

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO DO TJPA, NO ANO DE 2023.

Ricardo Augusto Dias Da Silva¹

Lisbino Geraldo Miranda do Carmo²

Paulo Henrique da Silva Costa³

Resumo:

A pesquisa se justifica pela necessidade de ampliação da garantia do direito social da saúde como essencial para toda a população. Os institutos da Reserva do possível e do mínimo existencial protagonizam embate das garantias à saúde, cujo palco do Tribunal de Justiça do Estado do Pará é chamado a analisar demandas desta natureza. Visa-se com a investigação esclarecer a opção do Judiciário paraense em julgamento de demandas em saúde quanto à reserva do possível e o mínimo existencial. Os objetivos perpassam a partir da análise do desenvolvimento das tensões entre soberania e constituição na formação dos estados nacionais e revoluções burguesas, com o desenvolvimento do bloco de constitucionalidade de direitos humanos e do direito social à saúde; estabelecer os conceitos e definições de mínimo existencial e reserva do possível, com suas aplicações ao direito à saúde e como tem julgado o tribunal paraense quando o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial são postos à mesa. Na investigação predomina a pesquisa teórica, com abordagem qualitativa. Sua natureza é básica, com análise de lógica hipotético-dedutiva. Na terceira seção ela é empírica, analisando julgados. Em relação aos objetivos traçados, ela teve caráter exploratório, descritivo e explicativo. Quanto ao procedimento, foi realizada pesquisa bibliográfica documental, em função da necessidade de analisar os fundamentos jurídicos da doutrina e legislação, com acesso aos julgados do TJPA. A hipótese de que o TJPA julga mais favoravelmente ao mínimo existencial foi confirmada.

Palavras-chave:

Mínimo Existencial, Reserva do Possível, Saúde, Dignidade da Pessoa Humana, Decisões do TJPA.

THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RESERVE OF THE POSSIBLE: AN ANALYSIS OF THE DECISIONS OF THE PUBLIC LAW PANELS OF THE TJPA, IN THE YEAR 2023.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa; Doutor em Direito pela UNESA-RJ; Mestre pela UNAMA; Professor de Direito da graduação e mestrado da UNAMA; servidor do MPCM e advogado.

² Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autónoma de Asunción -UAA-PY, convalidado pela Universidade da Amazônia – UNAMA; Docente de Graduação na UNAMA; Analista Judiciário no TJPA. E-mail: lisbinounama@gmail.com.

³ Mestrando em Direitos Fundamentais no PPGDF - UNAMA. Pós-graduado em Direito Público e Direito Penal e Processual Penal pela EBRADI. Advogado. E-mail:adv.paulohenriquecosta@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3356778692536387>



Abstract:

The research is justified by the need to expand the guarantee of the social right to health as essential for the entire population. The institutes of the Reserve of the Possible and the Existential Minimum are at the forefront of the clash over health guarantees, on the stage of which the TJPA is called upon to analyze claims of this nature. The aim of this investigation is to clarify the option of the TJPA in judging health claims in relation to the institutes. The objectives are to analyze the development of tensions between sovereignty and constitution in the formation of national states and bourgeois revolutions, with the development of the constitutionality bloc of human rights and the social right to health; to establish the concepts and definitions of the existential minimum and the reserve of the possible, with their applications to the right to health and how the TJPA has judged when the clash between the reserve of the institutes are put on the table. The research is predominantly theoretical, with a qualitative approach. Its nature is basic, with hypothetical-deductive logic analysis. The third section is empirical, analyzing judgments. In terms of its objectives, it was exploratory, descriptive and explanatory. As for the procedure, a documentary bibliographical study was carried out, due to the need to analyze the legal foundations of doctrine and legislation, with access to the judgments of the TJPA. The hypothesis that the TJPA judges more favorably to the existential minimum was confirmed.

Keywords:

Existential Minimum, Reserve of the Possible, Health, Dignity of the Human Person, Decisions of the TJPA.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do constitucionalismo tem se revestido em uma jornada histórica de contradições e tensões, em que os chamados blocos de constitucionalidade estruturados no corpo das constituições dos Estados, foram se consolidando e se moldando com a sociedade de que derivam. Este fenômeno se consolidou-se a tal ponto que gerou o desenvolvimento dos direitos de segunda e terceira geração, além de outros novos direitos que não cessam de eclodir e demandar proteção. Entre estes incluem-se os direitos sociais, com destaque para o direito à saúde.

Na discussão acerca da garantia da saúde a todos, as políticas públicas esbarram sempre nos questionamentos acerca do incansável debate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, entre a garantia do direito à vida e a possibilidade financeira e orçamentária do Estado, cabendo ao Judiciário estabelecer a prevalência de um sobre outro em cada demanda que lhe é endereçada.





Dentro deste contexto surge a questão-problema, que para Mazucato (2018, p. 40) é o “aprofundamento do tema, agora com um questionamento mais específico sobre um determinado aspecto, colocando um problema a ser solucionado na pesquisa”. Questiona-se: Qual o posicionamento que está sendo adotado pelo TJPA no último ano quando é confrontado com o embate mínimo existencial x reserva do possível? Como questões norteadoras tem-se as seguintes ponderações: a) como ocorreu o desenvolvimento das tensões entre soberania e constituição na formação dos estados nacionais e revoluções burguesas, com o desenvolvimento do bloco de constitucionalidade de direitos humanos e do direito social à saúde?; b) como estabelecer os conceitos e definições de mínimo existencial e reserva do possível, com suas aplicações ao direito de saúde? e c) como tem consolidado entendimento o Tribunal paraense quando o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial são postos à apreciação:

Como hipótese, que segundo Mazucato (2018) é uma resposta preliminar, precária, temos que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, de forma majoritária, vem optando pela aplicação do mínimo existencial, em detrimento da reserva do possível nas demandas em saúde.

Os objetivos da pesquisa científica não devem ser confundidos com prováveis finalidades ou aplicações de seus resultados (Mazucato, 2018, p. 48). Nesta perspectiva, os objetos da pesquisa são: a) analisar o desenvolvimento das tensões entre soberania e constituição na formação dos Estados nacionais e revoluções burguesas e o desenvolvimento do bloco de constitucionalidade de direitos humanos, principalmente o direito à saúde, b) qual seria a definição do conceito de mínimo existencial e a reserva do possível na perspectiva doutrinária e c) verificar como o Tribunal de Justiça do Estado do Pará vem julgando estas demandas que tratam do direito à saúde no ano de 2023.

A justificativa do presente trabalho visa, analisar como o Judiciário paraense vem tratando as demandas de saúde submetidas ao embate da reserva do possível e mínimo existencial.

O objeto da pesquisa é a opção tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará no julgamento de demandas de saúde.





Na pesquisa predomina a pesquisa teórica, com abordagem qualitativa. Sua natureza é básica, com análise de lógica hipotético-dedutiva. Na terceira seção a análise é empírica, qualitativa e quantitativa. Em relação aos objetivos traçados, ela teve caráter exploratório, descritivo e explicativo. Quanto ao procedimento, foi realizada pesquisa bibliográfica documental, em função da necessidade de analisar os fundamentos jurídicos da doutrina, legislação e julgados do TJPA.

1 O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO E MITIGAÇÃO DAS SOBERANIAS E O SURGIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE BASEADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Durante a construção dos Estados nacionais modernos os contratualistas desenvolveram teses acerca da contradição entre soberania e constituição, que deve ser entendida no sentido inglês da expressão, ou seja, dos princípios e direitos ínsitos ao cidadão. Grandes pensadores como Thomas Hobbes, Jean Bodin, Rousseau, James Harrington e outros, debruçaram-se em analisar como destacar o poder soberano centrado nas mãos do monarca daquilo que pode ser entendido como vontade de Deus, mas sim decorrente de um pacto social, em que a origem do poder era do povo e este, voluntariamente, o transferia a um titular que teria o dever de salvaguardar os direitos mínimos de todos para manutenção da ordem social (Fioravanti, 2011). Portanto, se não era um poder divino e natural, mas sim outorgado pelo povo poderia, por óbvio, ocorrer a revogação deste mandato.

A manutenção dos Estados absolutistas muito devia à manutenção de privilégios para a aristocracia e a Igreja, seria apenas a eclosão das revoluções burguesas capaz de destruir a estrutura social do antigo regime, tanto na Inglaterra em sua revolução Gloriosa, como em França com sua famosa revolução burguesa. Porém, os rigores revolucionários, no final das contas, apenas serviram para o povo foi usado como massa de manobra para que outra aristocracia governasse o Estado (Fioravanti, 2011). Esta nova estrutura social muito deve a pensadores como Rousseau, que modificaram o viés do contratualismo, que agora tinha os homens não apenas como origem do contrato social, mas sim dele destinatários e, como tal, com o poder de até mesmo revogar leis que violassem essa garantia. O fiel garante das relações sociais deixava o viés natural, divino e imutável, para ser o povo, e, portanto, capaz de mudar com o





tempo. Exemplo claro desta nova realidade foi a Revolução Inglesa, implementadora do “king in parliament” e a Revolução Gloriosa, o Rei perdeu a hegemonia do poder mas pelo menos manteve sua cabeça, tendo passado o governo do Estado não apenas aos burgueses, mas também dos proprietários de terra, mas que no final estabeleceu uma constituição não escrita, pautada em princípios que fixou limites à soberania, reconhecendo como sagrados alguns direitos individuais (Fioravanti, 2011).

A revolução inglesa foi muito calma e polida se comparada ao caso francês, que eclodiu em meio a vários interesses ao mesmo tempo, associados ao desespero de uma população que urrava por mudanças acabaram por ser como um carro desgovernado que acabou chegando em algum lugar, como diria Sieyès (1970), criou-se uma “realidade nacional” (Bianchi, 2016). É neste contexto que passou a tecer direitos que seriam inerentes ao homem, não mais decorrente de discricionariedade divina, mas sim de sua própria natureza social: Percebe-se o surgimento do bloco de constitucionalidade, em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é seu marco, era o surgimento dos chamados direitos de primeira geração. Estes direitos estão diretamente relacionados aos anseios burgueses e da sociedade como um todo pela liberdade que lhe era negada nos tempos do antigo regime absolutista.

Com efeito, estes direitos antes negados, passaram a ser a pedra de toque do novo constructo social. A garantia do direito de todos à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, início de uma geração sucessiva de direitos que são tidos como fundamentais a todos (Fioravanti, 2011). Estes direitos estes que nunca podem ser suplantados, seja por qual for a justificativa, tem como finalidade evitar o retorno da tirania.

Nessa direção, depois de conquistados os direitos de liberdade mais básicos, se fazia necessário garantir que eles forem devidamente exercidos, para tanto surgiram os chamados direitos de segunda geração, ou direitos sociais, tais como direito à saúde, segurança, educação entre outros, exigindo um Estado que possa ser mais forte e com reais condições de tornar realidade este desenho teórico, o chamado Estado do Bem-estar social (Bucci, 2006).

Os direitos sociais devem ser tidos como normas paradigma, normas programáticas na lição de JJ Canotilho (1986), que podem e devem nortear o sistema jurídico, não como um fim em si mesmo, mas como essencial para construção de um sistema social comprometido





pela garantia de direitos fundamentais à população. Porém a criação de estados nacionais fortes atraiu a busca por hegemonia e poder, ocasionando na comunidade internacional as duas grandes guerras.

Talvez uma das maiores ironias da história foi a de que os absurdos praticados pelas políticas nazistas de extermínio foram as responsáveis pelo desenvolvimento de mecanismos de defesa de direitos humanos e consagraram a dignidade da pessoa humana como essencial. Reflexo disto é a Lei Fundamental da República Alemã (1949), que consagrou a dignidade humana como intocável, cabendo ao Poder público protegê-lo e fixá-lo fundamento dos poderes constituídos (Alemanha, 1949). O mesmo exemplo foi seguido pela Constituição da República Portuguesa (Portugal, 1976) e mais tardiamente no Brasil em 1988 (Brasil, 1988).

O percurso histórico proposto nesta seção da presente investigação serve para compreendermos que a dignidade da pessoa humana, o direito à educação, à saúde e à moradia, dentre outros, não foram sempre uma unanimidade, sendo fruto de conflitos de interesses, perda de muitas vidas, esses direitos não surgiram de forma espontânea, ao contrário, foram conquistados e foram resultado de muita luta intelectual e física. Até hoje há muitos interesses incidindo na matéria de saúde. Se por um lado há o interesse de garantia de uma vida melhor à população, há também um interesse claro de grandes conglomerados econômicos, notadamente formados pela indústria farmacêutica.

De todo modo, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada um consenso ético mundial (Capelari Junior; Britto e Britto, 2023). É um princípio guarda-chuva que se irradia pelo ordenamento jurídico brasileiro e dentro deste conceito se apresenta o dever de contemplar as condições necessárias para que todos os cidadãos possam viver dignamente. É sob esta ótica que esta investigação se baseia e passa a analisar o embate entre dois conceitos do mínimo existencial e a reserva do possível, muito presentes nas discussões acerca da dispensação de medicamentos e procedimentos médicos.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.

É a partir desta compreensão de que o direito não é concedido, mas conquistado, consolida-se o entendimento de que os direitos sociais são frutos de guerras e revoluções, que





seu maior objetivo é dar efetividade aos direitos garantidos nas revoluções burguesas, que a Constituição da República brasileira de 1988, traumatizada com uma ditadura longa, tratou de estabelecer as diretrizes para garantir ao seu povo direitos das mais diversas gerações de forma clara e direta, chegando a estabelecer em seu art. 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988).

Dias da Silva (2010), apontando para ensinamento de Sarlet e Timm (2008), afirma que na Constituição brasileira todos os direitos fundamentais são dotados de eficácia e de efetividade, e, logicamente, são aplicáveis de forma direta e exigíveis judicialmente. E não poderia ser diferente, já que tais direitos têm relação direta com a dignidade da pessoa humana, um direito guarda-chuva de diversas garantias para o ser humano não apenas sobreviver, mas viver dignamente, e não há como assim viver sem acesso à saúde.

O que seria esse mínimo existencial? Para Sarmento (2016) seria o conjunto básico de direitos e garantias fundamentais que tutelam eficazmente a dignidade que deve ser garantido a todos os indivíduos, principalmente aos grupos mais vulneráveis da sociedade, o mínimo existencial garante o acesso aos recursos básicos da vida e garante a efetiva as liberdades civis e democráticas (Sarmento, 2016).

No mesmo sentido, Dias da Silva (2010) afirma que o mínimo existencial está atrelado às condições mínimas para que alguém viva dignamente e não apenas sobreviva, devendo as políticas públicas do Estado e da sociedade civil serem orientadas nesta direção. Trata-se, portanto, de um conjunto de bens, fatores, políticas públicas de subsistência que permita a qualquer pessoa gozar de sua liberdade e permita sua participação na sociedade (Dias da Silva, 2010).

A configuração de um mínimo existencial acaba sendo, portanto, um conceito complexo e indeterminado, como tal permite uma série de interpretações que norteiam as escolhas políticas, de fato se pergunta: Se o mínimo existencial é tudo o que permita aspectos básicos às pessoas para ter renda mínima, saúde básica e educação fundamental e outras coisas mais, o que pode ser o limite, o teto desse mínimo? O conceito aberto e indeterminado assim é considerado porque não há limites, cabendo suas fronteiras estarem adstritas à interpretação do agente público e do Judiciário, quando provocado.





É justamente diante desta potencialidade ilimitada que surge a teoria da reserva do possível, pois se de um lado há um princípio ilimitado e libertador, por outro há os limites econômicos que devem ser levados em consideração para dar materialidade aos objetivos constitucionais. Assim, Dias da Silva (2010, p. 193) conceitua a reserva do possível como sendo

Disponibilidade econômica de recursos por parte do Estado para a garantia dos Direitos Fundamentais, bem como ainda com a necessidade de estarem disponíveis ainda juridicamente tais recursos de acordo com o estabelecido na lei orçamentária e aos aspectos principiológicos da proporcionalidade e razoabilidade de cada caso concreto, ou seja, do titular do direito.

Apesar do Estado brasileiro possuir uma clara política de Estado estabelecida no Sistema Único de Saúde – SUS, sabe-se que muito há a melhorar e muitas vezes as pessoas precisam judicializar suas demandas, por isso a doutrina critica a aplicação da teoria da reserva do possível porque utilizada pelo Poder Público para justificar a tese de afastamento da intervenção do Judiciário e permitir a omissão do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, mormente a saúde. Porém, o Judiciário não se limitou a esta teoria, ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme e consolidado que a quando da demora do poder competente, cabe ao Poder Judiciário determinar, de forma excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que ocorra invasão de discricionariedade ou violação ao princípio da reserva do possível, conforme entendimento do Ministro Herman Benjamin, a quando do julgado do AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 1716133 - RS (STJ, 2021).

Porém, cabe estabelecer que não é a mera negativa de medicamento ou procedimento médico capaz de atrair o princípio do mínimo existencial. Há certos insumos que não estão nas listas do SUS, que são procedimentos experimentais e cuja eficácia não é ainda estabelecida como eficaz para cada caso de saúde específico, nestes casos a jurisprudência já estabeleceu posicionamento de que o paciente não tem direito a tratamento específico se o SUS oferece uma alternativa (RMS 28962/MG) (Costa, Coelho, 2019), é a chamada medicina baseada em evidências que vem cada vez mais sendo aplicada no Judiciário brasileiro.

Neste caso, onde não caberia a concessão do tratamento visto que o Estado fornece alternativa que em tese alcançará o mesmo fim, é importante e imprescindível considerar dentro dessas circunstâncias e possibilidades a participação da iniciativa privada (saúde suplementar),





pelo fato que o executor das ações deste tratamento pode ser o particular, onde notoriamente dentro da realidade brasileira, aplica e administra muito melhor o recurso oriundo de suas ações, com maior eficácia comparado ao Estado.

Pontua-se sempre dentro das discussões de implementação das políticas públicas a questão orçamentária, tratada nesta investigação através da reserva do possível. Observa-se que o Poder Público dentro de suas competências e na realização das suas ações não possui capacidade de aplicar o recurso de forma eficaz, gastando muito sem garantir o mínimo.

Analisando os orçamentos bilionários do Estado brasileiro, apesar das dimensões continentais do país, infere-se que atua e administra mal os recursos públicos, onde sem garantir o mínimo, lançando mão da reserva do possível para o não atendimento de todos. Nesta pesquisa o tema certamente não terá análise mais detida, porém cabe o apontamento desta realidade, mudar a concepção de gestão da máquina pública, que certamente influenciará nas condições mínimas e na dignidade de todos que integram a sociedade.

Além da grande discussão jurídica acerca do mínimo existencial e da reserva do possível, a discussão sobre os direitos sociais nunca perdeu força, sempre se demonstrando uma pauta atual e emergente, naturalmente exerce influencia nos processos judiciais e em suas sentenças. Considerando que o mínimo existencial e reserva do possível se chocam em várias análises, geralmente no controle das ações da administração, visando a concessão do direito que não se limita somente ao da saúde.

Se torna importante destacar tal fato, visto que a discussão do mínimo existencial e da reserva do possível no tocante ao direito à saúde, passa por questionamentos orçamentários que impactam outras ações que objetivam garantir também outros direitos sociais que visam o mínimo, o digno, o aceitável.

Neste ponto, a Constituição da República trouxe vários direitos para os cidadãos, que dependem exclusivamente das ações estatais, que demonstra a impossibilidade, incompetência técnica, orçamentária e política para garantir essas condições. Porém, cabe destacar a verdadeira “inflação de direitos” estabelecida pelo Poder Constituinte na CF/88, propositalmente ou não, a partir dos interesses da sociedade naquele momento histórico,





egressos de um período longo do regime militar.

Realizado um exame ao texto constitucional revela que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu ampla gama de direitos sociais. Apesar de alguns problemas na técnica legislativa e na sistematização, esses aspectos não são únicos ao texto constitucional e têm implicações significativas para a compreensão dos direitos sociais como fundamentais.

Complexo são estes dois institutos, porém, define o professor Dias da Silva (2010, p. 22):

Neste sentido, após percorrer conceitos, o pensamento doutrinário e jurisprudencial pertinentes ao tema proposto, as considerações conclusivas, por seu turno, não apontam, por nenhum modo, fórmulas e bulas prontas para a implementação dos Direitos Fundamentais, do direito à saúde através de ações afirmativas, mas, sobretudo, a partir do olhar crítico que apresenta, busca possibilitar, diante dos elementos teóricos sistematizados, um direcionamento para possíveis caminhos a serem trilhados no campo das ações afirmativas, das políticas públicas, um compromisso inarredável do Poder Público e uma iniciativa cada vez mais exigível e necessária da sociedade civil, a ser exercida.

Não existe algo concreto e claro para a implementação dessas políticas públicas, como esses direitos foram conquistados por via de grande luta social, deve-se sempre estimular não só através do Estado, mas pela movimentação da sociedade, a continuação deste embate social, visando viabilizar as ações afirmativas que devem ser prestadas pela administração pública, de forma mais assertiva e eficaz, com intuito de se garantir o mínimo existencial dentro do que é possível, uma vez que o Estado em tese não cria os recursos os quais administra, mas apenas recebe da sociedade para administrar, devendo haver metas entre a demanda e as possibilidades orçamentárias (Scaff, 2005).

3 COMO VEM SENDO APLICADOS OS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ NO ANO 2023?

Como estes princípios vem sendo aplicados no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, qual a teoria que vem sendo mais largamente aplicada? São questões que se pretende responder nesta seção do trabalho, objetivando ter um diagnóstico preciso das duas turmas de direito público da Corte de Justiça paraense.

Através de pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Tribunal de



Justiça do Estado do Pará, foi realizada a busca através da palavra-chave, mínimo existencial e reserva do possível, filtrando as buscas através dos assuntos: obrigação de fazer ou não fazer, assistência à saúde, assistência médico-hospitalar e internação/transferência hospitalar.

Com os parâmetros utilizados, foi encontrado o total de julgados no ano de 2023 de 91 (noventa e um). A cada dez julgados, oito são favoráveis a tese do mínimo existencial, onde o Judiciário em casos que a Administração atua de forma desidiosa, entende que sua atuação não ofende a separação dos poderes, visto que esta interferência visa garantir preceitos constitucionais. Aborda-se três destes julgamentos para análise dentro desta pesquisa, sendo uma ação civil pública, um mandado de segurança e uma apelação em ação de obrigação de fazer.

O primeiro deles trata de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Pará contra o Município de Abaetetuba e o Governo do Estado do Pará, que pleiteou atendimento hospitalar adequado para um paciente idoso que se encontrava com necessidade de cirurgia. Assim votou a Desembargadora Relatora Dra. Célia Regina de Lima Pinheiro:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MÍNIMO EXISTENCIAL. NECESSIDADE COMPROVADA. SENTENÇA PROCEDENTE. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. AFASTADA. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Trata-se de reexame necessário de sentença que, nos autos da Ação Civil Pública confirmou a tutela antecipada e julgou procedente o pedido da exordial para condenar o Estado do Pará e o Município de Abaetetuba, solidariamente, em disponibilizar o tratamento adequado para o paciente; 2. É firme a orientação do STF no sentido de reconhecer o dever solidário, afeto a todos os entes da federação, de garantir o acesso à saúde a qualquer cidadão. Tudo nos termos dos arts. 6º, 23, II e 196, da CF/88, independentemente de previsão da dispensação junto ao SUS ou ainda de qualquer acordo firmado entre os entes federativos; 3. A escassez ou até a inexistência de recursos não são escusas a que o poder público deixe de garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Dessa forma, àquele que se vir prejudicado em seu direito sobre o mínimo existencial, é permitido recorrer ao Judiciário para tanto, a despeito do princípio da reserva do possível e sem que isso importe em violação pelo Poder Judiciário ao princípio da separação dos poderes, ou à prerrogativa de discricionariedade da Administração, porquanto configurada, no caso, a





omissão do ente federado; 4. Remessa necessária conhecida. Sentença confirmada. Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na 36ª Sessão Ordinária do seu Plenário Virtual, realizada no período de 30/10/2023 a 08/11/2023, à unanimidade, em conhecer a remessa necessária e confirmar a sentença que julgou procedente o pedido de tratamento do idoso. Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO- Relatora

Pontuou de forma pertinente a desembargadora relatora que a escassez ou até a inexistência de recursos não são motivos plausíveis para se invocar o princípio da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial.

Depreende-se nessa direção, que o respeito a separação dos poderes, sem interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, nestes casos, deve ser relativizado, sendo indispensável garantir o atendimento e respeito aos preceitos constitucionais e a dignidade da pessoa humana, não podendo o judiciário se omitir de analisar tais casos, que flagrantemente demonstram lesão a direitos garantidos pela Carta Magna.

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, elencado no art. 2º da Constituição Federal.

No segundo caso, trata-se de mandado de segurança cível impetrado contra atos omissivos do Secretário de Saúde do Estado do Pará e do Secretário de Saúde do Município de Belém que deixaram de deliberar sobre pedido de exame cardíaco para paciente em tratamento de cardiopatia.

Observou-se no entendimento da relatora o seguinte “A reserva do possível está relacionada à existência de prestações limitadas à coerência, e não falta à falta de recursos, cabendo ao indivíduo requerer do Estado” (Estado do Pará, 2023).

Nesse MS foi concedido a segurança à unanimidade, ponderou-se que o paciente/cidadão não pode ter seu direito fundamental negado ou atrasado seu atendimento por questões financeiras do Estado, leva-se em conta o quadro clínico do paciente, o qual possuía grave doença cardíaca, correndo risco de morte, teve que esperar por mais de seis meses, sem qualquer resposta por parte da administração pública (Estado do Pará, 2023).





No terceiro julgado, trata-se de apelação cível, julgada pela 2ª Turma de Direito Público, de um lado o Ministério Público do Estado do Pará, do outro, Prefeitura Municipal de Ananindeua, embate ocorrendo por ação interposta pelo *parquet* estadual, para que determine ao município realizar serviços de saneamento básico no bairro do icuí-guajará, fundamentando sua tese em que tal melhoria dará condições mínimas para a população da área (Estado do Pará, 2022).

No primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, com alegação da discricionariedade da administração e da separação dos poderes. Entretanto, a apelação foi conhecida e provida, com o fundamento de que o Judiciário não deve deixar de analisar lesão ou ameaça a direito, conforme determina a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV (Brasil, 1988), sendo respeitado a separação dos poderes, se pontuando que devido a inércia do Poder Executivo, não deve o judiciário deixar de intervir visando o bem da sociedade (Estado do Pará, 2022).

No tema sobre saúde pública, já pacificou o assunto o Supremo Tribunal Federal, através da tese firmada no Tema 793, que reafirma a solidariedade em questões que versem sobre atendimentos ao direito à saúde, sendo a escolha do autor livre, podendo figurar no polo passivo qualquer ente da federação, uma vez que não se pode exigir o conhecimento técnico das atribuições e competências dos entes federados.

Percebe-se em análise qualitativa realizada na pesquisa jurisprudencial, que a maioria dos processos que versam sobre mínimo existencial e reserva do possível, o Poder Judiciário paraense entende que os preceitos fundamentais constitucionais, têm como fundamento e requisito, até por questões lógicas, que o Estado possui a obrigatoriedade em fornecer o mínimo para condição digna do cidadão, principalmente em questão do direito à saúde.

O Estado Brasileiro por ser um país subdesenvolvido, com grandes mazelas sociais, desigualdades econômicas que escancaram condições insuficiente para se enquadrar em qualquer conceito de mínimo existencial, entretanto, é neste contexto conturbado que se deve assegurar ainda mais os direitos fundamentais. (Scaff, 2005).

Condicionar os acessos ou serviços públicos básicos à reserva do possível, aponta grande injustiça para aqueles menos favorecidos, o mercado condiciona aquilo que é





oferecido a uma contraprestação pecuniária, criando-se assim uma obrigação, por qual motivo o Estado que é subsidiado pela sociedade não cumpre com esta responsabilidade? (Scaff, 2005).

São vários questionamentos para um Estado que deve ser cobrado para entregar aquilo em que lhe é competente, como justificativa usa a tese da reserva do possível, juridicamente válida e legalmente utilizada de forma lógica e correta ou apenas fundamento para se furtar das responsabilidades constitucionalmente estabelecidas?

Destaca o Tema 698 do Supremo Tribunal Federal que tratou da garantia do mínimo existencial nos casos de serviços a saúde, onde o Judiciário deve determinar que o Poder Executivo apresente planejamento e planos para execução das ações afirmativas visando a solução da problemática. Oriundo do julgado, a seguinte ementa: Ementa:

Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário com repercussão geral. Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Direito social à saúde. 1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina. 2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento. 3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador. 5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados. 6. Fixação das seguintes teses de



juízo: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”. (RE 684612, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 04-08-2023 PUBLIC 07-08-2023).

Discussões, respostas e questionamentos não se esgotaram na presente pesquisa, porém o Poder Judiciário busca a intervenção mínima em todos os casos, sem se furtar de suas responsabilidades, que não há outra escolha, visto que garantir os direitos fundamentais é competência de todos os poderes.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento para fornecimento de medicamentos que são registrados na ANVISA, os que constam na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) do SUS, estabelecendo uma linha de corte para a concessão.

Por derradeiro, cumpre mencionar entendimento recente do STF (Rcl 68.709 e Pet 12.928), decisão da lavra do ministro Gilmar Mendes em 27.08.2024, que determinou a suspensão de 13 decisões liminares que obrigavam o governo federal a comprar um medicamento de altíssimo custo. O medicamento solicitado encontra-se pendente de registro pela ANVISA. A União sustenta que o cumprimento de todas as decisões acarreta o montante de R\$ 252 milhões aos cofres públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É inegável que os direitos humanos vêm desenvolvendo-se de forma exponencial nos últimos anos, sendo reconhecido como fundamento base da sociedade e, como tal, superando não apenas as velhas e deterioradas constituições que os limitavam, mas muito mais que do que isso, supera as fronteiras dos países, estabelecendo-se nas relações internacionais com a importância que merece, pelo menos nas mesas de diálogo e de diplomacia.





Os objetivos da pesquisa foram alcançados, analisou-se e refletiu-se sobre a forma como a soberania foi aos poucos sendo mitigada pelo constitucionalismo, como do contrato social os cidadãos passaram de expectadores a protagonistas.

A emergência dos direitos sociais, como o direito à saúde, evidenciou-se o cenário em que é complexo, porém necessário, o equilíbrio entre o mínimo existencial e a reserva do possível, um desafio que frequentemente ocorre disputas entre as limitações financeira do Estado e a garantia de direitos.

Na pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, dos julgados realizados no ano de 2023, verificou-se tendência predominante na aplicação do mínimo existencial em detrimento da reserva do possível.

Assegurando as necessidades básicas dos cidadãos, principalmente as questões referentes ao direito à saúde, mesmo diante das limitações orçamentárias levantadas pela administração pública.

Esta abordagem demonstra um compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais, reconhecendo que a escassez de recursos não pode servir como justificativa para violação dos direitos fundamentais.

Como se observa, ainda que o Judiciário paraense, majoritariamente aplique o mínimo existencial como norte em suas decisões, os Tribunais Superiores, formatam e consolidam suas decisões sem desconsiderar a reserva do possível como fundamento em seus precedentes, o que conduz conclusivamente na presente pesquisa, sustentar-se a aplicação do mínimo existencial em cada caso concreto, no qual se demonstre a ausência de política pública que enseje o deferimento do direito à saúde, sua plausibilidade e sustentação jurídico-constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA [Constituição, 1949]. **Lei Fundamental Alemã**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BIANCHI, Bernardo. **Revolução: da anakyklosis à utopia liberal de Sieyès**. Lua Nova, São Paulo, 97: 107-137, 2016. Disponível em. Acesso em 26 abr. 2024.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone,





1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo, SP, Brasil: Malheiros Editores, 2016.

BRASIL [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República (2023). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 684612/RJ**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília. 03 de julho de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484369/false>. Acesso em 18 de agosto de 2024.

BRA|SIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 68.709 e Pet 12.928. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em stf.jus.br. Acesso em 31.08.2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CAPELARI JUNIOR, Saulo; BRITO, Tiago Domingues; BRITO, Jaime Domingues. **Mínimo existencial, desigualdade social e o princípio do não confisco: a justiça fiscal como instrumento para a efetivação da dignidade da pessoa humana**. In. **Direito tributário e financeiro I [Recurso eletrônico on- line] organização CONPEDI**. Coord. CUNHA, Carlos Renato; VITA, FEITOSA, Raymundo Juliano. Florianópolis, CONPEDI, 2023.

COSTA, Paula Martins da; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **A medicina baseada em evidências como suporte para a judicialização da saúde no Brasil**. In **Anais do I Congresso Internacional da Rede Ibero- Americana de Pesquisa em Seguridade Social**, n. 1, p. 301-324, outubro/2019. Disponível em <https://revistas.unaerp.br/rede/article/view/1668>, Acesso em 28 abr. 2024.

ESTADO DO PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**. Processo: 0813832-03.2023.8.14.0000. Preliminares. Chamamento à lide incompetência. Prejudicadas. Tratamento Cardíaco. Exame Médico. Omissão Administrativa. Reserva do Possível. Não Violação. Mínimo Existencial. Prevalência.





Comprovação. Satisfeito Critério. TEMA 793/STF. Seção de Direito Público. 21ª Sessão Ordinária. Relatora. Desembargadora Célia Regina Lima Pinheiro. 13 de dezembro de 2023.

ESTADO DO PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL. Processo: 0803019-66.2021.8.14.0070. Ação Civil Pública. Tratamento de Saúde. Realização de Cirurgia. Direito Fundamental à Saúde. Mínimo Existencial. Necessidade Comprovada. Sentença Procedente. Violação à Separação dos Poderes. Afastada. Sentença Confirmada. 1ª Turma de Direito Público. 36ª Sessão Ordinária. Plenário Virtual. Relatora. Desembargadora Célia Regina Lima Pinheiro. 30 de outubro de 2023 a 08 de novembro de 2023.

ESTADO DO PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Processo: 0806811-31.2018.8.14.0006. Apelação cível em ação civil pública de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada. Serviços de Saneamento básico. Pedido do Parquet para apresentar e executar projetos de saneamento básico com drenagem pluvial, sistema de esgoto e pavimentação asfáltica. Sentença que julgou improcedente o pedido diante da discricionariedade de administração e da separação dos poderes. Necessidade de reforma. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Existencial. Possibilidade do Judiciário determinar políticas públicas em casos excepcionais diante da inércia do executivo. Jurisprudência dos Tribunais superiores e desta Corte. Recurso de apelação conhecido e provido. 2ª Turma de Direito Público. Decisão Monocrática. Relator. Desembargador Luiz Gonzaga da Costa Neto. 12 de julho de 2022.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. [S.I]: Editorial Trotta, 2011, p. 71-167.

PORTUGAL [Constituição, 1976]. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 11 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

//

SIEYÉS, Emanuel Joseph. 1970. "Qu'est-ce que le Tiers Etat? ". In: ZAPPERI, R. (org.). Qu'est-ce que le Tiers Etat? Genève: Librairie Droz.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Fórum, 2010.





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1716133-RS (2020/0144647-3). Ministro Herman Benjamin. Publicado em 01/07/2021.

Disponível em

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20200144647&dt_publicacao=01/07/2021, Acesso em 25 de julho de 2024.

SCAFF, F. F. (2005). Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. VERBA JURIS - Anuário Da Pós-Graduação Em Direito, 4(4). Disponível em <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/vj/article/view/14814>. Acesso em 01 set. 2024.

