

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA E AS SUAS LIMITAÇÕES¹

Pablo Mehret Pires²

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar o direito social fundamental à saúde pública e as suas limitações. Considerando o compromisso assumido pelo Brasil com a proteção da saúde, prevista na Constituição como “direito de todos e dever do Estado”, será analisado se é absoluto o direito ao acesso universal e igualitário à saúde e às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, ou se esse direito pode sofrer limitações. Concluiu-se que não há direitos absolutos no ordenamento jurídico, podendo ser, em determinados casos, mitigado o acesso à saúde às expensas do Estado em virtude do princípio da reserva do possível. Na elaboração deste artigo utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Acesso à saúde. Universalidade. Reserva do possível.

Abstract: This paper aims to analyze the fundamental social right to public health and their limitations . Considering the commitment made by Brazil to the protection of health, provided for in the constitution as " right of all and duty of the State " , will be considered if it is absolute the right to universal and equal access to health and to actions and services for its promotion, protection and recovery , or whether that right may be restricted . It was concluded that there are no absolute rights in the legal system , and can be , in certain cases , mitigated access to health the state's expense under the principle of reservation possible. In preparing this article , we use the inductive method .

Keywords: Access to health. Existential minimum. Reservation possible.

Introdução

O presente artigo objetiva analisar o acesso à saúde às expensas do Estado sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Para tanto inicialmente serão abordadas a natureza jurídica e as principais diretrizes da saúde trazidos pela Constituição Federal. Em seguida tratar-se-á sobre a reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos Direitos Fundamentais. Ao final será tratado sobre a hipossuficiência como condicionante ao direito à saúde às expensas do Estado.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2015.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina – UNISUL (2012). Aluno da ESMAFESC, Turma 2015.

1 A saúde na Constituição Federal de 1988 – natureza jurídica e diretrizes

O conceito de saúde é objeto de controvérsia no plano jurídico/filosófico. Há quem sustente ser a ausência de doença, em contraposição a quem defenda ser o completo bem-estar físico, mental e social do homem. No entanto, do ponto de vista jurídico forense, o que prevalece é a saúde ser relacionada ao combate às enfermidades (com realização de procedimentos cirúrgicos ou a prescrição de fármacos).

Não obstante a celeuma do ponto de vista jurídico/filosófico, sob o aspecto estritamente jurídico a saúde é prevista claramente na Constituição da República do Brasil de 1988 – CF/88, como um **direito social fundamental**, pois está prevista no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), art. 6º (*verbis*):

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse sentido, destacando a relevância para os cidadãos do direito à saúde como direito social fundamental, José Cretella Júnior, citando Zanobini, aduz que:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.³

A saúde foi prevista ainda na CF/88 como: um dos ramos da seguridade social (art. 194, *caput*)⁴; ‘direito de todos e dever do Estado’ (art. 196, *caput*); direito

³ JÚNIOR, José Cretella. **Comentários a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. III, p. 4331.

⁴ Segundo a redação do art. 194 da CF/88, a saúde, a previdência e assistência social constituem a seguridade social.

de relevância pública que deve ser assegurado mediante ações e serviços qualificados (art. 197). Devido à relevância do direito a saúde, intrinsecamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil, quando da inércia do poder executivo em assegurá-lo, cumpre ao Poder Judiciário, mediante provocação, determinar medidas para a sua garantia, sem que com isso configure-se ingerência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo ou, em outras palavras, haja ofensa à separação dos poderes, nesse sentido:

Cumprasse assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.⁵

Com relação à responsabilidade dos entes federados na assistência à saúde, a CF/88 previu, nos termos do artigo 195, que o financiamento do Sistema Único de Saúde opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Além disso, a Emenda Constitucional 29/2000, com o intuito de garantir um aumento e maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação, acrescentando dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175- AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, DJ 30-4-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/sta175.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde:

Art. 198 [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 855178⁶, que teve repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua jurisprudência segundo a qual: “**constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes**”.

O mencionado Recurso Extraordinário foi interposto pela União contra decisão proferida em apelação pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os estados-membros e os municípios, e que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente. Por outro lado, a União sustentava, em síntese, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, alegando que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG/PE. Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-2-2015, DJ 5-3-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o Recurso Extraordinário, mantendo a decisão do TRF da 5ª Região e reafirmando que os entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde.

Nota-se, portanto, que à luz da CF/88, o direito à saúde é um dos mais relevantes direitos sociais fundamentais, visto que ele é indissociável do direito à vida e a vida humana digna, sendo estas, em última análise, a razão de ser do Estado Democrático de Direito, sendo assim responsabilidade solidária dos entes federados a sua garantia. Passa-se a seguir à análise da faceta da universalidade do direito à saúde.

2. A universalidade do direito à saúde

A CF/88, ao prever a saúde como ‘direito de todos e dever do Estado’ e que ela deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem, dentre outros, ‘ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’ (art. 196, *caput*), trouxe importante avanço social ao Brasil, garantindo a universalidade do direito à saúde, isto é, que ele proteja e alcance toda a população.

Houve, assim, uma expressa ruptura com os modelos contributivos que anteriormente vigoravam no país. Portanto, com a nova ordem constitucional não é mais necessária prévia contribuição aos cofres públicos para que o indivíduo tenha acesso aos serviços de saúde, diferente do que ocorre na previdência social, por exemplo.

A análise histórica da saúde pública mostra que por décadas classes sociais mais necessitadas da população brasileira foram privadas do direito à saúde pública.

No período colonial não havia intervenção estatal nos serviços de saúde, os quais eram desenvolvidos pelas Santas Casas de Misericórdia. Já no Império iniciou-se a intervenção do Estado na saúde pública mediante o controle sanitário nos portos, sendo todas as embarcações suspeitas de transportar enfermos submetidas à quarentena.

Com as crescentes epidemias nas cidades a intervenção estatal na saúde aumentou, resultando na criação, em 1900, de duas importantes instituições,

respectivamente, no Rio de Janeiro e em São Paulo: o Instituto Soroterápico Federal e o Instituto Butantan. Outro importante marco para saúde pública foi a criação, em 1920, do Departamento Nacional de Saúde Pública – DNSP, um embrião do Ministério da Saúde, criado apenas em 1953.

Apenas com a publicação do Decreto nº 4.682, conhecido como Lei Eloy Chaves, em 1923, houve previsão legal da assistência à saúde. A Lei Eloy Chaves determina a criação, em cada uma das empresas de estrada de ferro, uma Caixa de Aposentadoria e Pensões – CAP, para os respectivos empregados, os quais teriam direito à assistência médica familiar, bem como a medicamentos obtidos a preço especial, sob a condição de contribuírem para os fundos da Caixa. Esse modelo foi estendido para outros profissionais a partir do Decreto nº 20.465/31. Como se percebe as contribuições continuavam sendo realizadas a partir de descontos nos salários dos trabalhadores.

A contribuição financeira do Estado ocorreu apenas a partir da criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, destinado a conceder ao pessoal da marinha marcante nacional os benefícios das aposentadorias e pensões. Posteriormente, foram criados o IAP dos industriários, dos Comerciários, todos marcados pelo caráter contributivo como condição para prestação do serviço de saúde. Com a criação do Instituto Nacional da Previdência Social – INPS pelo Decreto nº 72/66, os IAP's foram unificados.

Além do INPS, em favor dos empregados urbanos, foram criados o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL – e o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IPASE, em benefício dos trabalhadores rurais contribuintes e servidores públicos respectivamente. Em favor dessas classes, com o escopo de prestar-lhes assistência médica, a Lei nº 6.439/77 criou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS.⁷

São elucidativas as palavras do Ministro Celso de Mello a respeito do atual tratamento constitucional do direito público subjetivo à saúde:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria

⁷ BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2010.

Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. **O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.⁸

A previsão do acesso universal à saúde é exemplo claro de aplicação do princípio da solidariedade, sendo o Brasil um país ainda marcado por grande discrepância na distribuição de renda, é de se esperar que o Estado, e a sociedade que o mantém, contribuam para o acesso à saúde da população desfavorecida economicamente. Destarte, a universalidade do direito à saúde coaduna com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º, incisos I: “construir uma sociedade livre, justa e **solidária**” e III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, da CF/88.

A seguir inicia-se a análise da relação do princípio do “mínimo existencial”, importante instituto para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, com o direito social fundamental à saúde.

2.1 O mínimo existencial e o direito social fundamental à saúde

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 271.286-AgR. Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, DJ 24-11-2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

O mínimo existencial pode ser compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, conforme o conceito de dignidade da pessoa humana proposto por I. W. Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais⁹.

A garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial, em que pese não esteja expressamente prevista no texto constitucional, é pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência nacional, visto que decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Assim, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa na CF/88 consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que a Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito/garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial¹⁰.

A garantia do mínimo existencial ganha ainda mais relevância em se tratando do direito social fundamental à saúde, porquanto cumpre ao poder público assegurar ao menos o essencial para a garantia da existência humana digna. Importante salientar que a garantia do mínimo existencial, no entanto não se trata de um direito

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. São Paulo: Revista de Processo, 2009. Vol. 34, n. 175, p. 9-33.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, 2008. N. 24.

absoluto, porquanto não há como o Estado custear todo e qualquer tratamento de saúde aos cidadãos, sob pena de se provocar desordem administrativa e inviabilizar o próprio funcionamento do SUS¹¹.

Nesse contexto, impende ainda destacar que muito embora seja do Executivo e do Legislativo a atribuição de formular e implantar as políticas públicas na defesa da saúde da população, não pode o Poder Judiciário, em nome do princípio da separação dos poderes, furtar-se das suas responsabilidades em garantir a efetividade ao direito social fundamental à saúde. Por essa razão, cabe ao Judiciário viabilizar a promoção do mínimo existencial, não incorrendo em suposto ativismo judicial (ou intervenção do Poder Judiciário em tema de apreciação restrita do Poder Executivo), mas sim configurando respeito ao formalismo processual e aos direitos fundamentais individuais e sociais.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, tratou do assunto:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direito individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.¹²

Não obstante, seja com relação aos direitos sociais a prestações de um modo geral, seja relativamente à própria garantia do mínimo existencial, a principal objeção apontada em se tratando da concretização dos direitos sociais diz respeito à **dimensão economicamente relevante desses direitos**, que, embora comum a todos os direitos fundamentais de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância quando se cuida da efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações. Isto é, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos

¹¹ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5019353-64.2015.4.04.0000/SC. Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 7-8-2015, DJ 15-8-2015. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41439826551292001040000000617&evento=4143982655129200104000000155&key=dc951441dcff206ae3ecd379f7fc3ed8145cfe719091bab21fc74e1a7cdd07f8>. Acesso em: 18 nov. 2015.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175- AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, DJ 30-4-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade econômica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, há quem sustente que os direitos a prestações e até mesmo a garantia do mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo. Este precisamente o tópico a ser abordado no próximo segmento.

2.2 A reserva do possível e o direito social fundamental à saúde

Como já adiantado, a principal objeção à concretização do direito à saúde é a reserva do possível, sob o argumento de que as prestações relacionadas à efetivação da garantia da saúde (sobretudo a concessão de fármacos e os procedimentos médicos) têm um impacto econômico relevante nas contas públicas, não sendo possível garantir de forma absoluta a sua prestação por conta do Estado, sob pena de “quebrá-lo”.

De fato, tal argumento tem certa validade, mas precisa ser sopesado em cada caso concreto com o já visto direito de garantia do mínimo existencial. A reserva do possível corriqueiramente é alegada de forma genérica para a denegação de prestações relacionadas à saúde, sem o mínimo de comprovação específica do impacto financeiro.

Tal prática é censurada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que restou decidido no agravo regimental na suspensão de liminar n. 815 de São Paulo, caso em que um cidadão contaminado pelo vírus da hepatite C obtivera liminarmente na Justiça Federal a concessão de um medicamento não previsto na lista da Anvisa. O município recorreu alegando que o fornecimento de medicamentos de alto custo não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) representaria risco de lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, pois o elevado gasto para o atendimento de um único indivíduo implicaria prejuízos à saúde de toda a população. O STF, por unanimidade, indeferiu o pedido

de Suspensão de Liminar (SL) 815¹³, ajuizada pela municipalidade. O ministro Lewandowski, relator, ressaltou a importância da continuidade do tratamento para a preservação da vida do paciente e também o fato de **não haver comprovação de que o fornecimento dos remédios representava grave lesão à economia pública.**

Ademais, ainda que haja a comprovação de grave lesão à economia pública, ainda assim é possível, em tese, cogitar que o princípio da reserva do possível em certas ocasiões precisa curvar-se perante a garantia do mínimo existencial, posto que este, como já exposto alhures, embasa-se em preceito fundamental da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).¹⁴

Portanto, a observância da reserva do possível é importante, mas para ser aplicada, negando-se uma prestação relacionada à saúde, precisa ser devidamente fundamentada pelo poder público e quando entrar em rota de colisão com o direito à vida, o mínimo existencial para a proteção desta deve prevalecer, pois a vida é o mais importante bem protegido pelo ordenamento jurídico.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Suspensão de Liminar n. 815 - São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 7-5-2015, DJ 22-5-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306971064&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 639.337-AgR - São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23-8-2011, DJ de 15-9-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

3. A ausência de hipossuficiência como limitador do direito social fundamental à saúde às expensas do Estado

Hodiernamente, principalmente em virtude da crise socioeconômica enfrentada no país, há autores sustentando a ideia e uma “nova subsidiariedade” no campo da política de realização de direitos sociais, de “autoajuda e auto-organização” no domínio da política de saúde.¹⁵ Portanto, realiza-se a transferência aos particulares da realização e a responsabilidade de determinadas políticas públicas, com isso reduzindo-se a atuação do Estado.

Segundo esse entendimento, a atuação estatal passa a ser subsidiária ou supletiva. Assim, por exemplo, no caso da necessidade de medicamentos por um indivíduo a condenação do Estado à entrega coativa ao interessado só poderia ocorrer caso este não pudesse adquiri-los por meios próprios ou por intermédio da sua família.

Em outras palavras, o que defende esta hodierna corrente doutrinária é que somente aquelas pessoas em desvantagem social podem exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais (saúde, educação, moradia, alimentação etc). Apregoa-se, portanto, uma tese de direitos sociais condicionais, isto é, obrigam a prestação por parte do Estado apenas se atendida a condição de hipossuficiência do interessado. Assim, o Estado só pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria ou por concessão da sua família.

Este é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem não há gratuidade à saúde e que entendimento contrário implicaria desconsiderar equivocadamente o princípio da subsidiariedade, inclusive no sentido de uma corresponsabilidade do indivíduo e da necessidade de assegurar o máximo em prestações sociais ao máximo de pessoas, evitando, além disso, excluir, desnecessariamente, pessoas efetivamente carentes, impossibilitadas mesmo de contribuir para a manutenção de um plano de saúde privado, em detrimento de

¹⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

peças capazes de suprir por seus próprios meios e de modo proporcional suas necessidades, ainda que contribuam mediante o pagamento de impostos para o financiamento do sistema de saúde¹⁶.

Com a máxima vênia, discorda-se do propugnado pela doutrina acima exposta sobre o princípio da subsidiariedade ou hipossuficiência como regra para acesso aos direitos sociais, sobretudo ao direito à saúde, mediante prestações do Estado.

Tal entendimento fere o princípio da universalidade. Como visto o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado. Historicamente mostrou-se que a população hipossuficiente era excluída da tutela pelo Estado, visto que o regime jurídico do direito à saúde pública era de cunho contributivo. Visando a melhor distribuição de renda e a construção de uma sociedade solidária o regime evoluiu para alcançar a todos, independentemente de prévia contribuição ao sistema.

Agora, essa corrente doutrinária, com intuito de reduzir o dispêndio de gastos públicos e priorizar a população carente, pretende inverter a lógica histórica e garantir o direito à saúde pública apenas aos hipossuficientes, alijando aqueles que mais contribuem (é sabido que quanto mais se obtém de renda em nosso país mais se verte contribuições, *lato sensu*, para os cofres públicos) do acesso à saúde pública, sob pretexto de um “novo princípio da subsidiariedade”.

Portanto, não deve prevalecer essa doutrina, visto que defende um Estado assistencialista e não solidário. Pobres ou ricos tem direito de acesso à saúde assegurado na CF/88, cumprindo ao Estado prestá-lo de modo universal, não lhe cabendo perquirir se as condições econômicas do indivíduo, ou de sua família, permitem obter a prestação de que ele necessita as suas próprias custas ou de sua família.

Não se está aqui a defender a inexistência de limites ao acesso à saúde às expensas do Estado, pois, como visto, a reserva do possível pode ser, a depender do caso concreto e desde que devidamente comprovado o impacto econômico financeiro da medida, um justo motivo para negação de determinadas prestações.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

No entanto, o que se está a objetar é a exclusão genérica de parte da população da tutela estatal tendo em vista apenas a sua condição econômica.

Não é razoável punir-se com a exclusão da tutela estatal aqueles que mais produzem e contribuem para a manutenção e solvabilidade do sistema.

REFERÊNCIAS

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2010.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ag. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 7 jul. 2015.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-CE. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 6 jul. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE com Agravo 639.337 – São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 7 jul. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Suspensão de Liminar n. 815 - São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 8 jul. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 855178. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 9 jul. 2015.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5019353-64.2015.4.04.0000/SC. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/> no site>. Acesso em: 7 jul. 2015.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários a Constituição de 1988**, v. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 07 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.