

NOVOS PARÂMETROS PARA O DIREITO À SAÚDE: A TELEMEDICINA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO PARA O SERVIÇO DE ATENDIMENTO DOMICILIAR E A REDUÇÃO DE GASTOS PÚBLICOS

Mariana Faci Hajzok Savio (IC) e Vinicius Pacheco Fluminhan (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie.

RESUMO

A presente pesquisa discorre sobre a reserva do possível no âmbito brasileiro, pautando-se, principalmente, na questão do direito à saúde no sistema único de saúde, que tem um programa voltado para a assistência residencial de idosos e pessoas com deficiência. Para isso, utilizou-se de uma abordagem qualitativa, realizada por meio de análise documental, na qual foram consultadas doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, dissertações e legislações com fulcro em fundamentar a proposta aqui delimitada. Assim sendo, a problemática se fundamenta em questionar: o uso de novas tecnologias permite a universalização do serviço de saúde, não obstante a escassez orçamentária? Há de se mencionar que a tecnologia tem ganhado diversos espaços, e, assim, pode ser pensada dentro do atendimento para dois grupos vulneráveis, quais sejam: idosos, e pessoas com deficiência. Por tal motivo é relevante trazer tal problemática, e, ainda, delimitar a questão orçamentária do Estado para lidar com esses custos, pois a própria Constituição Federal delimita que é possível relativizar o orçamento em alguns momentos, conforme é trabalhado nesta pesquisa. Ao final, é possível concluir que, de fato, diante da jurisprudência, para que o Estado alegue a teoria da reserva do possível é necessário haver a comprovação da insuficiência de recursos.

Palavras-chave: Saúde. Insuficiência de Recursos. Grupos Vulneráveis.

ABSTRACT

This research seeks to discuss the reserve of what is possible in the Brazilian environment, based mainly on the issue of the right to health in the unified health system, which has a program aimed at residential care for the elderly and people with disabilities. For this, a qualitative approach was used, carried out through document analysis, in which doctrines, scientific articles, jurisprudence, dissertations and legislation were consulted with the support point to support the proposal outlined here. Therefore, the problem is based on questioning whether the use of new technologies allows the universalization of the health service, despite the budget shortage. It is worth mentioning that technology has gained several spaces, so

that it can be thought within the attention to these two vulnerable groups, namely: the elderly and people with disabilities, so it is relevant to bring up the problem, and also, to delimit the State budget issue. to deal with these costs, since the Federal Constitution itself defines that it is possible to relativize the budget in some moments, as will be worked on in this investigation. In the end, it is possible to conclude that, in fact, given the jurisprudence, for the State to claim the theory of the reserve of the possible, it is necessary to prove the insufficiency of resources.

Keywords: Health. Insufficiency of Resources. Vulnerable Groups.

1. INTRODUÇÃO

A ideia da reserva do possível é, frequentemente, associada à alegação de insuficiência de recursos apresentada pelo Estado, como uma maneira de se eximir do cumprimento das suas obrigações diante do campo dos direitos sociais. Assim sendo, em muitos momentos o Estado invoca a cláusula da reserva do possível por não conseguir lidar com o orçamento. Destarte, ele deve realizar escolhas que estão previstas na própria Constituição Federal.

Diante de tal fato, a cláusula da reserva do possível tem sido, diversas vezes, criticada, vez que muitos doutrinadores argumentam que o poder estatal não pode trazer a ausência de disponibilidade financeira como fundamento, levando em consideração que cabe ao Estado implementar os direitos sociais — principalmente àqueles dispostos na Constituição Federal, como o direito à saúde.

É dentro deste contexto que se torna fundamental traçar algumas considerações sobre a reserva do possível no âmbito da saúde, e mais especificamente sobre o SAD, que atende a idosos e pessoas com algum tipo de deficiência. Assim sendo, a problemática se fundamenta em questionar: o uso de novas tecnologias permite a universalização do serviço de saúde, não obstante a escassez orçamentária?

O objetivo geral aqui delimitado é de analisar o Direito fundamental à saúde, a reserva do possível e a judicialização da saúde no sistema único de saúde, com a finalidade de avaliar se a escassez de recursos financeiros do Estado é a justificativa para a não implementação do Direito Fundamental à saúde no serviço de atendimento domiciliar (SAD). Como objetivos específicos foram traçados: analisar o conceito do direito fundamental à saúde, as suas garantias constitucionais e o seu contexto histórico; identificar o contexto fático da reserva do possível, a sua finalidade e parâmetros históricos; trazer uma análise jurisprudencial a respeito da questão.

Para a delimitação do tema, a pesquisa foi realizada pela abordagem qualitativa, utilizando-se de análise documental, por meio de doutrinas, jurisprudências, legislações, artigos científicos, etc.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O *direito à saúde* é um direito fundamental e garantidor da vida (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 15). Trata-se de direito social que corresponde às práticas prestacionais obrigatórias do ponto de vista do Estado, de zelo, cuidado e observância para com o cidadão. Como direito fundamental, a saúde deve ser garantida através de políticas

econômicas e sociais que busquem reduzir o risco de doenças e outros agravos. Além disso, o acesso às ações e serviços para a sua promoção deve ser igualitário e universal, sendo papel do Poder Público, nos termos do art. 197 da CF, dispor sobre a sua normatização, fiscalização e controle, ficando a cargo dele e de terceiros, seja pessoa física ou jurídica de direito privado, a sua execução (MORAES, 2018, p. 1144).

No Brasil, a assistência universal à saúde é prestada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei Federal n.º 8.080/1990, com o objetivo de cumprir o mandamento constitucional estampado no art. 196, que dispõe que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

A concepção moderna de saúde possui uma dimensão coletiva, permitindo a divulgação e a disseminação de práticas preventivas, corretivas e assistenciais nas mais diversas localidades, englobando o maior número de destinatários possíveis mediante a premissa da universalidade que norteia a garantia desse direito. O modelo assistencial contemporâneo não mais prioriza ações individuais, mas, sim, passa a visar à sociedade e às suas necessidades quanto à saúde pública (SILVA, 2018, p. 285).

Ao expressamente tornar a saúde um direito social, segundo os ensinamentos de Silva (2018, p. 286-287), a Constituição considerou esses direitos como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

A CRFB/1988 prevê que é dever do Estado garantir o direito à saúde por meio de políticas sociais e econômicas com vistas à redução do risco de doenças e outros agravos. Por esta razão, o acesso universal aos serviços de saúde deve se dar de forma igualitária, colocando em prática as ações e prestando os serviços que se fizerem necessários à proteção, promoção e recuperação da saúde do usuário.

2.2 PANORAMA GERAL SOBRE IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Segundo o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03), no seu art. 1.º, idosa é a pessoa cuja idade é igual ou superior a 60 anos. De acordo com a “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)”, realizada no 4.º semestre de 2019 pelo “Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”, o Brasil possui 210,1 milhões de habitantes, dos quais 34 milhões eram idosos, perfazendo 16,2% da população do país (IBGE, 2019).

Nesta perspectiva, segundo dados do Ministério da Saúde, 39,5% dos idosos no ano de 2018 possuíam alguma doença crônica, ao passo que 30% possuíam duas ou mais.

Destarte, 30% dos idosos no país, de acordo com o Ministério da Saúde, têm dificuldades para realizar atividades diárias (ESTATÍSTICAS E ANÁLISES, 2017).

Consoante estudo da Organização Mundial da Saúde divulgado em 2015, o número de pessoas idosas no país deverá ter um crescimento maior do que a média internacional. Isto porque, de um lado, há previsões de que até 2050 a quantidade de idosos duplicar-se-á no mundo; e, de outro lado, ela quase triplicará no Brasil. Isso significa que o percentual de idosos deve atingir a marca de 30% até meados do século (IBGE, 2019).

O envelhecimento da população traz à tona questões sobre a humanização da velhice, isto é, o envelhecer bem, não só no sentido biológico e estético, mas também no sentido de viver bem, de uma sociedade preparada para acolher e atender aos idosos da melhor forma, respeitando e assegurando os seus direitos e garantias, dentre os quais o direito à saúde — especialmente aos idosos dependentes.

O envelhecimento da população requer que sejam dadas respostas abrangentes no que se refere à saúde pública. As políticas que a envolvem devem caminhar no sentido de proporcionar um envelhecimento positivo servindo, ainda, para desfazer barreiras que limitam a participação social e as contribuições dos idosos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015).

Conforme se pode ver, os dados apontam para o crescimento da população, e, por esse motivo, espera-se que ocorram mudanças para que tais sujeitos possam viver de uma forma melhor, com acessibilidade e garantia de autonomia.

As pessoas com deficiência são definidas pela “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD)”, ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 6949/2009, como “[...] aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), tal convenção serve para reforçar o direito das pessoas com deficiência para alcançar “um alto padrão de cuidados com a saúde, sem discriminação” (OMS, 2011, p. 59).

Dados levantados pelo IBGE em 2019 dão conta de que há cerca de 45 milhões de pessoas que têm algum tipo de deficiência no Brasil, perfazendo um percentual de quase 25% da população brasileira (IBGE, 2019). Estas pessoas também gozam de maior expectativa de vida e proteção, especialmente após o movimento em prol da sociedade inclusiva. Ainda de acordo com o IBGE, cerca de 17 milhões de brasileiros possuem deficiência grave (IBGE, 2019).

Ainda de acordo com esses dados, calculados em milhões de habitantes entre as populações residentes por tipo de severidade de deficiência: de forma leve eram 29,2 por

deficiência visual, 7,5 por deficiência auditiva e 8,8 por dificuldade motora; de forma moderada eram 6,05 pela deficiência visual, 1,7 pela auditiva e 3,6 pela motora; e, no caso de incapacidade (ou seja, pela deficiência grave), os dados eram de 0,5 por deficiência visual, 0,3 por auditiva e 0,7 por deficiência motora (IBGE, 2019).

As pessoas com deficiência numa porcentagem de 18% vivem na extrema pobreza, ao passo que, no Cadastro Único, esse número vai para 54%, demonstrando que de fato há um alto índice de pobreza em relação a essas pessoas. Evidencia-se que elas, na sua maioria, vivem na região Norte e Nordeste, que são regiões que dispõem de menos acessibilidade (ROSTELATO, 2018, p. 158).

Ainda sobre alguns dados relevantes, “1,3% da população tem algum tipo de deficiência física e quase a metade desse total (46,8%) tem grau intenso ou muito intenso de limitações. Somente 18,4% desse grupo frequentam serviço de reabilitação” (VILLELA, 2015).

No mercado de trabalho há apenas 1% de pessoas com alguma deficiência. Nesta perspectiva, o restante dessa população passa a depender de benefícios do governo e também dos familiares (VERDÉLIO, 2017).

Outro fator que merece destaque diz respeito às doenças crônicas no país, sendo que, no Brasil, cerca de 52% das pessoas de 18 anos ou mais informaram que receberam algum diagnóstico de pelo menos uma doença crônica em 2019 — de acordo com o IBGE (2019).

As doenças crônicas são um dos maiores problemas de saúde pública do país e do mundo, existindo impacto direto na ocorrência de mortes prematuras, perda da qualidade de vida e o aparecimento de incapacidades, além de um elevado custo econômico para o sistema de saúde e para a sociedade.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA IDOSOS E DEFICIENTES

A Lei n.º 10.741 de 2003 dispõe sobre os direitos assegurados aos idosos, sendo, pois, um relevante instrumento normativo para salvaguardar e regulamentar os direitos deste importante grupo populacional que cresce a cada dia em razão do aumento da expectativa de vida.

Na redação do artigo 2.º da norma legal citada se destaca que:

[...] o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata este estatuto,

assegurando-se lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Do exposto, constata-se que o art. 2.º do Estatuto do Idoso ratifica o art. 5.º da Constituição Federal, que versa sobre direitos e garantias fundamentais do todo cidadão brasileiro. Este artigo vai além da norma constitucional, pois prevê especificamente os interesses dos idosos, sendo diversos, embora não passíveis de generalização já que a população idosa apresenta níveis de dependência e necessidades distintos.

Constata-se, pois, que o Estatuto do Idoso estabelece quais são as prioridades absolutas que devem ser consideradas na proteção ao idoso, prevendo novos direitos e mecanismos protetivos, assegurando, principalmente, a inviolabilidade e o seu bem-estar físico, psíquico e moral.

O Decreto n.º 3.298/1999 veio estabelecer o direito à saúde, bem como a habilitação e reabilitação do portador de deficiência, dando incumbência à Administração Pública de promover, em relação às pessoas com deficiência, ações preventivas com o fim de garantir-lhes o bem-estar.

Assim, conforme a OMS (2011), desde os anos 1970 as respostas à deficiência têm se adaptado à realidade para impedir a exclusão, a discriminação e a má interpretação do que vem a ser as deficiências existentes. Tudo isso, estimulado pelas próprias pessoas portadoras de deficiência, pela comunidade médica e pela população em geral, ampliando a tendência de compreender a deficiência como uma questão de direitos humanos.

No ano de 2015 surgiu a Lei n.º 13.146, que estabeleceu uma série de artigos relativos à inclusão da pessoa com deficiência, dispondo de uma série de direitos para tais sujeitos, bem como uma série de deveres ao poder público, aos órgãos privados e à própria sociedade.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SUAS MODALIDADES DE ATENDIMENTO

A Lei n.º 8.080/1990, que criou e deu as diretrizes do Sistema Único de Saúde, atua juntamente com outras legislações que complementam as questões referentes ao direito à saúde da população. Muitas dessas leis existem para efetivar políticas públicas governamentais para, cada vez mais, aprimorar a assistência à saúde dos brasileiros.

Uma dessas legislações é a Lei n.º 8.842/1994, que estabelece a Política Nacional do Idoso, que tem o intuito de implantar e desenvolver as modalidades de atendimento para

esse grupo. No âmbito estadual, existem portarias que disciplinam sobre instituições hospitalares e centros de assistência à saúde integral dos idosos. Segundo Aquino e Benito (2016, p. 142), essas políticas públicas também visam a “proporcionar um crescimento e participação em todo o contexto social em que esse idoso possa estar inserido”.

Assim, no que se refere às modalidades específicas de atendimento aos idosos, pode-se mencionar o atendimento hospitalar, domiciliar, ambulatorial, humanização, asilar, pré-hospitalar e odontológico (AQUINO; BENITO, 2016).

O atendimento domiciliar é uma modalidade que está crescendo cada vez mais, pois muitos familiares de pessoas idosas preferem mantê-las próximas e sob o seu cuidado supervisionado. Por outro lado, há também os idosos, que, justamente por motivos de saúde, encontram-se impossibilitados de ir até um local de atendimento público — por isso dependem do atendimento domiciliar para receber os cuidados necessários.

No que se refere às pessoas com deficiência, o Decreto n.º 3.298/1999 veio estabelecer o direito à saúde, bem como a habilitação e a reabilitação do portador de deficiência. Os órgãos e as entidades que integram a Administração Pública Federal direta e indireta, responsáveis pela saúde, têm a incumbência de promover, em relação às pessoas com deficiência, ações preventivas com o fim de garantir-lhes o bem-estar, incluindo o fornecimento de medicamentos, tratamento ambulatorial e domiciliar, além dos equipamentos de que necessitem para a manutenção da sua saúde (ROSTELATO, 2018, p. 134).

Em 2012, o Ministério da Saúde criou a “Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência”: uma iniciativa que promove ações para prevenir e identificar, de forma precoce, deficiências desde antes do nascimento até a fase adulta, promovendo atenção à saúde com o intuito de oferecer serviços de inclusão, habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência nas áreas de audição, física, intelectual, ostomia, visual e múltiplas deficiências (PACHECO, 2019).

Os serviços da Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, e, segundo dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), contam atualmente com diversos tipos de atendimentos e estruturas, dentre elas: “228 Centros Especializados em Reabilitação (CER), além de 37 oficinas ortopédicas, 259 Serviços de Reabilitação em modalidade única, 293 veículos adaptados e mais de 36,7 milhões de procedimentos relacionados a Órteses, Próteses e Meios Auxiliares de Locomoção (OPM)” (PACHECO, 2019). Além disso, as equipes são formadas por multiprofissionais de diversas especialidades, como médicos, fonoaudiólogos, oftalmologistas, enfermeiros, psicólogos, etc.

As modalidades de atendimento às pessoas com deficiência se assemelham às aquelas ofertadas aos idosos, tais como consulta médica, exames básicos, procedimentos de enfermagem, tratamento odontológico, visita dos agentes de saúde e distribuição de medicamentos. Isto é, englobam as modalidades hospitalares, domiciliar, ambulatorial, humanização, pré-hospitalar e odontológico. Além disso, conforme Bittencourt (2015), dadas as especificidades das deficiências, esse grupo de pessoas tem acesso ao encaminhamento para atendimentos mais complexos, terapias, assistência especializadas de média e alta complexidade, reabilitação, próteses, órteses e materiais auxiliares que ajudem na locomoção.

Tratando especificamente do atendimento domiciliar, tanto para idosos quanto para as pessoas com deficiência, em 2011 foi criado o “Serviço de Atendimento Domiciliar (SAD)”, pela Portaria n.º 2.029/2011, e representou um marco na legislação sobre o processo de estruturação da atenção domiciliar por referi-la como uma modalidade de atenção que deveria ser prestada por equipes multidisciplinares (compostas por médicos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos e terapeutas ocupacionais) que atendem pelo Sistema Único de Saúde (SUS). É um serviço assegurado ao portador de deficiência física grave, nos termos do disposto no art. 2º, inciso 11, alínea "e", da Lei n.º 7.853/1989, combinado com o artigo 16, inciso V, do Decreto n.º 3.298/1999.

O SAD foi implantado nos modernos preceitos de atendimento global, possuindo como características o suporte humano e social fora das fronteiras da instituição de saúde e hospitalar, caracterizando-se por ser um conjunto de ações de promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação prestada em domicílio, com a garantia da continuidade dos cuidados, sendo uma parte integrada às redes de atenção à saúde. De acordo com o artigo 6.º da Portaria do SAD:

Art. 6.º São requisitos para que os Municípios tenham SAD:

I - apresentar, isoladamente ou por meio de agrupamento de Municípios, conforme pactuação prévia na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e, se houver, na Comissão Intergestores Regional (CIR), população igual ou superior a 20.000 (vinte mil) habitantes, com base na população estimada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

II - estar coberto por Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192); e

III - possuir hospital de referência no Município ou região a qual integra.

Parágrafo único. Nos Municípios com população superior a 40.000 (quarenta mil) habitantes, a cobertura por serviço móvel local de atenção às urgências diferente do SAMU 192 será, também, considerada requisito para a implantação de um SAD (BRASIL, 2013).

Conforme se observa pela portaria supramencionada, nem todos os Municípios terão acesso ao SAD, ou seja, a cidade deve apresentar algum tipo de isolamento, assim como deve estar coberta pelo SAMU e também ter hospital de referência.

Outro ponto importante para que seja implementado o SAD é que a população deve ser igual ou superior a 20.000 (vinte mil habitantes), havendo, ainda, requisitos específicos para aqueles municípios que possuem mais de quarenta mil habitantes. Assim, pode-se perceber que existem requisitos claros para que um município possa ter um SAD.

3.1 DISCREPÂNCIAS REGIONAIS QUANTO À REDE DE ATENDIMENTO E COBERTURA DO SUS

Existe certa discrepância, entre o atendimento e a cobertura do SUS, a depender da região: existem locais nos quais o atendimento se torna mais efetivo, por existirem mais unidades de saúde próximas à população, ao passo que, em algumas regiões, a rede de atendimento se encontra distante (SCHEFFER, 2020).

De acordo com o relatório de demografia médica no Brasil (2020), evidencia-se que em regiões do Norte e Nordeste o acesso médico é menor, visto que a distribuição de médicos nessas localidades tem uma menor taxatividade do que em locais com grandes centros – como no Sul e no Sudeste do país.

Outro fator a ser mencionado se refere às tecnologias dentro do SUS, que estão mais concentradas nos grandes centros do Sul e do Sudeste. Assim, por exemplo, leitos de UTI e equipamentos essenciais para o tratamento de determinadas doenças (como o câncer) se encontram em menor quantidade nas regiões Norte e Nordeste. Além disso, a população do Norte e do Nordeste, quase na sua maioria (cerca de 90%) dependem integralmente do SUS para os cuidados com saúde. Trata-se de um número elevado de pacientes a ser atendido (SCHEFFER, 2020).

Diante de tais questões, as novas tecnologias podem auxiliar na expansão do direito fundamental à saúde. Por exemplo, o atendimento por meio da telemedicina se torna algo eficiente, visto que, em locais nos quais (muitas vezes) os médicos não chegavam, pelo meio virtual se torna possível de dar diagnósticos e realizar uma consulta com o paciente, contando ainda com o fato de que reduz custos, aumenta o acesso aos cuidados e facilita o tratamento.

3.2 USO DE NOVAS TECNOLOGIAS PARA A EXPANSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A utilização de novas tecnologias tem possibilitado o aumento de atendimentos na rede de saúde, promovendo de forma mais efetiva a expansão do direito fundamental à saúde. Dentro deste aspecto, merece destaque a própria questão da telemedicina.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a telessaúde é a modalidade de atendimento do paciente à distância por intermédio da utilização de tecnologias da informação. Já para Weinstein (ALBUQUERQUE; ARIMATEA; ELER, 2021), telessaúde é o guarda-chuva que abarca a telemedicina, a telenfermagem e a telefarmácia. Assim sendo, todas essas modalidades de provisão de serviços de saúde são modos de interação humana que visam ao diagnóstico e ao tratamento de enfermidades.

Quanto à telemedicina existe a seguinte conceituação:

[...] a provisão de serviços de cuidados em saúde, nos quais a distância é um fator crítico, pelos profissionais de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação para trocar informações válidas sobre diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças e de agravos (WHO, s.d).

No Brasil, a Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020, foi disciplinada para dispor sobre o uso da telemedicina durante a crise ocasionada pelo coronavírus. Ela trouxe a seguinte redação: “Art. 3.º Entende-se por telemedicina, entre outros, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde” (BRASIL, 2020).

É salutar apresentar um fator interessante: há registros da existência da telemedicina desde as décadas de setenta e oitenta, e foi efetivada principalmente em contextos de surto, como de Zika e de MERS-CoV. No entanto, foi a situação da pandemia do COVID-19 que reforçou a sua disseminação, tornando-a comum na relação de interação entre o profissional de saúde e os pacientes (ALBUQUERQUE; ARIMATEA; ELER, 2021).

No Brasil, até antes da Lei de 2020, somente vigorava uma resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a prática de Telemedicina, de modo que a Lei n.º 13.989 foi um grande avanço no que se refere à questão.

Cumprir dispor que há uma série de benefícios da telemedicina para os pacientes, como: o engajamento dos familiares na consulta, benefícios na melhora da qualidade de vida de pacientes sem chance de cura do câncer, redução de custos e tempo de atendimentos, assim como o fornecimento e acesso rápido a informações dos pacientes.

Há de ressaltar que a legislação que rege a telemedicina durante a pandemia traz a seguinte redação no seu art. 5.º -A:

Art. 5ºA prestação de serviço de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado, não cabendo ao poder público custear ou pagar por tais atividades quando não for exclusivamente serviço prestado ao Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2020).

Nesta perspectiva, resta claro que o médico, ainda que esteja prestando o serviço de forma virtual, permanece com a obrigatoriedade de seguir os padrões éticos e normativos do atendimento presencial.

Alguns dados que demonstram a importância da telemedicina durante a pandemia são dispostos a seguir:

Entre 2020 e 2021, mais de 7,5 milhões de atendimentos foram realizados, por mais de 52,2 mil médicos, via telemedicina no Brasil. 87% deles foram das chamadas primeiras consultas, evitando as famosas idas desnecessárias e permitindo identificar através de exames a necessidade de um atendimento em uma unidade hospitalar (ALBUQUERQUE; ARIMATEA; ELER, 2021).

A possibilidade do uso da telemedicina fez com que se aumentasse o número de pessoas atendidas em todo o país, ampliando o acesso à assistência à saúde. É salutar apresentar, também, que além do volume de consultas atendidas houve cerca de 91% de resolução da situação, sendo 1% destes atendimentos essenciais para o salvamento de vidas.

Assim sendo, diante do exposto, resta muito claro que, de fato, a utilização das novas tecnologias, principalmente da telemedicina no atendimento de idosos e pessoas com deficiências, acarreta um maior acesso ao direito fundamental da saúde.

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

4.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

A ideia da reserva do possível se encontra de forma frequente interligada com a alegação de insuficiência de recursos do Estado como um meio de se eximir do cumprimento das suas obrigações no âmbito dos direitos sociais. Com isso, a invocação da reserva do possível seria vista como uma escusa pelos entes estatais no sentido de não realizar a concretização de certos direitos sociais.

4.1.1 Uma análise histórica da expressão “reserva do possível”

A “reserva do possível” teve a sua utilização, pela primeira vez, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento proferido em 18 de julho de 1972, em que se analisou a constitucionalidade, em controle concreto de normas de direito estadual, que normatizavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Baviera e Hamburgo nos anos de 1969 e 1970 — estabeleceu-se, devido ao exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, limites absolutos de admissão (SCAFF, 2005).

Nessa perspectiva, tais restrições de acesso ao ensino superior passaram a ser questionadas diante do Tribunal Constitucional Alemão. Os argumentos utilizados eram de que o direito de admissão ao curso universitário estava interligado com o direito à livre escolha da profissão e do local de ensino, associando-se aos princípios da igualdade e do Estado social; porém, na decisão, o Tribunal entendeu pela possibilidade de restringir o acesso aos cursos de medicina, pois, para eles, os direitos sociais de participação em benefícios estatais estão sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, de forma racional, exigir da coletividade.

É interessante observar que a decisão supramencionada referiu-se também à capacidade financeira estatal. Veja-se:

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade (SCHWABE, 1998, p. 664).

Com isso, o Tribunal alemão trouxe que as admissões seriam de fato constitucionais, mas deveriam atender a determinados pressupostos; assim, exigia-se que as restrições, veiculadas por intermédio da lei ou base na mesma, fossem fixadas somente nos limites do estritamente necessário, posterior à utilização de toda a capacidade do ensino existente e, então, a escolha e a distribuição das vagas ocorressem de acordo com critérios racionais, de modo que os candidatos deveriam ter igual chance e possibilidade ao ensino superior (BUCCI, 2006).

Diante do exposto é possível compreender que a reserva do possível serviria como uma forma de limitar as pretensões dos indivíduos, no que se refere aos direitos sociais de participação em benefícios estatais, com fundamento em um critério de proporcionalidade.

4.1.2 O limite orçamentário

Há um limite do orçamento, que se trata da expressão utilizada pelos economistas, que pode ser entendido como o processo que se pretende organizar os gastos e investimentos do planejamento do setor público, que serão realizados com fundamento nos recursos disponíveis para que a implementação se torne tanto eficaz quanto eficiente (ARELLANO, 2017).

Cumprе ressaltar que o limite orçamentário deve compreender as prioridades da administração pública federal, e deve seguir também o princípio público da transparência pública, para que seja comparado o valor da despesa com o valor disponível.

O limite orçamentário está, de forma direta, interligado à efetivação dos direitos fundamentais, ao ponto de que os recursos financeiros são necessários à execução de tais garantias. No entanto, existe carência de recursos, exercendo o seu papel pelo princípio da razoabilidade (OLSEN, 2011).

Nos casos da existência da escassez moderada, que ocorre quando não há recursos e os benefícios resultam da cooperação social, a solução seria o sistema de preços.

Destarte, desse pensamento, depreende-se que, mesmo quando houver uma prestação razoável, o Estado somente precisará estar obrigado de forma oficial se forem necessários os recursos, ingressando nessa temática a terminologia da reserva do financeiramente possível (SILVA, 2016).

Justamente por questões de prioridades e escolhas para a distribuição dos recursos disponíveis é que se almeja, então, atingir as necessidades e os interesses individuais, de maneira que essa distribuição compete ao Estado de Direito e ao Legislador democrático.

4.1.3 O princípio da reserva do possível

A prestação dos serviços de saúde pelo Estado, com qualidade e efetividade, tem se tornado algo que, em muitos momentos, tem sido marcado pelas dificuldades econômicas. Ou seja, a situação financeira e orçamentária dos órgãos públicos esgota os recursos destinados à saúde pública. Destarte, ainda assim são condenados a custear medicamentos ou tratamentos médicos além das suas possibilidades (ARELLANO, 2017).

Nesses parâmetros, pode-se afirmar que a reserva do possível, quanto à possibilidade financeira do Estado, consubstancia-se na disponibilidade de recursos

materiais para cumprimento de eventual condenação do poder público na prestação de assistência.

A ideia principal desse princípio é a destinação de todo o possível para atender aos direitos fundamentais do indivíduo até o seu esgotamento; porém, com o objetivo de evitar que se coloque em risco o orçamento público, não se trata somente da negativa do Estado em cumprir os direitos ou negar direitos aos cidadãos, mas, também, de limitar o que não há condições de atender (SILVA, 2016).

Destarte, torna-se relevante trazer que deve ocorrer uma ponderação quando da efetividade e da aplicação dos direitos fundamentais, sedo que o princípio da proporcionalidade também precisa estar presente para que se evite que um deles seja considerado mais absoluto e ilimitado que o outro.

Nessa perspectiva, merece destaque o fato de que o Poder Judiciário tem buscado, como garantia ao cumprimento legal da norma, compelir o Estado a prestar os serviços necessários. A título demonstrativo observa-se a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL — MANDADO DE SEGURANÇA — MEDICAMENTO — FORNECIMENTO GRATUITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A AMPARAR A PRETENSÃO AUTORA. IMPETRANTE. PORTADORA DE MOLÉSTIA GRAVE. DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DEVER DO ESTADO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE — SEGURANÇA CONCEDIDA. PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO UNÂNIME BRASIL (Tribunal de Justiça de Pernambuco . – AG 0013102-27.2012.8. 17.0000 – 3.^a CDPúb. – Rel. Des. Luiz Carlos Figueiredo – DJe 30.07.2012).

Analisando a questão do fornecimento de medicamentos, torna-se interessante discorrer acerca do fato de que a prestação de medicamentos ao cidadão é dever do Estado, mesmo que o preço seja elevado, para que se cumpra o dever constitucional de concretizar o direito à saúde dos seus cidadãos, adotando melhores medidas.

Também merece destaque o fato de que não existe qualquer óbice ou impedimento ao Estado no que se refere à utilização do princípio da reserva do possível na sua defesa; porém, a sua aplicabilidade e a sua eficácia não podem ser confundidas com a tentativa de se esquivar dos serviços públicos, justificando-se na indisponibilidade orçamentária.

Pelas discussões até aqui traçadas, pode-se afirmar que o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos se encontra alicerçada no efetivo cumprimento da norma legal constituinte.

4.2 RESERVA DO POSSÍVEL EM PERSPECTIVA

A aplicabilidade do princípio da reserva do possível tem sido vista com relação aos vários direitos garantidos constitucionalmente, não se limitando ao que poderia parecer, a uma primeira vista, às questões relacionadas ao direito à saúde — no entanto, o debate neste campo se revela mais visível.

A efetivação do direito à saúde pelo Estado ocorre por meio do SUS, órgão que é descentralizado, com competências distintas e direções únicas em cada esfera do governo. Nesta perspectiva, em diversos momentos o Estado busca se utilizar do argumento do princípio da reserva do possível, que se trata da disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do poder público (SILVA, 2016).

Há, de fato, adeptos. Todavia, a doutrina e a jurisprudência tem se curvado para outra linha: a do mínimo existencial. Assim, os direitos básicos das pessoas devem ser efetivados sem a intervenção, para além desse piso, nos parâmetros da capacidade/necessidade.

Dentro de tal aspecto, o princípio do mínimo existencial estará atrelado ao princípio da dignidade humana e garantirá que a reserva do possível somente seja acolhida se o poder público demonstrar, de forma suficiente, que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais (RIBEIRO, 2013). Porém, quando o sujeito sentir que o seu direito como cidadão foi violado, ele poderá ingressar no Poder Judiciário, fazendo valer a aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e as garantias fundamentais.

4.3 CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO IMPEDIMENTO DA IMPLEMENTAÇÃO DO SAD PARA IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A teoria da Reserva do Possível ingressou no ordenamento pátrio interpretada de forma única, como reserva do financiamento possível, sendo considerada como um limite à concretização dos direitos fundamentais sociais, tão apenas à existência ou não de recursos públicos disponíveis.

Nesses parâmetros, tem-se que, em razão da realidade econômica e social, tal teoria tem sido utilizada como óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais, em face da limitação do Estado em dispor de recursos financeiros suficientes para implementá-los. Assim sendo, devido à ausência de condições financeiras de garantir de forma integral todos os direitos fundamentais sociais, cabe ao Estado realizar escolhas, estabelecendo as

prioridades e os critérios a serem devidamente seguidos por intermédio da implementação de políticas públicas (KRELL, 2002).

Cabe à administração pública, tendo em vista o caso concreto e aqueles direitos conflitantes, buscar compatibilizá-los, procedendo a uma análise interpretativa que leve em conta questões de hierarquização desses direitos, fazendo prevalecer os direitos vistos como de maior relevância naquele momento.

Há de mencionar que a reserva do possível apenas pode ser invocada quando restar de forma objetiva e comprovada que inexistem recursos financeiros para a realização de um determinado fim (KRELL, 2002). Por este motivo, levando em consideração a relevância da concretização dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível deve ser rechaçada quando for invocada como o objetivo de afastar a obrigatoriedade de efetivação dos referidos direitos pelo Estado.

Destarte, o que se verifica dentro do sistema brasileiro é um completo descaso com a efetividade dos direitos sociais, sendo notado pelo mal planejamento das verbas do Estado, conjuntamente com a criação de políticas públicas que se tornam insuficientes para atender a demanda da sociedade brasileira, tendo, ainda, a questão da corrupção muito presente (KRELL, 2002).

Dentro de todo o recorrido até aqui, passa-se a determinar que, em primeiro ponto, para que a reserva do possível seja acolhida ela deve ser alegada e devidamente comprovada pelo Poder público. Assim sendo, a simples negativa de implementação do SAD para idosos e pessoas com deficiência, com única desculpa de reserva do possível, não deve ser aceita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou traçar uma série de considerações a respeito da reserva do possível com foco na questão do direito à saúde e do SAD para atendimento domiciliar a idosos e pessoas com deficiência.

Num primeiro momento foi possível observar que o direito à saúde é um direito social e está interligado, de forma direta, ao próprio princípio da dignidade humana. Nesses parâmetros, o sistema único de saúde se torna um mecanismo para efetivar tal direito, segundo o qual foram criados programas e políticas públicas (como o SAD) para ampliar o acesso à saúde.

O poder estatal, em alguns momentos, pode alegar a teoria da reserva do possível, ao dispor que não possui recursos para efetivar as políticas públicas. Porém, para que tal tese seja acatada é relevante que o Estado demonstre que de fato não possui capacidade orçamentária.

Com todo o exposto, pode-se concluir que, de fato, a alegação de que a simples reserva do possível e a indisponibilidade de recursos financeiros não pode ser utilizada como óbice para efetivar a garantia ao direito à saúde — incluindo, nesse contexto, o SAD para atendimento domiciliar a pessoas idosas e deficientes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; ARIMATEA, Gustavo; ELER, Kalline (Coord.). **Telemedicina e direitos dos pacientes**. Observatório direitos dos pacientes. 1. ed. Juiz de Fora, MG: Kalline Carvalho Eler, 2021. Disponível em: <<https://ibdpac.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Telemedicina-e-Direito-dos-Pacientes.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2022.

AQUINO, Eduardo Barros de. BENITO, Linconl Agudo Oliveira. Modalidades assistenciais de atendimento ao idoso: revisão da literatura. **Universidade de Ciências da saúde**, Brasília, v. 14, n. 2, p. 141-152, dez. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328>>. Acesso em: 08 ago. 2022.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1 n. 1, out./dez. 2010.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE e CORDE abrem encontro internacional de estatísticas sobre pessoas com deficiência**. CENSO 2019. Disponível em: <<https://censo2019.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=438&t=ibge-corde-abrem-encontro-internacional-estatisticas-sobre-pessoas-deficiencia&view=noticia>>. Acesso em: 08 ago. 2022.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. In: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília, DF, set. 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 21 ago. 2022.

PACHECO, Sílvia. **SUS de todos: rede para a pessoa com deficiência atende todo o país**. CONASS, 23 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/sus-de-todos-rede-para-a-pessoa-com-deficiencia-atende-todo-o-pais/>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário. **Revista do Senado Federal**, a. 50, n. 199, p. 25-33, 2013.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Juruá. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, p. 151. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**, São Paulo: Konrad Adenauer – Stiftung, 1998.

SILVA, A. F. da. **Reserva do possível no Supremo Tribunal Federal**: uma expressão enigmática. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

WHO. **Telemedicine**: opportunities and developments in Member States: report on the second global survey on eHealth. Disponível em: <https://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

Contatos: marianafaci@gmail.com e vinicius.fluminhan@mackenzie.br