



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

JOSIENE MARIA DO NASCIMENTO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE X O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2019

JOSIENE MARIA DO NASCIMENTO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE X O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Caratinga
como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Constitucional**

**Orientador: Prof. MSc. Cláudio Boy
Guimarães**

CARATINGA - MG

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

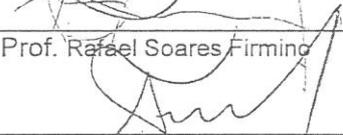
Trabalho de Conclusão de Curso O direito fundamental à saúde X o princípio da reserva do possível, elaborado Josiene Maria do Nascimento foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

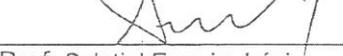
Caratinga 09 de dezembro 2019



Prof. Claudio Boy Guimarães



Prof. Rafael Soares Firmino



Prof. Salatiel Ferreira Lúcio

À Deus pelo dom da vida, e por ter sido o meu verdadeiro guia. Em João, capítulo 15, versículo 5 diz: “(...) Sem mim nada podeis fazer”. Deus esteve presente em cada momento, me oferecendo a sabedoria necessária para perseverar nessa longa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus pela oportunidade, força de vontade e coragem para superar todos os desafios.

Aos meu familiares e amigos, por todo apoio, paciência e compreensão.

Aos meus professores Salatiel Ferreira, Rafael Soares, Juliano Sepe e Juliana Ervilha, que participaram desde o início das pesquisas, pela disposição e colaboração no processo de obtenção de dados.

Ao meu querido orientador Cláudio Boy, pela dedicação, incentivos, correções e principalmente pela sua amizade.

À todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho.

“Só se pode alcançar um grande êxito quando nos mantemos fiéis a nós mesmos”.
(FRIEDRICH NIETZCHE)

RESUMO

O direito à saúde além de constitucional é fator primordial para o desenvolvimento pleno e adequado de uma sociedade. Nesse sentido cabe ao Estado (aqui entendido como município, estado, distrito federal e união) a elaboração, implantação e garantia de políticas de saúde que garantam o bem-estar dos cidadãos. Ao longo dos seus 30 anos de existência, o SUS (Sistema Único de Saúde) demonstrou grandes avanços no que diz respeito a ampliação do acesso à serviços básicos de saúde. O princípio da reserva do possível remete à necessidade da responsabilidade do ente público ao buscar garantir o acesso aos direitos ora estabelecidos. Neste sentido a judicialização da saúde é fator agravante ao poder público uma vez que na busca da garantia do direito de um o mesmo implica na desassistência de alguns. Enfim, acredita-se que a judicialização pode ser fator que garanta o acesso de uns em detrimento da limitação do acesso de outros quando a reserva do possível é comprometida pelo imediato das decisões judiciais.

Palavras Chave: Direito à saúde; SUS (Sistema Único de Saúde); Judicialização à saúde; reserva do mínimo possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I - SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	12
1.1 - Políticas de saúde	12
1.2 - Políticas de acesso na saúde	13
1.3 - Desafios da gestão no SUS	16
CAPÍTULO II - O ESTADO E A SAÚDE	20
2.1 - O Estado como ente federado	20
2.2 - As responsabilidades do Estado	21
2.3 - As limitações do Estado	24
CAPÍTULO III - A RESERVA DO POSSÍVEL	26
3.1 - O que é a reserva do possível?	26
3.2 - A reserva do possível e a judicialização da saúde	28
3.3 - Caminhos possíveis para a saúde pública	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

A presente monografia sob o tema “O direito fundamental à saúde x princípio da reserva do possível” tem por objetivo avaliar a literatura disponível sobre o papel do estado na oferta dos serviços de saúde buscando compreender os conceitos de estado, assistência à saúde e judicialização da saúde e correlacionar com o princípio da reserva do possível no âmbito do Sistema Único de Saúde. Sendo assim levanta-se como problema: sendo o direito a saúde fundamental e uma obrigação do Estado, pode ser ele exigido judicialmente de forma absoluta não obstante a aplicação do princípio da reserva do possível?

A esse respeito tem-se como metodologia usar além da opinião dos doutrinadores, artigos, estudos e debates encontrados em sites da Internet. Pretende-se também analisar a título de embasamento argumentativo os números da judicialização da saúde no Brasil. Buscar-se á definir de forma simples os conceitos das grandes áreas aqui abordadas, traçar um paralelo entre o direito à saúde e a capacidade de resposta do estado e como o fenômeno da judicialização pode onerar os cofres públicos ao buscar garantir o direito individual e sobrepor o interesse coletivo através da análise de estudos publicados sobre a judicialização em saúde e o financiamento do SUS.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas por Puccinelli e Arakaki (2013), cuja tese central dos seus trabalhos apontam a necessidade de equilíbrio nas tomadas de decisões no âmbito da judicialização em saúde com vistas a garantir o equilíbrio das contas públicas, a garantia do acesso e a continuidade dos serviços básicos ofertados

A partir de então encontra-se substrato à confirmação da hipótese que a judicialização pode ser fator que garanta o acesso de uns em detrimento da limitação do acesso de outros quando a reserva do possível é comprometida pelo imediato das decisões judiciais.

Nesse sentido a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles intitulado como “A Saúde como direito fundamental” pretende-se destacar as políticas de saúde no Brasil, as políticas de acesso aos serviços de saúde e os desafios na gestão abordando os mecanismos de acesso aos serviços de saúde e a formas de regulação do acesso vigentes na atualidade bem como as

dificuldades e entraves enfrentados pela gestão a fim de garantir o acesso aos serviços de saúde. Já no segundo capítulo denominado “O estado e a saúde” buscam se apresentar o estado como ente federado, suas responsabilidades no âmbito da saúde pública e as limitações do estado na garantia do direito à saúde. Busca-se entender qual o papel dos três entes federados na gestão do SUS e as responsabilidades atribuídas a cada um e as limitações que provocam desequilíbrio no cumprimento do papel de cada um na gestão do SUS.

Por fim no derradeiro capítulo, “A reserva do possível” o intuito é compreender o que é a reserva do possível e promover reflexões acerca da reserva do possível e a judicialização da saúde e buscar apresentar mecanismos e possibilidades que permitam a construção de caminhos possíveis para a saúde pública.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O direito à saúde é algo inalienável e não diz respeito apenas a um atendimento oportuno no momento de necessidade. Faz-se necessário que o direito à saúde também envolva a garantia à qualidade de vida atrelados aos direitos básicos como direito à educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança. Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 vêm trazer a saúde como direito de todos e dever do estado¹. Nesse sentido cabe ao poder público garantir através de políticas públicas o direito essencial à saúde. Entretanto é complexo e desafiador pensar a garantia do direito à saúde no contexto individual frente às necessidades e peculiaridades de cada cidadão. Assim a Lei Orgânica da Saúde em seu Artigo 3º busca estabelecer a complementação e integração dos serviços de saúde com vistas a garantia deste direito².

O SUS (Sistema Único de Saúde) é fruto da luta movimento social organizado e patrimônio da humanidade. Organizado em níveis hierárquicos e está contemplado dentro das políticas de seguridade social (saúde, previdência e assistência social) e deve ser garantido através de políticas e programas de saúde que garantam o acesso universal, integral e igualitários a todos cidadãos residentes em território nacional³. A forma de construção do SUS no Brasil, modelo respeitado e elogiado pela comunidade internacional, é sem dúvida alguma fator essencial para o desenvolvimento socioeconômico do país. Entretanto a busca por consolidar uma política de saúde que assegure o atendimento de forma integral, equitativo, universal e longitudinal é desafiador frente ao risco dos interesses e/ou necessidades individuais sobreponem ao coletivo e contrapor-se a um dos objetivos básicos de uma política pública de saúde de promover o bem-estar coletivo. Ao longo dos 30 anos de existência o SUS enfrentou grandes desafios como o da efetivação de fontes fixas de financiamento, ampliação da cobertura da atenção básica e resposta às necessidades em saúde da população sejam estas agudas ou crônicas. E nesse cenário de busca pela consolidação do sistema a judicialização da saúde surge

¹ BRASIL. **Lei Nº. 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Brasília/DF.

² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coletânea direito à saúde: institucionalização**. Organizadoras Alethele de Oliveira Santos, Luciana Tolêdo Lopes. Brasília/DF, CONASS, 2018. p. 321.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011: Sistema Único de Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011. p. 291.

como um fenômeno que revela as fragilidades das políticas de saúde vigentes bem como o desafio de efetivar um sistema universal, integral e equitativo.

O fenômeno da judicialização da saúde fato crescente nos últimos anos têm início nos anos 90 quando as pessoas portadoras do HIV recorrem à justiça para ter o acesso aos medicamentos e tratamentos garantidos. Entende-se por judicialização da saúde o momento em que o usuário não consegue acessar ou obter o serviço de saúde a qual precisa e/ou deseja e busca na justiça a garantia desse acesso. Sendo a saúde um direito de todos e um dever do estado no Brasil o caminho da justiça tem sido visto por muitos como mecanismo de acesso aos serviços públicos de saúde ou a tratamentos especializados não ofertados no SUS⁴.

O princípio da reserva do possível remete à necessidade da responsabilidade do ente público ao buscar garantir o acesso aos direitos ora estabelecidos⁵. A ideia de do estado garantir um mínimo existencial – também conhecido como “conteúdo mínimo”, “mínimo vital”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais – remota à Alemanha na segunda metade do século XX. A Constituição Alemã à época (Lei Fundamental de *Bonn*) não dispunha de em seu texto de nenhum direito social e nesse contexto surge os dois elementos do direito : o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida em sua completude. Influenciados por este movimentos os posicionamentos de diversas juristas nesta seara são diversos mas é consenso o desafio de buscar garantir por vias judiciais o direito fundamental à saúde como mecanismo de buscar estabelecer a igualdade do acesso em um país com grande extensão territorial, desenvolvimento socioeconômico regionalizado e multifacetado nas cinco regiões do país.⁶

⁴ VENTURA, M.SIMAS, L.PEPE. V.L.E. SCHRAMM, F.R. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Rio de Janeiro 20,177-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf> acessado em 11/09/2019.

⁵ JÚNIOR, André Puccinelli; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O Federalismo Cooperativo e a Reserva do Possível**.1 Ed., Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2013.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coletânea direito à saúde: institucionalização**.

Organizadoras Alethele de Oliveira Santos, Luciana Tolêdo Lopes. Brasília/DF, CONASS, 2018. p. 321.

I-SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1-Políticas de saúde

As políticas públicas podem ser entendidas como um conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. Ainda podemos entender políticas públicas como as ações e serviços que são ofertados direto ou indireto pelo Estado⁷. No âmbito da saúde as políticas públicas buscam orientar o processo de elaboração, execução e monitoramento das ações do governo com vistas a garantir a melhoria das condições de saúde da população. A história da saúde pública permeia à época do período colonial. Sempre de alguma forma as pessoas estavam procurando uma solução para seus problemas de saúde e nesse contexto nem todos dispunham de recursos financeiros que assegurassem o acesso aos serviços. Nesse período colonial vamos deparar com as primeiras escolas de medicina, da junta de higiene pública e ações sanitárias com intuito de assegurar boas condições de saúde nos portos e na capital⁸.

No período republicano o ser humano passa a ser visto como capital e torna-se essencial que a saúde deste seja garantida para o bom rendimento da mão de obra, para a garantia da expansão econômica. Na década de 10 nos anos 1900, temos o agravamento das doenças transmissíveis e a necessidade de intervenção do estado para o controle dessas doenças. Nos anos seguintes temos a criação de dois institutos de grande relevância para a saúde pública como o Instituto Oswaldo Cruz e o Instituto Butantã.

Ao longo do estabelecimento da república o estado afasta-se da oferta de serviços de saúde gratuita, e esta, passa a ser privilégio daqueles que possuíam vínculo trabalhista e contribuía com a Previdência Social. Nesse contexto da saúde ser algo restrito, temos o nascimento do movimento sanitário que ganha força e culmina com a saúde como direito constitucional e o surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS)⁹.

⁷LUCHESE, Patrícia T. R. **Políticas públicas em Saúde Pública**. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004. p.90.

⁸BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011: Sistema Único de Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011. p.291.

⁹BRASIL. **Lei Nº. 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Brasília/DF.

Com o advento da Constituição Federal podemos entender que a Saúde ganha notoriedade e espaço e constitui-se parte da Seguridade Social juntamente com a Assistência e Previdência Social de forma integrada. Por isso, os artigos 196 a 200 dizem respeito ao ordenamento constitucional da saúde, que é tratada com diversas outras áreas no título VIII, da ordem social ou seja estão abarcados nesse conceito a Seguridade Social (Saúde, Assistência Social e Previdência Social) bem como as ações voltadas para a educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio Ambiente, família, criança, adolescente, jovem, idoso e os Índios. É importante lembrar que o artigo 193 da Constituição Federal traz que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social¹⁰.

Nesse sentido o SUS vai buscar descentralizar as ações para as secretarias estaduais de saúde e secretarias municipais de saúde. Ressalta-se que o SUS que se tem nos anos 90 busca estabelecer ações de cunho preventivo e deixa de ter apenas o foco curativo muito presente nos anos 80. A construção de políticas de saúde que buscam atender os mais diversos grupos sociais é sem dúvida alguma um grande avanço do SUS e nesse cenário podemos citar programas bem-sucedidos como o “Estratégia de Saúde da Família” iniciado no ano de 1994, o Programa de Imunizações e a ampliação da Assistência Farmacêutica.

Na atualidade um dos grandes desafios das políticas públicas de saúde é garantir os direitos conquistados através da luta social consolidada na Reforma Sanitária. As políticas ora vigentes contribuíram sem dúvida alguma para a redução da mortalidade, diminuição das doenças infectocontagiosas e controle da mortalidade materno-infantil. Entretanto as mudanças no perfil sócio demográfico da população brasileira e o cenário econômico têm se tornado desafiador garantir a plena execução das políticas públicas de saúde.

1.2-Políticas de acesso na saúde: construção e oferta

A história da saúde pública permeia à época do período colonial. Sempre de alguma forma as pessoas estavam procurando uma solução para seus problemas de

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS: Sistema Único de Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011. p. 291.

saúde e nesse contexto nem todos dispunham de recursos financeiros que assegurassem o acesso aos serviços. Nesse período colonial vamos deparar com as primeiras escolas de medicina, da junta de higiene pública e ações sanitaristas com intuito de assegurar boas condições de saúde nos portos e na capital¹¹.

No período republicano o ser humano passa a ser visto como capital e torna-se essencial que a saúde deste seja garantida para o bom rendimento da mão de obra, para a garantia da expansão econômica. Na década de 10 nos anos 1900, temos o agravamento das doenças transmissíveis e a necessidade de intervenção do estado para o controle dessas doenças. Nos anos seguintes temos a criação de dois institutos de grande relevância para a saúde pública como o Instituto Oswaldo Cruz e o Instituto Butantã.

Com o advento da organização do SUS através da Lei 8080/90 ficou definido como se daria a organização do sistema nas 03 esferas de governo (união, estados e municípios) e as responsabilidades de cada um estabelecendo fluxos, normas e processos de trabalho. Nesse contexto cabe a União a elaboração e financiamento das políticas de saúde, ao Estado o acompanhamento e financiamento destas políticas e aos municípios a execução destas políticas. Ressalta-se que conforme o modelo federado vigente no Brasil os entes são autônomos e podem elaborar e implantar políticas de saúde na esfera de atuação bem como devem financiar as ações e serviços de saúde com recursos oriundos da receita própria. Esse processo envolve a transferência de serviços, responsabilidades, poder e recursos da esfera federal para a estadual e municipal.

Uma vez estabelecido como seria o Sistema Único de Saúde através dos dispostos da Constituição Federal de 1988 e da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90 e Lei 8142/90) o Ministério da Saúde em consenso com o CONASS e CONASEMS editou e publicou as NOB's (Normas Operacionais Básicas). As NOB's trouxeram quais os critérios deveriam ser adotados para que os serviços fosse descentralizados da União para os estados e municípios bem como os critérios para o repasse de recursos financeiros do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Municipal de Saúde e ainda tratou das responsabilidades assumidas pelos

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011: Sistema Único de Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011. p. 291.

municípios ao tornarem-se gestores de recursos, programas e políticas de saúde a nível municipal. As NOB's tornaram-se um mote para a tomada de decisões e movimentos dentro do SUS na busca de consolidar a descentralização. Temos publicado a NOB-SUS Nº 01/91, NOBSUS Nº 01/92, NOB-SUS Nº 01/93 e NOB-SUS Nº 01/96. No ano de 2001 temos a primeira NOAS (Norma Operacional de Assistência à Saúde) publicada e sendo revista e publicada em 2002 como NOAS-SUS Nº 01/02.

Com os avanços das políticas de saúde e a implantação das mesmas, vários desafios foram identificados bem “lacunas” que as NOB's não haviam preenchidas. Nesse sentido tornou-se necessário o estabelecimento de grupos de trabalho com o intuito de propor mudanças na legislação e no processo de trabalho e gestão do SUS com vistas a garantir um modelo de atenção que considere os princípios do SUS com responsabilidade sanitária adequada à realidade de cada estado. E assim foi estabelecido os pactos no SUS, sendo eles: Pacto em Defesa do SUS, Pacto Pela Vida e Pacto de Gestão.

A Constituição Federal (CF) traz ao cidadão um novo conceito do que é saúde. Nesse sentido o conceito de “Saúde” enquanto política de estado ganha espaço na agenda governamental sendo denominada de Seguridade Social juntamente com a Assistência e Previdência Social de forma integrada. Portanto podemos entender que as ações da saúde, assistência e previdência social devem ser promovidas de forma integrada, sem relação de subordinação, ou seja, a seguridade social é um conjunto de ações que partem das iniciativas do Poder Público e da Sociedade com intuito de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social¹².

Nesse sentido o SUS buscou estabelecer diretrizes e princípios organizativos (descentralização, regionalização, hierarquização, resolutividade, participação social e complementaridade do setor privado) que pudessem responder às necessidades de saúde da população, organização do sistema e seu processo de trabalho, garantir a transparência e a participação social. Todos esses movimentos de elaboração das diretrizes buscavam integrar as diversas ações (oferta, financiamento, monitoramento e participação social, etc.) com vistas a garantir um sistema hierarquizado, descentralizado e com responsabilidades bem definidas em cada

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

nível de gestão (municipal, estadual e federal). Para os novos direitos introduzidos na universalização da saúde, na área da previdência e na assistência social, a Constituição de 1988 preocupou-se em ampliar os recursos destinados ao financiamento da Seguridade Social – saúde, previdência e assistência social.¹³

Na atualidade, cerca de 30 anos após a promulgação da Lei Orgânica da Saúde, são várias as políticas de saúde em execução pelo Ministério em co-execução com os estados e município. Têm-se a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) que efetivou o amplo acesso aos serviços de consulta médica, atendimentos de enfermagem, atendimentos odontológicos, serviço de imunização e acompanhamento das diversas condições de saúde através da Estratégia de Saúde da Família iniciado no de 1994. Já no ano de 1999 é lançada a Política Nacional dos Medicamentos Genéricos que amplia de forma significativa o acesso à medicamentos com preços acessíveis e ampliada para os usuários. No ano de 2002 foram publicadas as Políticas Nacionais de: Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência, de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas e de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências. Com intuito de reduzir a morbimortalidade por câncer de colo do útero e de mama, por violência domésticas e causas evitáveis foi publicada em 2004 as Políticas Nacionais de Atenção Integral à Saúde da Mulher e também a Política Nacional de Humanização do SUS e de Saúde do Trabalhador. Nos anos de 2005, 2006 e 2007 temos as publicações da Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Política de Saúde da Pessoa Idosa e Política Nacional sobre o Álcool e veiculação de campanhas sobre o uso abusivo. No ano de 2009 é publicada Política Nacional de Saúde do Homem.

Enfim percebe-se o amadurecimento que o SUS passou nos últimos anos. Entretanto esse processo traz consigo o aumento do público que consome esses serviços demandando cada vez mais aporte de recursos físicos e financeiros com vistas a garantir a manutenção dos princípios do sistema e efetivar o direito de acesso aos serviços de saúde.

1.3-Desafios da gestão no SUS

¹³ BERTOLLI FILHO, C. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2004.p54-60. ¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **SUS: a saúde do Brasil** / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011. p. 36.

No cenário mundial o Brasil é o único país que assumiu o compromisso de garantir o acesso universal e gratuito a todos os cidadãos sendo este acesso financiado pelo estado. Com uma população estimada em mais de 200 milhões residindo nos 27 estados da federação e nos 5.570 municípios. E pode ser esse um dos grandes desafios da gestão do SUS: um sistema universal, gratuito, descentralizado e com gestão tripartite. Conforme estabelecido na Lei 8080/90 a gestão é compartilhada entre os 03 entes federados e a tomada de decisão é autônoma em cada esfera de gestão respeitando os dispositivos da legislação vigente. A integralidade regional é o ponto de partida para que estes municípios consigam integrar os serviços de saúde como mecanismo para garantir o acesso do paciente de forma integralizada e em tempo oportuno¹⁴.

As Normas Operacionais Básicas (NOB's), o Pacto de Gestão e O Decreto 7508/2011 traz a Programação Pactuada Integrada (PPI) e o COAPS (Contrato Organizativo de Ação Pública em Saúde) como ferramentas de organização e mecanismo de acesso aos serviços de saúde, de média e alta complexidade, e instrumento de gestão regional para estruturação da rede regional de serviços públicos de saúde. Entretanto a forma como estes serviços estão organizados, acesso por cotas/per capita, com financiamento que não corresponde aos valores praticados no mercado levam ao acesso insuficiente e a conflitos nas relações institucionais entre gestores municipais¹⁵.

Nessa construção da rede regional de atenção à saúde é necessário levar em conta os princípios de economia de escopo e escala. De forma prática é necessário considerar que ao desenhar e/ou implantar os serviços de saúde qual a população que será referenciado para aquele serviço e se os investimentos financeiros de implantação e custeio serão compatíveis com a produção diária daquele serviço e/ou equipamento. E é nessa seara que reside um grande desafio regional: se os municípios se autônomos em seus territórios como estimular a cooperação regional e evitar investimentos inadequados? A solução para este desafio passa pela

¹⁴ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estud. av.**, São Paulo , v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25/09/2019.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011: Sistema Único de Saúde.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011. p. 291.

integração regional reconhecendo as potencialidades municipais e os vazios assistenciais da região.

Entretanto a discussão de ampliar o acesso regional perpassa pelo modelo de financiamento estabelecido uma vez que também é tripartite e conforme redação da Lei 8142/90 e do Decreto 7508/2011 os municípios devem reservar 15% das receitas próprias para a saúde, os estados 12% e a união o valor mínimo referente aos investimentos do ano anterior mais o percentual correspondente à variação nominal do PIB¹⁶. Ao analisar de forma mais detalhada os dados do SIOPS (Sistema de Informação de Orçamentos Públicos de Saúde), Gilson Carvalho mostra que:

A participação federal no financiamento da saúde pelas três esferas de governo veio caindo e aumentando a participação de estados e municípios. Em 1980 a participação federal era de 75%, a estadual, 18%, e a municipal, de 7%. Em 1991, 73% da União, 15% dos Estados e 12% dos municípios. Em 2001 a União continua diminuindo seu gasto agora representando 56%, os Estados, 21%, e os municípios, 23%. Já em 2011, a União apenas contribuiu com 47%, os Estados, com 26%, e os municípios, com 28%¹⁷.

Ao avaliar o cenário nacional observa-se que em 14 dos 26 estados do país a despesa liquidada (pura) dos municípios ultrapassou os 20% em 2011. E em outros cinco estados, o gasto chegou quase a esse percentual. o conjunto dos municípios gastou R\$ 13,7 bilhões a mais que o mínimo constitucional. No cenário de 5570 municípios, apenas 20 não aplicaram os 15% estabelecidos na lei. Observa-se ainda que 60% do total de recursos arrecadados ficam com a União, 24% com os estados e 16% com os municípios, ou seja, quem menos recolhe é quem mais gasta com saúde¹⁸. Mas qual o motivo desse desequilíbrio? A primeira explicação talvez seja o fato de o município ser o ente federado mais próximo do cidadão e onde este consegue acessar uma vez que os estados e União possui suas sedes nas capitais e grandes cidades. Outro fator é a descentralização dos serviços de saúde que

¹⁶ BRASIL. **Lei Nº. 8142/90, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm Acesso em: 15/04/2019

¹⁷ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estud. av.**, São Paulo , v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 25/09/2019.

¹⁸ CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estud. av.**, São Paulo , v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103->. Acessado em: 25/09/2019.

levaram os municípios a assumirem cada vez mais as responsabilidades relativas aos cuidados de saúde dos seus residentes.

Paralelo a falta de financiamento para o custeio das ações e serviços de saúde ofertados ao cidadão os gestores municipais enfrentam o desafio de cumprir os índices de gastos com pessoal estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e que confronta diretamente com a necessidade de garantir a continuidade dos serviços. Dado a alta demanda de mão de obra nos serviços de saúde os municípios enfrentam periodicamente os tribunais de conta aos ultrapassarem o teto de gasto com pessoal (60% sendo 54% reservado ao executivo). Aqui estabelece-se um conflito: como garantir o acesso universal aos serviços de saúde respeitando os dispositivos da LRF ?

Nesse ínterim em que os serviços de atenção básica, organizados em sua grande maioria através estratégia de saúde da família, buscam ser capazes de resolver pelo menos 85% da demanda a eles referenciadas é que surge a judicialização da saúde como um novo desafio à gestão municipal. O atendimento na atenção básica implica em encaminhamentos à atenção secundária e/ou terciária e considerando a crescente demanda, a baixa oferta, o financiamento inadequado e o direito assegurado na constituição é que o cidadão vê-se no direito de acessar o Ministério Público como forma de acessar os serviços de saúde provocando que denomina-se hoje como “judicialização da saúde” e que será discutida nos próximos capítulos.

II-O ESTADO E A SAÚDE

2.1-O estado como ente federado

O conceito de estado remete a necessidade de entender-se o modelo federativo adotado no Brasil no âmbito da gestão da saúde pública e como estão divididas as responsabilidades entre os entes. Assim sendo podemos definir que conforme os dispostos da legislação cabe à União:

Coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos. Por meio do Ministério da Saúde, a União planeja e fiscaliza o SUS em todo o país. O Ministério da Saúde responde metade dos recursos da área; a verba é prevista anualmente no Orçamento Geral da União¹⁹.

Aos estados fica como responsabilidade:

Criar suas próprias políticas de saúde e ajudar na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios (mínimo de 12% de sua receita) além dos repassados pela União. Os Estados também repassam verbas aos municípios. Além disso, os estados coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região²⁰.

Aos municípios ficou definido que é dever dos mesmos:

Garantir os serviços de atenção básica à saúde e prestar serviços em sua localidade, com a parceria dos governos estadual e federal. As prefeituras também criam políticas de saúde e colaboram com a aplicação das políticas nacionais e estaduais, aplicando recursos próprios (mínimo de 15% de sua receita) e os repassados pela União e pelo estado. Igualmente cabe aos municípios planejar, organizar, controlar e avaliar os laboratórios e hemocentros. Os serviços de saúde da cidade também são administrados pelos municípios, mesmo aqueles mais complexos²¹.

Ao distrito federal acumulam-se as responsabilidades e competências dos estados e municípios ressalvando que o mesmo deve aplicar 12% da receita própria além dos recursos oriundos da União. Posto isso é possível entender que apesar

¹⁹ BRASIL, 2019. **Pacto Federativo: o papel de cada ente da Federação na gestão da saúde pública**. Disponível em : <http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/pacto-federativo-o-papel-de-cada-ente-da-federacaona-gestao-da-saude-publica>. Acessado em 30/09/2019;

²⁰ BRASIL, 2019. **Pacto Federativo: o papel de cada ente da Federação na gestão da saúde pública**. Disponível em : <http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/pacto-federativo-o-papel-de-cada-ente-da-federacaona-gestao-da-saude-publica>. Acessado em 30/09/2019;

²¹ BRASIL, 2019. **Pacto Federativo: o papel de cada ente da Federação na gestão da saúde pública**. Disponível em : <http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/pacto-federativo-o-papel-de-cada-ente-da-federacaona-gestao-da-saude-publica>. Acessado em 30/09/2019;

das responsabilidades estarem descentralizadas e definidas o SUS é gerenciado concomitantemente por três gestores em níveis diferentes de autonomia. Talvez aqui reside o grande desafio da gestão do SUS, uma vez que o poder de decisão versus a sustentabilidade financeira estão em pontos equidistantes já que o Ministério da Saúde como órgão mais autônomo e que detém maior aporte financeiro não é quem executa e/ou gerencia os serviços de assistência direta ao usuário e em contraponto o município que é o ente que está em contato direto com o usuário não dispõe de total autonomia sobre os recursos financeiros, além de amargar a insuficiência dos recursos ora transferidos da união e estado aos cofres municipais.

Assim sendo torna-se necessário refletir se o modelo de federação adotado na saúde pública é sustentável e exequível uma vez que as funções de planejamento e execução nem sempre são realizados pelo mesmo ente e o modelo de financiamento ora estabelecido não permite total autonomia a qualquer um dos entes de definir prioridades na execução da política de saúde que este julgar necessária no momento. Como exemplo podemos citar a forma de financiamento da atenção básica, um município brasileiro que não aderir ao Programa de Estratégia de Saúde da Família do Ministério da Saúde²², não dispõe de outra forma alternativa de financiamento da atenção básica por parte do Governo Federal. Logo a adesão às políticas e programas de saúde ofertadas pelo Ministério da Saúde que deveriam ser voluntárias, passam a ser obrigatórias dado o modelo de financiamento estabelecido.

Enfim acredita-se que as responsabilidades e funções dos entes federados apesar de estarem estabelecidas e definidas não implicam necessariamente em resolutividade da máquina pública bem como em qualidade na gestão da saúde pública. A descentralizações de serviços para os municípios não acompanhadas de maior aporte financeiro aos mesmos pode ser um fator contributivo para o aumento da judicialização uma vez que a crescente demanda estrangula o financiamento que é fixo e não acompanha as variações sócio epidemiológicas que impactam nas necessidades de saúde da população como desemprego e violência por exemplo.

2.2-As responsabilidade do estado

²² BRASIL, 2019. **Programa Estratégia de Saúde da Família**: Disponível em: <<http://aps.saude.gov.br/ape/esf/>> Acessado em: 30/09/2019.

A Lei 8080/90²³ ao dispor sobre como se daria a organização do Sistema Único de Saúde estabeleceu que os serviços seriam de organizados de forma descentralizadas com direção única em cada esfera. Ainda na referida lei ficou definido que o planejamento ocorreria de forma ascendente (dos municípios para a união). A Lei 8142/90 traz que as conferências de saúde seriam os espaços de participação social e que atuariam como ponto de partida para a identificação das necessidades de saúde da população a fim de orientar o planejamento das ações e serviços de saúde a serem ofertados. Nesse ínterim podemos entender que ao estado (aqui entendido os 03 entes) cabe garantir a participação social no SUS e a partir do exercício plena desta estabelecer os mecanismos legais que irão garantir a oferta de serviços de saúde que responda aos anseios e necessidades da população adscrita.

Entretanto as referidas leis não detalharam quais seriam as responsabilidades específicas de cada ente da federação e como estas seriam operacionalizadas. Assim nos anos subsequentes ao estabelecimento do SUS tem-se a publicação de várias portarias, normas e nota técnicas com o intuito de delinear o papel dos órgãos gestores (Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde) bem como a estruturação dos serviços a serem distribuídos no território. Para fins de entendimento vamos conceituar gestão e gerência conforme terminologia adotada pela Norma Operacional Básica 01/1996 onde²⁴:

Gestão é entendido como a atividade e a responsabilidade de comandar um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional) exercendo suas funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria e gerência como a administração de unidade ou órgão de saúde (ambulatorio, hospital, instituto, fundação, etc.) que se caracteriza como prestador de serviço do SUS.

No exercício da gestão de formular e planejar políticas de saúde incluem-se o diagnóstico das necessidades de saúde, a identificação das prioridades e a programação das ações. Todo esse processo de gestão do SUS é aparado na

²³ BRASIL. **Lei Nº. 8080/90, de 19 de setembro de 1990.** Brasília/DF.

²⁴ SCATENA, JOÃO HENRIQUE GURTIER, TANAK OSWALDO YOSHIMI. **Os instrumentos normalizadores (NOB) no processo de descentralização da saúde.** Saúde e Sociedade 10 (1):4774, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v10n2/05.pdf>. Acessado em 15/10/2019.

legislação do SUS e nas Normas Operacionais Básicas (NOB's) pautado nos princípios da eficiência, eficácia, descentralização e transparência respeitando a autonomia dos entes e permeado pela cooperação técnica e financeira entre os envolvidos. As NOB's editadas e publicadas pelo Ministério da Saúde respaldam esse processo. As referidas NOB's estabeleceram que são atribuições comuns da União, dos Estados e dos Municípios na gestão do SUS:

- Definir as instâncias e os mecanismos de controle, de avaliação e de fiscalização das ações e dos serviços de saúde;
- Administrar os recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- Acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e as condições ambientais;
- Organizar e coordenar o sistema de informação em saúde;
- Elaborar normas técnicas e estabelecer padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- Elaborar normas técnicas e estabelecer padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- Participar na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico e colaborar na proteção e na recuperação do meio ambiente;
- Elaborar e atualizar periodicamente o Plano de Saúde;
- Participar na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
- Elaborar proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS) em conformidade com Plano de Saúde;
- Elaborar normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- Realizar operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- Atender as necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou irrupção de epidemias – para tanto, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

- Implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- Propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
- Elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
- Promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e o controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
- Promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- Realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- Definir as instâncias e os mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- Fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Assim é possível entender que no exercício da gestão do SUS as responsabilidades estão bem definidas. Entretanto dado a dimensão territorial, as diferenças socioeconômicas entre as regiões do país, as necessidades de saúde que demandam constantes mudanças no processo de planejamento e execução da despesa na saúde não são poucos os desafios de construir um sistema de saúde que seja universal, equitativo e público.

2.3-As limitações do estado

Com o modelo de gestão e atenção à saúde estabelecido no Brasil são constantes os desafios no intuito de garantir o equilíbrio entre necessidade e oferta. Faz-se necessário entender que as necessidades de saúde ultrapassam aquelas biológicas que demandam intervenção clínica e/ou administração de algum medicamento, mas as necessidades também evocam as iniquidades advindas dos modos de vida e das vulnerabilidades a qual a população está organizada²⁵.

²⁵ HINO, Paula, CIOSAK Suely Itsuko, FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da, EGRY, Emiko Yoshikawa. **Necessidades em saúde e atenção básica: validação de Instrumentos de Captação.** Rev Esc Enferm USP 2009; 43(Esp 2):1156-67. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v43nspe2/a03v43s2.pdf>. Acessado em 15/10/2019.

Assim os serviços de saúde devem estar estruturados de forma a atender as necessidades biológicas da população adscrita, mas também devem estar atentos aos modos de vida a fim de garantir intervenções de cunhos preventivos e de promoção da saúde a fim de prevenir doenças e/ou agravos de saúde. Nesse cenário talvez resida um dos grandes desafios do SUS, ser capaz de atender as necessidades latentes e prevenir a ocorrência de novas com um modelo de gestão compartilhada e garante autonomia do cidadão no que diz respeito de buscar e ter acesso garantido em qualquer um dos níveis de atenção²⁶.

Ao permitir que o usuário seja protagonista da própria condição de saúde e que este defina quando deve ou não buscar um serviço de saúde a legislação cria um problema sério de previsibilidade orçamentária de execução dos serviços de saúde. Mesmo que o estado tenha previsibilidade orçamentária para garantir o acesso mínimo do cidadão em território nacional à consultas médicas, medicamentos e exames esta não é eficaz ao não saber com exatidão de pelo menos 80% qual seria a população que de fato irá utilizar esse serviço, já que a legislação permite ao cidadão lançar mão dos serviços públicos de saúde a qualquer momento e em qualquer nível de atenção, como por exemplo um usuário pode realizar todos exames diagnósticos no setor privado e requerer do SUS um determinado procedimento cirúrgico, e isto por si só é um fator do qual a gestão tem pouco ou nenhum poder de intervir.

Nesse cenário o estado busca garantir a reserva do mínimo, ou seja, o acesso aos serviços básicos, e percebe-se um constante malabarismo do mesmo para garantir o funcionamento da atenção secundária e/ou terciária. Percebe-se constantemente na imprensa as constantes filas nos serviços de urgências, hospitais e de cirurgias. Posto que o público usuário não é conhecido dos órgãos gestores estes por sua vez buscam adequar seus serviços as necessidades emergentes levando a um engessamento do orçamento que acaba por executado “a toque de caixa” e não conforme previsto.

²⁶ MIRANDA, GABRIELLA MORAIS DUARTE, MENDES, ANTONIO DA CRUZ GOUVEIA E SILVA, ANA LÚCIA ANDRADE DA. **O desafio da organização do Sistema Único de Saúde universal e resolutivo no pacto federativo** brasileiro. Saúde e Sociedade [online]. 2017, v. 26, n. 2. pp. 329-335. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-12902017168321>>. ISSN 1984-0470. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902017168321>. Acessado em 15 Outubro 2019.

III - A RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 - O que é a reserva do possível?

O termo “reserva do possível” remota sua origem na Alemanha e sobre ele Luisa Cristina Pinto e Netto define como “condicionamento fático da concretização dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para suportar os custos destes direitos”²⁷. Assim podemos entender que a saúde, direito constitucional e inalienável no Brasil, vai de encontro a Constituição Federal ao garantir nos Artigos 23, 24 e 30 o direito à saúde como direito de todos e dever do estado. Mas no âmbito da saúde pública o que seria a reserva do possível?

Ao discutir sobre o direito à saúde e a reserva do possível, Sarlet e Figueiredo, 2007²⁸ propõe como ponto de partida a compreensão de que “se os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA) são “autênticos” direitos fundamentais ou, em o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente” e a partir desta o entendimento de que os direitos humanos (assegurados no plano do direito internacional) e os direitos fundamentais (consagrados no plano direito constitucional de cada Estado) estão intrinsecamente ligados e que um não se sobrepõe ao outro. Entretanto vale aqui expor que a Constituinte de 1988 reconheceu a uma pluralidade de direitos (fundamentais) sociais que desdobrou na dificuldade de compreender o que de fato são direitos sociais como direitos fundamentais. Nesta mistura heterogênea onde se é difícil de dissociar um direito do outro é essencial que se sabe que os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações quanto os direitos de defesa. Os direitos negativos e o direitos a prestações trazem em seu bojo a dimensão “positiva” (ao evocar a atuação do estado e da sociedade) bem como posições subjetivas “negativas” ao trazerem à tona a ineficácia do estado na seguridade (deste direito). Mas considerando o direito de acesso à informação e de acesso à justiça, o direito à saúde pode ser interpretado de diversas formas e causar uma reclamação inadequada do direito de acesso à saúde. Assim é necessário entender que o direito

²⁷ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.187.

²⁸ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

do texto (enunciado semântico) constitucional e norma jurídica (resultado da interpretação do texto) estão em posições diferentes e exigem interpretações diferentes, uma vez que um dado texto pode trazer em seu bojo uma norma que pode defender (ou não) o direito à saúde à pessoa (individual ou coletivamente)²⁹.

Fato é que todos os direitos sociais são fundamentais, sendo eles expressos nitidamente no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou em seu contexto no restante do texto constitucional ou ainda nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Os direitos sociais são regimentados pelo art. 5º, § 1º, da CF e a garantia dos mesmos devem ser permeados pela máxima eficácia e efetividade possível buscando a otimização do conjunto de princípios fundamentais à luz das circunstâncias do caso concreto. No mundo da judicialização do direito à saúde, não são poucos, o quanto a burocracia e a dificuldade de entender quem é o ente e/ou ator responsável pela efetividade daquele direito reclamado dificulta a vida do reclamante e aqui cabe destacar que as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) são de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade³⁰.

A teoria do mínimo existencial e da reserva do possível surgem na Alemanha e nesta seara temos uma proposição do jurista Otto Bachof³¹, 1954 *apud* SARLET e FIGUEIREDO²⁰⁰⁷ que considerou:

que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Ainda nesta esteira temos o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha traz que “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social”. E aqui é entendido que nestas obrigações essenciais está abarcada a assistência social aos cidadãos e cabe ao estado assegurar as condições mínimas para uma existência digna e não medir

²⁹ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

³⁰ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

³¹ O. Bachof, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in: VVDStRL nº 12 (1954), p. 42-3. *Apud* SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

esforços no sentido de garantir a integração destas pessoas na sociedade e de que forma alguma pode-se quantificar qual a dignidade da pessoa. E sobre a dignidade da pessoa temos a lição de Heinrich Scholler³², que diz que o cidadão só tem sua dignidade assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.

Mas é muito tênue a linha entre o que separa o mínimo existencial do mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, onde o último tem a ver com a garantia da vida humana e o primeiro diz respeito a um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna. A dignidade da pessoa humana— em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade— só pode ser alcançada quando assegurado uma vida saudável. Embora não haja lastro constitucional no Brasil sobre o mínimo existencial, ressalva o dito no Art. 170 da CF no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica. E nesta instância da discussão do papel do estado ao garantir estas condições mínimas para a dignidade humana paira o questionamento da limitação econômica e capacidade jurídica do estado para a efetivação desta garantia³³.

3.2 - A reserva do possível e a judicialização da saúde

O movimento da judicialização em saúde, crescente no Brasil, inicia-se quando da epidemia de HIV no país e que os pacientes veem na justiça o porto-seguro para acesso ao coquetel de tratamento que não era ofertado no SUS àquela época. Nessa linha cresceu sobremaneira a busca por tratamentos não ofertados no Brasil, por medicamentos ainda não registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e de procedimentos estéticos. Nesse cenário de uma

³² Scholler, H. **Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten**, in: *JZ* 1980, p. 676 (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”) apud SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019.

³³ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

“desvirtuação” do papel do judiciário na ordem pública, provocado pelos usuários do SUS, é que temos um terreno fértil para discutir acesso versus direito.

Fato é que a reclamação de um direito social pode trazer consigo a necessidade do estado garantir/ofertar um serviço, objeto e/ou assegurar uma dada situação que necessariamente traz uma despesa a ser executada pela máquina pública. Ressalva-se aqui que quem nem todo direito social apresenta uma dimensão econômica. E ao discutir a dimensão econômica de um direito social é essencial que seja analisado as condições (econômicas e de jurisprudência) do Estado em garantir a execução da decisão judicial e que estas podem ser limite fático à efetivação desses.

Entender a reserva do possível passa pelo entendimento de que a mesma em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente positiva, ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão . Na Alemanha a mesma passou a ser entendida, tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional, como a:

ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público³⁴

Nesse cenário da busca pela garantia do direito de acesso aos serviços de saúde é desafiador para a gestão do SUS, com poucos recursos financeiros e físicos, a efetivação deste direito. A busca por construir um sistema de saúde pública que garanta o acesso dos usuários tanto em suas necessidades individuais e coletivas levou a institucionalização de órgãos diversos como CONASS, CONASEMS, CIB, CIT como espaços de discussão técnica das políticas de saúde na busca por desenhos de serviços que atendam às necessidades de saúde da população brasileira.

Cabe aqui refletir sobre o direito reclamado pelo cidadão e que a prestação reclamada deve estar de em consonância com a razoabilidade daquilo que de fato o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade e que não é de responsabilidade

³⁴ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

do judiciário garantir a efetivação da prestação de um serviço que não seja razoável. Aqui cabe colocar o que propõe Sarlet e Figueiredo, 2007³⁵, ao delinear uma dimensão tríplice da reserva do possível que abrange:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Sem dúvida alguma a reserva do possível passa pelo limite jurídico e fático dos direitos fundamentais mas outrossim também atua como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais. E sua prática põe no ato jurídico a necessidade de avaliar o cenário socioeconômico global bem como a responsabilidade dos órgãos políticos ao legislar sobre o orçamento dos órgão sob sua tutela legislativa. E neste exercício da legislatura política do orçamento temos a lição de Gomes Canotilho³⁶ – que traz que:

ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.

Não obstante o primeiro ente da federação a ser acionado em uma demanda de saúde, advinda dos órgãos fiscalizadores e de justiça, é o município e cabe a este responder se a responsabilidade ora requerida é sua ou do estado e/ou união. E nessa escassez de recursos com excesso de responsabilidades a ser cumpridas, inicia-se uma saga de transferências de responsabilidades sob a justificativa da deficiência orçamentária. E aqui cabe discutir a necessidade da reflexão de que as demandas sociais são infinitas e os recursos finitos e que nesse sentido até que

³⁵ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

³⁶ J. J. G. Canotilho, **Constituição Dirigente**, p. 369 apud SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

ponto é a judicialização um caminho seguro para que um ente federado garanta o interesse individual em função do coletivo?³⁷

E nesse sentido faz-se necessário compreender que na indisponibilidade dos recursos financeiros em que vive o estado nos últimos anos no Brasil é vital que a destinação dos recursos sejam responsáveis bem como o amadurecimento dos processos de gestão da máquina pública no sentido de qualificar a legislação, o processo de trabalho e os mecanismos de monitoramento e fiscalização. Aqui cabe refletir sobre os princípios da moralidade e eficiência no sentido de que buscam estimular e nortear a administração pública no exercício de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

3.3 - Caminhos possíveis para a saúde pública

Não se pode de forma alguma confundir a reserva do possível como mecanismo de justificativa a não garantia de um direito social, como o da saúde, uma vez que no disposto no art. 5º, § 1º, da CF é cabível ao estado a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. E neste íterim deve evitar a inversão hierárquica (dos termos jurídico-normativos e dos termos axiológicos) ao argumentar a não garantia de um direito reclamado em detrimento da limitação orçamentária. Há que se lembrar aqui que a legislação orçamentária não se sobrepõe ou é superior ao direito constitucional ora publicado e que a garantia e efetivação do mesmo evoca ao gestor público e legislador a revisão e inclusão de mecanismos que garantam a efetivação do direito fundamental mesmo em face da impossibilidade jurídica contábil. Ainda faz se necessário refletir o princípio da subsidiariedade ao colocar nessa discussão a “primazia da auto responsabilidade”, onde é cabível ao indivíduo, o dever zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.

No entendimento do conceito constitucional do direito à saúde e que no art. 196, temos o conceito de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, é necessário entender que saúde não é apenas a ausência de doenças

³⁷ MOURA, Elisangela Santos. **O direito à Saúde na Constituição Federal de 1988. Jusnavigandi.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acessado em 25/10/2019.

mas que abrange também o completo estado de bem estar social e que assim faz-se necessário, tanto por parte do estado a oferta de ações de promoção e prevenção da saúde como o autocuidado por parte do cidadão ou a imputação deste a um tutor na impossibilidade da autonomia pessoal.

No entanto há que se analisar o direito à saúde em suas diversas faces onde como direito de defesa é um direito de proteção no sentido de proteger o cidadão de danos autoprovocados ou provocados por ingerência do estado. Já como direito a prestações exige do estado ações que garantam o usufruto de ações e serviços de saúde que efetivem o pleno gozo do direito à saúde. No cotidiano da busca pela garantia deste direito o cidadão irá confrontar-se com a reserva do possível em suas diversas manifestações, ao deparar-se com a hipossuficiência econômica ou estrutural da máquina pública ou pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se efetivar o acesso ao serviço ora necessário. E nesta linha há que se pensar sobre o momento ou a forma como o cidadão reclama a garantia deste direito, onde o fato do cidadão buscar o caminho da justiça como forma de acesso a um serviço ou objeto para a garantia da manutenção da sua saúde sem antes buscar as vias comuns (os serviços de saúde) e obter deste a negativa é sem dúvida alguma um motivo para a sobrecarga da judicialização e uma desvirtuação do efetivo papel da justiça como órgão de proteção, efetivação e fiscalização do cumprimento do direito constitucional à saúde³⁸.

No atual política tributária nacional há diversas formas e modelos de contribuição, através de impostos, por parte do cidadão ao estado. Sendo a contribuição algo possível àqueles que necessariamente tem acesso a alguma renda não se pode restringir o acesso aos serviços de saúde somente à estes. A realidade atual mostra ao contrário ao revelar que a população dependente SUS pode ser aquela que não necessariamente seja a que mais contribua com impostos para a máquina, seja pela sua insuficiência de renda ou pela sonegação dos mesmos em privilegio de outras necessidades pessoais. Assim discutir o princípio da isonomia e da proporcionalidade é necessário para a ampliação do entendimento da isonomia de direito de acesso *versus* reserva do possível e fomentar decisões efetivas e embasadas.

³⁸ SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> acessado em 04/11/2019

A busca pela garantia da integridade pessoal ou do coletivo pode comprometer a oferta de outras demandas por parte do estado, entretanto há que se entender que a salvaguarda da vida é direito constitucional e que não se pode em detrimento da “saúde financeira do estado” agravar-se o “quadro de saúde do usuário ou do coletivo”. Mas é necessário que se leve em conta que nem sempre a salvaguarda da vida é passível de ser assegurado pela justiça quando mesmo em face da decisão judicial prevalece-se a indisponibilidade dos leito, equipamentos ou medicamentos ora demandados pelo reclamante. Há que se colocar aqui outra fator agravante no campo da judicialização da saúde que é a busca pelo acesso a serviço, tratamento ou medicamento que ainda não faz parte da RENASES (Relação Nacional de Serviços da Saúde), RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) ou até mesmo aprovado pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Logo é vital que seja estabelecido mecanismos que assegurem que o direito ora reclamado seja algo passível e/ou factível de ser assegurado pelo estado como parte envolvida na decisão.

Historicamente há uma maior concentração de serviços de saúde especializados nas capitais e metrópoles, tanto em função do desenvolvimento econômico quanto de escala de consumo, e isto causou uma iniquidade no acesso dos usuários residentes no interior levando a uma oferta que não está alinhada com a demanda. E nesse desalinho em que nem sempre os municípios vão conseguir assegurar o acesso oportuno e resolutivo ao usuário é que o mesmo aciona a justiça a fim de assegurar seu bem-estar e/ou qualidade de vida de um ente querido em fase terminal.

Sem dúvida alguma o SUS é uma construção social e patrimônio da sociedade. Não obstante é direito desta o usufruto pleno deste, mas a busca pelo interesse individual sobrepondo ao bem-estar coletivo têm provocado nos últimos anos um desalinho nas contas públicas ao onerar cada vez mais os municípios na execução das decisões judiciais e a indústria fomentando novas tecnologias no setor público. Assim cabe a necessidade da reflexão de até onde é possível aos entes da federação garantir o possível, aqui entendido como acesso oportuno e qualificado e promover o bem-estar social sem promover a iniquidade dos desafortunados quando da necessidade de acessarem serviços especializados não ofertados no SUS?

Por fim é necessário entender que o papel do judiciário, ainda que com as limitações técnicas e físicas, é o de promover o equilíbrio e o cumprimento do direito à saúde e que isto implica em também realizar a fiscalização e o cumprimento das decisões judiciais tanto pela parte reclamada quanto pelo reclamante com vistas a garantir que de fato a saúde seja garantida como direito pleno e não apenas limite-se a garantir o acesso, contribuindo assim mesmo que indiretamente para o bem estar das contas públicas e o equilíbrio fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é uma conquista do povo brasileiro e que deve ser garantido através de políticas públicas que garantam o pleno gozo deste. Os modelos de atenção, gestão e financiamento da saúde vigentes no Brasil buscam garantir o acesso dos usuários aos serviços básicos, como de saúde da família, à medicamentos e serviços hospitalares. Mas o grande desafio de efetivar esse acesso à saúde é pauta contínua dos municípios que se veem sobrecarregados de responsabilidades e não detentor da maior fatia do orçamento público destinado à saúde.

A reserva do possível no poder público busca determinar a garantia da responsabilidade mínima do erário na oferta do serviço ao cidadão. Entretanto é tênue a linha que separa acesso universal da oferta do mínimo possível. Estabelecer de forma ética e com segurança jurídica esta oferta por parte dos entes federados é o ingrediente principal na seara da judicialização em saúde. A oferta do possível é a garantia do cumprimento da responsabilidade do estado, mas nem sempre é a garantia do acesso por parte do usuário.

Posto isso entende-se que sendo o direito à saúde constitucional e de dever do estado, não é factível economicamente e no campo operacional que o estado garanta o acesso universal e gratuito a todo cidadão em suas necessidades de saúde. Na finitude dos recursos físicos e financeiros e na infinidade das demandas sociais a busca pelo equilíbrio da oferta em relação à necessidade permeados pela jurisprudência são caminhos possíveis para a universalização do direito à saúde.

Assim sendo este trabalho confirma seu referencial teórico posicionando-se favorável a reserva do possível frente ao direito da saúde no entendimento de que na busca pela garantia da dignidade humana, mesmo sendo essa não quantificável, e na efetividade do direito à saúde, sendo este inalienável e constitucional, é plausível e exequível a garantia do acesso dentro daquele que é de responsabilidade e capacidade do estado assegurar. Entendendo ser o direito à saúde um direito fundamental faz-se necessário a constante provocação da academia, das instituições jurídicas e do SUS no sentido de fomentar novas discussões que possam estimular novas reflexões e posicionamento que permitam a pluralidade das ideias e o amadurecimento do processo de judicialização da saúde no Brasil.

REFERÊNCIAS

BERTOLLI FILHO, C. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011: Sistema Único de Saúde**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília, CONASS, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coletânea direito à saúde: institucionalização**. Organizadoras Alethele de Oliveira Santos, Luciana Tolêdo Lopes. Brasília/DF, CONASS, 2018.

BRASIL. **Lei Nº. 141/2012, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>. Acessado em 25/10/2019. Brasília/DF

BRASIL. **Lei Nº. 8080/90, 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. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei Nº. 8142/90, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm> Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional, Nº29 de 13 de Setembro de 2000**. Brasília/DF Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>.

BRASIL. **Pacto Federativo: o papel de cada ente da Federação na gestão da saúde pública**. Disponível em : <<http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/pactofederativo-o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>>.

BRASIL. **Programa Estratégia de Saúde da Família**: Disponível em: <<http://aps.saude.gov.br/apc/esf/>> Acessado em: 30/09/2019.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil. Estud. av.**, São Paulo , v. 27, n. 78, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 25/09/2019.

HINO, Paula, CIOSAK Suely Itsuko, FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da, EGRY, Emiko Yoshikawa. **Necessidades em saúde e atenção básica: validação de Instrumentos de Captação.** Rev Esc Enferm USP 2009; 43(Esp 2):115667. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v43nspe2/a03v43s2.pdf>>. Acessado em: 15/10/2019.

JÚNIOR, André Puccinelli; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O Federalismo Cooperativo e a Reserva do Possível.** 1 Ed., Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2013.

LUCHESE, Patrícia T. R. **Políticas públicas em Saúde Pública.** São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

MIRANDA, Gabriella Morais Duarte; MENDES, Antonio da Cruz Gouveia e SILVA, Ana Lúcia Andrade da. **O desafio da organização do Sistema Único de Saúde universal e resolutivo no pacto federativo brasileiro.** Saúde e Sociedade [online]. 2017, v. 26, n. 2. pp. 329-335. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S010412902017168321>>. ISSN 1984-0470. <https://doi.org/10.1590/S010412902017168321>. Acessado em 15/10/2019.

MOURA, Elisangela Santos. **O direito à Saúde na Constituição Federal de 1988. Jusnavigandi.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acessado em: 25/10/2019.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acessado em [04/11/2019](http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73)

SCATENA, João Henrique Gurtier, TANAK, Oswaldo Yoshimi. **Os instrumentos normalizadores (NOB) no processo de descentralização da saúde.** Saúde e Sociedade 10 (1):47-74, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v10n2/05.pdf>>. Acessado em: 15/10/2019.

VENTURA, M.SIMAS, L.PEPE. V.L.E. SCHRAMM, F.R. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Rio de Janeiro 20,177-100, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>> Acessado em: 11/09/2019.