que reafirma a imprescindibilidade desse direito.

2.3 CASO KYARA LIS

A brasiliense Kyara Lis, nascida em 2 de agosto de 2019, foi diagnosticada, em junho de 2020, aos dez meses de vida, com Atrofia Muscular Espinhal (AME), pela equipe do Hospital Sarah Kubitschek, em Brasília - DF.

A AME é uma doença degenerativa rara. Quem desenvolve a atrofia não produz uma proteína essencial para a sobrevivência dos neurônios motores responsáveis por movimentos vitais, como respirar, engolir e se mover.

O medicamento *Zolgensma* é o único capaz de impedir o avanço da doença, reparando genes para que eles sejam capazes de produzir a proteína *SMN* — necessária para levar moléculas de RNA aos neurônios motores — sendo todos os outros medicamentos existentes apenas de efeito paliativo, cujos objetivos se limitam a tentar atrasar o progresso da atrofia. Porém, existem dois agravantes: o *Zolgensma*

custa aproximadamente R\$12.000.000,00 (doze milhões de reais) e, para fazer efeito, precisa ser tomado antes dos dois anos de idade da criança.

A Anvisa autorizou o registro da substância no Brasil, no entanto, conforme publicado em seu portal virtual no dia 17 de agosto de 2020, esse registro se destinava apenas aos casos do tipo 1 (um) da doença; a publicação também exigia mais estudos científicos sobre o tema. A medicação também não faz parte do rol de medicamentos fornecidos pelo SUS, dificultando drasticamente que ela seja conseguida por meio da Justiça.

Conforme já dito, o medicamento custa aproximadamente R\$12.000.000,00 (doze milhões de reais), mas a família da criança conseguiu arrecadar impressionantes R\$ 6.093.352,73 (seis milhões, noventa e três mil, trezentos e cinquenta e dois reais e setenta e três centavos) por meio de campanhas solidárias, enquanto aguardava julgamento do processo judicial de fornecimento de medicamento em favor da menor. No dia 06 de outubro de 2020, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concedeu medida liminar determinando que o Ministério da Saúde garantisse à família da criança o montante que faltava para custear o remédio *Zolgensma*. Na decisão, o ministro deu prazo máximo e improrrogável de 15 (quinze) dias para que o Ministério da Saúde repassasse o dinheiro à família, verificando que

praticamente nenhuma família brasileira possui em seu orçamento, disponibilidade de R\$ 12 milhões para pronto pagamento, e que, para além disso, há necessidade de urgente administração do medicamento (até os dois anos de idade da criança com AME), ninguém duvida que é sobre o Estado que recairá a obrigação constitucional de prestar o tão almejado fármaco.

Na decisão, o ministro defendeu o que o povo brasileiro tem como direitos fundamentais, garantidos na Magna Carta, o direito à saúde e, sobretudo, o direito à vida. Ressaltou, ainda, que o custo do remédio — considerado o mais caro do mundo — aos cofres públicos foi em muito minorado por iniciativa da própria família da criança, o que corrobora com a tese firmada em seu julgado de disponibilidade orçamentária, por parte da União, do referido valor.

O montante da complementação da União foi de R\$ 6.659.018,86 (seis milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, dezoito reais e oitenta e seis centavos), depositado no dia 15 de outubro de 2020, em conta bancária pertencente à genitora da menor, totalizando o valor de R\$ 12.752.371,59 (doze milhões, setecentos e cinquenta e dois mil, trezentos e setenta e um reais e cinquenta e nove centavos), suficiente para a compra do medicamento, único capaz de garantir à criança a efetivação do direito constitucional à saúde.

Logo, a construção de técnicas processuais hábeis a tutelar direitos materiais tornou-se o grande desafio do legislador e do juiz na concretização do direito a tutela jurisdicional adequada. Aquilo que depender do processo civil, da técnica processual, deve ser solucionado de modo adequado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da evolução histórica das garantias de saúde, ainda se percebe a necessidade da construção de novas ações, principalmente, direcionadas ao atendimento de demandas específicas, como o fornecimento de medicação. Ademais, devem ser realizados junto com outras garantias de tutela, como o amplo acesso à rede básica de atenção à saúde.

A política de acesso à Justiça não deve ser pensada apenas a partir da criação de meros instrumentos processuais que a viabilize, mas de maneira global, reconhecendo a urgência dos direitos de saúde e garantindo que o indivíduo tenha acesso aos recursos essenciais para a manutenção de sua vida. A construção dos direitos fundamentais deve ser vista como decorrência de um histórico movimento e articulações das classes sociais. Desse modo, ao reconhecer esse rol de tutela, o Estado faz jus à natureza de sua essência, que é a proteção dos indivíduos e da sociedade.

Bem é verdade que as espécies de direitos fundamentais foram sendo ampliadas, ao longo da história, em decorrência da modificação das necessidades sociais e da valorização da dignidade humana nos diversos níveis de relação. Trata-se, assim, de um conjunto de valores que ainda pode sofrer modificações e, conseqüentemente, outros valores podem ser considerados fundamentais à vida humana. Ainda assim, a saúde deve ser compreendida como uma das principais

garantias do indivíduo, uma vez que, por uma questão lógica, a manutenção da vida humana depende necessariamente de condições que colaboram para uma vida saudável. Nesse sentido, a gestão estatal deve dar prioridade às ações que colaborem para a concretização de tal direito em seus mais variados aspectos.

Outro ponto é que diante das inúmeras necessidades humanas, já não é mais possível conceber as políticas de saúde apenas como o acesso a redes de serviços, ainda que seja notório o crescimento das ações estatais que ampliam as unidades de serviços direcionadas, principalmente, à atenção básica. Assim, para que haja de fato um processo de recuperação ou reabilitação, inúmeros outros serviços devem ser concretizados.

Por fim, destaca-se que diante das atribuições específicas do Poder Judiciário, as demandas de judicialização da saúde devem ser apreciadas com bastante atenção e seriedade, exigindo-se, por exemplo, laudos médicos idôneos sobre o quadro de saúde do paciente. Não obstante, uma vez verificada a enfermidade e a inviabilidade de o cidadão arcar com o tratamento necessário à manutenção de sua saúde, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida digna, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, deve-se privilegiar a vida e a saúde humanas, mormente se contrastarmos a prioridade do gasto com a manutenção da saúde em face de outros dispêndios do poder público.

REFERÊNCIAS

ALVES, Pedro. **STJ determina que Ministério da Saúde garanta R\$ 6,6 milhões para pagar 'remédio mais caro do mundo' a criança do DF.** (2020). Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/06/stj-determina-que-ministerio-da-saude-garanta-r-66-milhoes-para-pagar-remedio-mais-carro-do-mundo-a-crianca-do-df.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2019.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Decreto-lei nº 8080, 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 da República da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Informativos**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo941.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Jurisprudências e decisões**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Jurisprudencia/Acordaos-e-Decisoies>>. Acesso em: 12 set. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica (1969). **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.

GOMES, Wilson H. S. **O ministério da saúde emitiu ordem bancária para complementação do medicamento**. (2020). Disponível em: <<https://www.cureakyara.com.br/o-ministerio-da-saude-emitiu-ordem-bancaria-para-a-complementacao-do-medicamento/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito constitucional**. 3. ed., Salvador: Impetus, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2020.

ORTIZ, Brenda. **Kyara Lis**: família de criança com doença rara recebe R\$ 6,6 milhões do Ministério da Saúde para comprar 'remédio mais caro do mundo' (2020). Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/21/kyara-lis-familia-de-crianca-com-doenca-rara-recebe-r-66-milhoes-do-ministerio-da-saude-para-comprar-remedio-mais-carro-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

AGRADECIMENTOS

Este Artigo é uma ode ao Recomeço. Recomeço de uma faculdade, de um estudo, e da própria vida. E recomeçar seria impossível sem o apoio de meus pais, Marcone e Aparecida, que tanto me ajudaram ao longo desses anos. Eu também não estaria aqui se não fossem minhas irmãs, Bruna e Jéssica, que me incentivaram, financiaram, e sempre acreditaram em mim. Além disso, é claro, sinto-me privilegiado por pertencer a uma família que emana tanto amor curativo; espero que sintam o mesmo sentimento de volta, e que eu possa lhes orgulhar imensamente – é o meu sonho.

Às minhas melhores amigas, também devo crédito: Raquel Lemos, eu a conheci nas salas de aula do Centro de Ciências Jurídicas da UEPB, e, no entanto, hoje, nosso relacionamento ultrapassa qualquer vínculo acadêmico. Sílvia Simões, esta conheci por meio da Internet há doze anos – sem sua influência durante todo esse período, eu certamente seria outra pessoa, acredito que pior.

Sobre a professora Aureci Farias, posso dizer com clareza que, sem ela, eu jamais terminaria o curso de Direito. Além de uma orientadora, Aureci se revela um ser humano incrível, empático e inspirador. Quando estava temendo o futuro, ela me incentivou; quando estava inseguro, ela me aconselhou; quando eu quis desistir, ela insistiu. Obrigado, professora, por ter se disposto a ultrapassar as suas obrigações institucionais e me ajudar de modo tão pessoal e afetivo, sem perder o rigor que um trabalho como esse exige.

Agradeço, igualmente, a todos os profissionais de saúde que já cuidaram de mim, os quais me salvaram a vida mais de uma vez. Por causa deles, a medicina e a saúde se tornaram alguns de meus maiores interesses, e elas me guiarão a partir de agora. Nesse sentido, torna-se claro para mim que, passados os primeiros momentos de dor, angústia ou revolta, devemos responder ao mal com uma paradoxal gratidão: afinal, as grandes dificuldades que insistem em nos perturbar também abrem caminhos maravilhosos para trilharmos, caminhos esses que nem sabíamos que existiam, que nem sabíamos que deles precisávamos.

Por tudo isso, finalizo agradecendo ao Hoje: é, por sua causa, que os recomeços são sempre possíveis, que o amor e a amizade podem se nutrir e crescer, que novas estradas são abertas, e que a vida tem sempre um novo significado, uma nova cor, um novo propósito - um permanente sentido.