

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVA GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE

ANDRÉ ARBEX LOURENÇO

**Rio de Janeiro
2020 / PRIMEIRO SEMESTRE**

ANDRÉ ARBEX LOURENÇO

A JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVA GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Daniel Capecci Nunes, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro

2020 / PRIMEIRO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

LL892j Lourenço, André Arbex
A judicialização como efetiva garantidora do
direito à saúde / André Arbex Lourenço. -- Rio de
Janeiro, 2020.
64 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Judicialização. 2. Efetivação do Direito
à Saúde. 3. Poder Judiciário. I. Nunes, Daniel
Capecchi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANDRÉ ARBEX LOURENÇO

A JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVA GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Daniel Capecci Nunes, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020 / PRIMEIRO SEMESTRE

Dedico este trabalho à Deus, por sua inigualável presença em minha vida e seu amor incondicional; àqueles que, de algum modo, contribuíram para minha formação como acadêmico e como pessoa; e a todas as pessoas que perderam suas vidas em virtude da pandemia do Covid-19, seus familiares, amigos e entes queridos.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo incomparável e incessante esforço em me tornar cada dia melhor, ensinando os caminhos da retidão, do amor ao próximo, da sensatez e da compreensão.

Aos meus queridos amigos e amigas, por tornarem minha existência mais alegre, feliz e vívida.

Ao meu orientador, pelo trabalho de ensinar, corrigir, apoiar e motivar no presente trabalho, sempre demonstrando profissionalismo e conhecimento.

Aos docentes e funcionários da Faculdade Nacional de Direito (FND – UFRJ), os quais me ensinaram o Direito com maestria ímpar, expondo tanto sua face técnica quanto humana.

À Faculdade Nacional de Direito (FND – UFRJ), por ser, em seu todo, um ambiente plural e aberto no qual o conhecimento científico se une ao cerne de humanidade, buscando atender e expor as demandas sociais de forma íntegra, correta, justa e eficiente.

*Não é sinal de saúde estar bem
adaptado a uma sociedade doente.*

Jiddu Krishnamurti

RESUMO

O presente trabalho aborda o fenômeno da judicialização do direito à saúde, o qual vem sendo verificado em virtude do aumento de demandas judiciais relativas ao tema e é resultado da omissão estatal em assegurar, através do Sistema Único de Saúde (SUS), acesso universal e integral a essa garantia constitucional. Adotando a perspectiva de que a falha do Estado como garantidor do direito fundamental à saúde causa enormes danos, busca-se expor que o Poder Judiciário é a instituição de transformação positiva da realidade social verdadeiramente apta a suprir tal deficiência e garantir sua efetivação, sendo a forma mais viável para que os cidadãos possam ter respeitadas suas prerrogativas constitucionais atinentes à saúde.

Palavras-chave: Judicialização; Direito à saúde; Omissão estatal; SUS; Garantia constitucional; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present work addresses the phenomenon of the judicialization of the right to health, which has been verified due to the increase in judicial demands related to the theme and is the result of the state's failure to ensure, through the Unified Health System (SUS), universal access and integral to this constitutional guarantee. Adopting the perspective that the failure of the State as a guarantor of the fundamental right to health causes enormous damage, it seeks to expose that the Judiciary Power is the institution of positive transformation of the social reality truly able to supply such deficiency and guarantee its effectiveness, being the more viable way so that citizens can have respected their constitutional prerogatives regarding health.

Keywords: Judicialization; Right to health; State omission; SUS; Constitutional guarantee; Judicial power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
2.1	O Sistema Único de Saúde: previsão legal e estrutura	17
2.2	A problemática envolvida no fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde	22
2.3	Competência solidária entre os entes federativos para tutelar o direito à saúde	25
3	A INEFICIÊNCIA E OMISSÃO DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE	27
3.1	Conceito de “mínimo existencial” e direito à saúde	28
3.2	A “reserva do possível” e sua utilização incorreta pelo Poder Público	34
3.3	Análise doutrinária e jurisprudencial do conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” sob a ótica do direito à saúde	38
3.4	A concessão judicial de medicamentos não previstos pelo Sistema Único de Saúde	44
4	A JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVA GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE	49
4.1	A Judicialização como última (e mais eficaz) via para a concretização do direito à saúde	53
4.2	A decisão judicial e sua possibilidade de cominar sanções ao ente público em caso de descumprimento	55
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, os direitos fundamentais sempre fomentaram debates de extrema relevância social. Desde a Revolução Francesa, surgiram diversas dimensões desses direitos, as quais tinham como foco, em momento inicial – primeira geração -, a garantia de direitos civis e políticos, exigindo uma prestação negativa do Estado, pautada pela não intervenção na vida privada do indivíduo. Nessa toada, como bem salienta Scalquette¹ (2004, p. 3),

os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo.

Posteriormente, após a Primeira Grande Guerra, verificou-se uma profunda deterioração do quadro social, levando ao surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, exigindo uma atuação positiva do Estado como garantidor e responsável pela concretização de um ideal de vida digno na sociedade. Na concepção trazida por Novelino² (2009, p. 363), “ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.”

Nesse sentido, é relevante tecer que se insere, dentre as vertentes dos direitos de segunda geração, o direito à saúde. A esse respeito, cumpre, preliminarmente, esclarecer tal integração, expondo, conforme entende Masson³ (2016, p. 194), que

os direitos de segunda geração - normalmente traduzidos enquanto direitos econômicos, sociais e culturais - acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São, usualmente, denominados "direitos do bem-estar", uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais. Para tanto, exigem do Estado uma atuação positiva, um fazer (daí a identificação desses direitos enquanto liberdade positivas), o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais, do cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado, tais como: saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social.

¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 3.

² NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo : Método, 2009, p. 363.

³ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 194.

A partir da referida conceituação base é que se extrai e se propõe o compromisso preliminar de investigar o direito à saúde do ponto de vista da sua efetivação e quais os mecanismos para tal.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a necessidade de definir, com clareza, o que se entende por “saúde”, para só então tratar dos métodos disponíveis para que o Estado a garanta com efetividade, afinal, em que pese a carga coercitiva decorrente da positivação desses direitos, é ainda mais relevante verificar sua aplicabilidade prática do cenário brasileiro.

Ao longo do tempo, a saúde teve diversas conceituações, tendo concepções pautadas pela religiosidade e pela mera ausência de doença (modelo biomédico). Contudo, no período pós-guerra surgiu a necessidade de reconhecer a saúde não somente em seu aspecto biológico, mas também em sua perspectiva positiva, concernente em um estado de bem-estar físico, mental e social integrado.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que tal conceituação tem grande relevância jurídica, pois traduz o objetivo precípua a que se presta o direito à saúde, qual seja, o de funcionar como mecanismo que pauta (e obriga) a intervenção do Estado no sentido de promover os supracitados tipos de bem-estar à sociedade. A esse teor, relevante exposição é trazida por Vendrame e Moreno⁴ (2011, p. 7):

O bem-estar físico, mental e social em sua integralidade jamais pode ser alcançado pelo ser humano isoladamente, porquanto não ser de sua exclusiva competência o gozo real de tais prerrogativas da saúde, vislumbrando-se a imprescindibilidade de intervenção estatal para tanto.

Nesse limiar, é preciso esclarecer que a Administração Pública, assim considerada em sua integralidade, está vinculada ao cumprimento dos direitos sociais, em especial - como aqui se analisa - do direito à saúde. Tal vinculação emerge e se reforça à medida que não há qualquer margem de discricionariedade ao Estado no que tange à oportunidade ou conveniência da realização em si desses direitos, mas, tão somente, à possibilidade de definição das diretrizes com que vai atuar, isto é, escolhendo a forma que julga mais benéfica para cumprir a referida

⁴ VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa Leão. (Org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. 1. ed. Birigui : Boreal, 2011, p. 7.

obrigação, a qual é resultante da finalidade constitucional. Assim, é exigido que o Poder Público se atente à efetividade e observância completa desses direitos, materializando-os no plano concreto.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer que a forma que o Estado escolhe para sanar as deficiências sociais das quais há imposições constitucionais que pairam sobre ele se traduzem em políticas públicas, sendo cada uma direcionada a uma demanda pontual e específica.

Contudo, por diversos fatores, tais como ineficiência e corrupção, há muitas falhas na atuação do Poder Público, seja pela ausência de formulação de tais políticas com o viés de cumprimento dos comandos constitucionais, seja por sua inaplicabilidade e inefetividade prática. Assim, tal deficiência se mostra visível na sociedade brasileira, atestando a infeliz concepção de que muitos desses direitos são, na visão de Oliveira⁵ (2012, p. 105), “mais utopia que realidade”.

Nesse sentido, restando evidente a incapacidade na concretização de políticas públicas e o conseqüente desrespeito aos direitos sociais, de modo geral, iniciou-se uma movimentação de aclamação ao Poder Judiciário para que, através de sua função de aplicador da lei, exija dos Poderes Legislativo e Executivo (principalmente deste último) o cumprimento das disposições normativas sociais. Desse modo, diante da omissão dos demais poderes frente aos direitos e garantias fundamentais sociais, resta ao Poder Judiciário uma atuação de orientação do texto constitucional, não podendo este permanecer como figura neutra em face de tão grave infração de direitos trazidos pelo Carta Magna.

Diante do exposto, é válido explicitar o que sintetiza – com sabedoria ímpar - Oliveira⁶ (2012, p. 106):

Para tanto, é imprescindível que o Poder Público tome uma posição ativa no que se refere à efetivação das políticas públicas, não somente legislando programaticamente, mas se mostrando como um agente social efetivo na implementação da igualdade substancial. E, como o Poder Executivo não se mostra apto para tal tarefa, cumpre ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, fazer com que todas as normas constitucionais tenham plena eficácia.

⁵ OLIVEIRA, Flávio Luís de. Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do poder judiciário. In: LUNARDI, Soraya (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 105.

⁶ *Ibidem*, p. 106.

Nesse contexto, adentrando-se, especificamente, no que tange ao direito à saúde, é relevante expor a principal política pública do país – o Sistema Único de Saúde (SUS) - e o seu viés falho, o qual demanda a já exposta atuação firme do Poder Judiciário, visto não poder este permanecer em estado de neutralidade.

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 8.080/90⁷ regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS) e estabelece princípios e diretrizes para a saúde em nosso país. Mediante sua criação, foram definidos os papéis das esferas governamentais na busca da saúde, considerando-se o município como o responsável imediato pelo atendimento das necessidades básicas de seus cidadãos.

Entretanto, há medicamentos e tratamentos de saúde que não são oferecidos pela política pública de saúde do país. Faz-se necessário, portanto, em razão dessa omissão do Estado em, efetivamente, garantir saúde digna aos cidadãos, que o referido direito seja assegurado por outra via que não a Legislativa ou Executiva, restando tão somente a busca pelo Poder Judiciário. Assim, o aumento significativo de requerimentos à Justiça nas últimas décadas culminou no movimento de “judicialização do direito à saúde”, que nada mais é do que uma ramificação do fenômeno de judicialização das mais variadas relações sociais em decorrência das já elencadas falhas do poder público. Nesse diapasão, cumpre salientar o entendimento de Barroso⁸ (2015, p. 437):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico.

Diante do exposto, apesar da judicialização do direito à saúde se dar tanto no âmbito público quanto privado (ações contra planos de saúde, por exemplo), o presente trabalho irá analisar como o fenômeno da judicialização do direito à saúde pública opera na sociedade. Para tanto, serão considerados e analisados diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 437.

sobre o tema, expondo, de início, como se dá a tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, quais os objetivos e problemáticas atinentes ao Sistema Único de Saúde, bem como a responsabilidade dos entes federados no que tange à solução dessas questões. Ainda, será abordada a ineficiência e omissão do Estado em garantir a tutela desse tão relevante direito, evidenciando as fundamentações atinentes ao constante conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, sendo este utilizado frequentemente de forma genérica pelos entes com o objetivo precípua de se imiscuírem de seu dever legal. Por fim, será defendida a tese de que, no Brasil, é o Poder Judiciário que vem garantindo, de forma efetiva, o direito à saúde ante à inércia estatal. A justificativa para tanto se dá pois, além das gritantes falhas dos outros poderes, a judicialização se revela como a última via que o cidadão vislumbra para requerer a concretização da premissa constitucional ora em questão, bem como é o meio apto a conferir uma sanção ao ente público faltoso caso assim se mantenha após a decisão judicial, obrigando-o a atender à demanda.

2 A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que tange à sociedade brasileira, é necessário ressaltar que esta se encontra pautada por um Estado Social Democrático de Direito, tendo o Estado o dever de agir e não podendo dele se eximir, estando juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde. A esse respeito, trata Vendrame e Moreno⁹ (2011, p. 8):

Assim, o direito à saúde está consagrado na esfera da constituição como direito-dever, impondo ao Estado o dever de prestar saúde digna e eficaz aos indivíduos, através de políticas públicas que visem assegurar a dignidade da pessoa humana, abrangendo todos que compõem a sociedade, concretizando o que a Constituição de 1988 atribuiu de ‘[...] obrigação do Estado e direito da sociedade’.

Em consonância com tal premissa, a Carta Magna de 1988 elencou o direito à saúde em seu rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu artigo 6^o¹⁰:

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

Desse modo, é indubitável que o direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo, isto é, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas e que deve ser efetivamente garantida pelo Estado.

Nesse limiar, é necessário ressaltar também o artigo 196¹¹ da Constituição da República, que pode ser considerado o dispositivo constitucional mais relevante no que tange ao direito à saúde, elencando de forma clara suas finalidades e conferindo responsabilidades de forma explícita, dispondo que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁹ VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa Leão. (Org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. 1. ed. Birigui : Boreal, 2011, p. 8.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/12/2019.

¹¹ BRASIL, *loc. cit.*

Portanto, como bem elenca Vendrame e Moreno¹² (2011, p. 10):

O dispositivo, de caráter imperativo, impõe ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social que vise o bem-estar de todos que estiverem no território nacional, contemplando, dessa forma, o princípio da isonomia, pilar de sustentáculo dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, ao passo que o direito à saúde é reconhecido pelo ordenamento jurídico como garantia fundamental, torna-se, concomitantemente, direito subjetivo de todos os cidadãos, impondo ao Estado a já citada obrigatoriedade de prestação positiva no sentido de efetivar a previsão constitucional.

No entanto, tal imposição não se dá no âmbito do “dever-fazer” em virtude da concessão desse direito em abstrato aos indivíduos, mas de expressa cominação da Carta Magna, especificamente em seu artigo 197¹³:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ademais, cumpre ressaltar que, no século XX, o resgate da teoria dos direitos fundamentais coincide com o advento da Carta de 1988. Nesse sentido, ideias como o acesso à justiça e o direito à saúde foram universalizadas e compreendidas na moldura da proteção universal ao cidadão erigida pelo modelo teórico do Estado Social, o qual fora adequado e aperfeiçoado com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que tem como norte para a ação estatal a promoção da dignidade da pessoa humana.

A esse respeito, cumpre ressaltar que foi a “Teoria Estruturante do Direito”¹⁴ a responsável por idealizar o novo “pensar” do Direito, saindo da esfera de que a lei pré-

¹² VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa Leão. (Org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. 1. ed. Birigui : Boreal, 2011, p. 10.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/12/2019.

¹⁴ A Teoria Estruturante do Direito encontra-se inserida num contexto pós-positivista e se propõe a tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Social e Democrático de Direito. Referida teoria, apresenta uma nova perspectiva de aplicação do direito, em contraposição ao modelo positivista de atividade

concebida deve ser aplicada ao caso concreto para o ideal de que a ação jurídica deve buscar resguardar os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Assim, o abrangente âmbito normativo relativo à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal)¹⁵ determina que o Estado promova dignidade aos indivíduos componentes do corpo social. Nesse limiar, cumpre esclarecer que o direito à saúde (previsto nos já expostos artigos 6º e 196 da Constituição Federal) integra o núcleo de prestações fundamentais ao cidadão (mínimo existencial), possibilitando sua exigência judicial em caso de descumprimento desse dever por parte do Estado.

2.1 O Sistema Único de Saúde: previsão legal e estrutura

De início, é necessário situar o Sistema Único de Saúde (SUS) no ordenamento jurídico pátrio, estando presente no Título VIII, Capítulo II, artigo 198¹⁶ da Constituição Federal da República de 1988, a seguir:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Parágrafo único. O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Assim, conforme expõe o supracitado artigo, o Sistema Único de Saúde (SUS) é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Isso significa, basicamente, que o processo de planejamento gera responsabilidades ao Poder Executivo para que este elabore planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, bem como orçamentos anuais com o fito de dispor recursos para esse Sistema especificamente, assim como é de sua obrigação constitucional fazê-

jurídica como subsunção de fatos a uma norma pré-estabelecida e pronta para ser aplicada, resumindo, dessa forma, o trabalho do operador do direito ao enquadramento do caso concreto ao texto legal. (CONTE, 2008, p. 5954)

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/12/2019.

¹⁶ BRASIL, *loc. cit.*

lo para qualquer lei que tenha iniciativa, como dispõe o artigo 165, I, II e III¹⁷, da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
 I - o plano plurianual;
 II - as diretrizes orçamentárias;
 III - os orçamentos anuais.

Adentrando para outro aspecto do Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil, é válido ressaltar que, de acordo com o Ministério da Saúde¹⁸, este é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde atendimentos simples por meio da atenção primária até tratamentos extremamente complexos, como o transplante de órgãos, tendo por objetivo a garantia de acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Desse modo, a atenção integral à saúde (e não somente aos cuidados assistenciais), passou a ser um direito de todos os brasileiros, tendo como foco principal a saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção do bem-estar físico e mental de forma integrada.

Considerando, portanto, a complexidade do sistema e a necessidade de manutenção deste por parte do Poder Público, deve-se elencar o que a regulamentação infraconstitucional dada ao tema expõe sobre a competência relativa ao Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse limiar, esclarece o artigo 15 da Lei nº 8.080/90¹⁹ que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, certas atribuições, tais como, dentre outras: elaboração e atualização periódica do plano de saúde; elaboração da proposta orçamentária de acordo com o plano de saúde; e, ainda, a promoção da articulação da política e dos planos de saúde.

Ademais, o citado diploma legal define, em seu artigo 36²⁰, que o processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser realizado de forma ascendente, isto é, do nível municipal até o federal, em que seus órgãos deliberativos devem ser ouvidos de modo a realizar a compatibilização das necessidades da política de saúde em

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/12/2019.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde: O que é, como funciona e estrutura**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 29/11/2019.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

²⁰ BRASIL. *loc. cit.*

concomitância com a disponibilidade de recursos nos respectivos planos de saúde elaborados por cada ente federativo, os quais devem ser utilizados como base para as atividades e programações de cada nível de direção dessa política pública. Ademais, elenca o §2º do referido artigo 36²¹ que é proibida a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública que afetem diretamente a área da saúde.

Desse modo, percebe-se que os planos elaborados são de caráter taxativo, isto é, não pode haver qualquer tipo de extensão a outras situações que não estejam devidamente delimitadas nestes. Portanto, depreende-se que estes devem ser elaborados com total responsabilidade pelos gestores públicos e devem estar em plena consonância com a realidade social (o que, em verdade, muitas vezes não ocorre).

Para atingir tal finalidade, tem-se que os Conselhos de Saúde são órgãos de extrema importância na estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), visto possuírem papel fundamental na deliberação sobre as diretrizes para o estabelecimento de prioridades, conforme aduz a Primeira Diretriz da Resolução do Ministério da Saúde nº 333²², exposta a seguir:

Primeira Diretriz: O Conselho de Saúde é órgão colegiado, deliberativo e permanente do Sistema Único de Saúde - SUS em cada esfera de Governo, integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde, da Secretaria de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com composição, organização e competência fixadas na Lei nº 8.142/90. O processo bem-sucedido de descentralização tem determinado a ampliação dos conselhos de saúde que ora se estabelecem também em Conselhos Regionais, Conselhos Locais, Conselhos Distritais de Saúde, incluindo os Conselhos Distritais Sanitários Indígenas, sob a coordenação dos Conselhos de Saúde da esfera correspondente. O Conselho de Saúde consubstancia a participação da sociedade organizada na administração da Saúde, como Subsistema da Seguridade Social, propiciando seu controle social.

Parágrafo único: Atua na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive, nos seus aspectos econômicos e financeiros.

Nessa toada, destaca-se que o §4º do artigo 30 da Lei Complementar 141/12²³ dispõe que cabe aos Conselhos de Saúde definir as diretrizes para o estabelecimento de prioridades, o que

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

²² BRASIL. **Resolução nº 333, de 04 de novembro de 2003**. Aprovar diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/cns/2003/res0333_04_11_2003.html>. Acesso em: 03/12/2019.

²³ BRASIL. **Lei complementar nº 141/12, 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,

significa que todos os conselhos (inclusive os Estaduais, Municipais e do Distrito Federal) têm esta competência, a qual não é apenas do Conselho Nacional de Saúde, como aparentemente sugere o art. 37 da Lei 8.080/90²⁴.

Destarte, entende-se que o Conselho Nacional definirá diretrizes nacionais e os demais conselhos definirão as diretrizes locais, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa. Esta mudança na legislação a partir de 2012 reforça o conceito do planejamento crescente e aponta para a importância da participação da sociedade na formulação das políticas para a saúde.

Tal fato é importante a ser destacado, especialmente porque demonstra que a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS) visa alcançar toda a população em suas necessidades peculiaridades, pois cria diretrizes para cada localidade em específico, ao invés de uma política geral que, por não considerar as diferentes carências, provavelmente seria despida de qualquer efetividade e teria mais problemas do que os que já existem.

Saliente-se também que o processo de planejamento da saúde deverá observar os prazos do Plano Plurianual (PPA)²⁵, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a qual se encontra definida no §2º do artigo 165²⁶ e da Lei Orçamentária Anual (LOA), presente no §5º do artigo 165²⁷, ambos da Constituição de 1988, e ser com elas compatíveis; deverá, ainda, observar as regras constitucionais e legais.

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>. Acesso em: 03/12/2019.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

²⁵ O Plano Plurianual – PPA é o instrumento de planejamento do Governo Federal que estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Retrata, em visão macro, as intenções do gestor público para um período de quatro anos, podendo ser revisado, durante sua vigência, por meio de inclusão, exclusão ou alteração de programas. (MENDES, 2017, n.p.)

²⁶ A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações da legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, 1988)

²⁷ A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as

Dessa forma, o que se depreende é que o planejamento de saúde e seus orçamentos devem estar em conformidade com tais parâmetros, não podendo ultrapassar os limites daquilo que foi previsto. Para tanto, no que se refere aos instrumentos componentes do ciclo de planejamento, os gestores de recursos devem observar os prazos legais para sua elaboração, numa agenda concatenada. Há de se expor, entretanto, a necessidade de que esses planejamentos tenham folgas orçamentárias para eventuais necessidades não previstas ou, então, sejam feitos de forma tão detalhada que possam cobrir toda e qualquer questão que se apresentar, haja vista a já citada integralidade a que deve se ater a prestação do direito à saúde.

Além disso, importante destacar que a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 4º²⁸, também dispõe acerca da estrutura e planejamento do Sistema Único de Saúde (SUS), a saber:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).
 § 1º. Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.
 § 2º. A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Em virtude do exposto, pode-se afirmar que é de responsabilidade de todos os entes a democratização do acesso à saúde pública, bem como que todos os cidadãos devem ter seus direitos a medicamentos e serviços gratuitos em larga escala respeitados, especialmente porque o direito à saúde está inserido no rol de Direitos e Garantias Fundamentais.

Entretanto, em desacordo com a máxima supracitada, é comum que o Estado se utilize de suas limitações em relação aos planos de orçamentos da saúde para negar acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), ferindo a Constituição Federal e, conseqüentemente, fazendo com que a população passe a vislumbrar somente através da via judicial uma forma de concretização de seus direitos, aumentando sobremaneira o número de lides envolvendo esse tema.

entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988)

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

2.2 A problemática envolvida no fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde

Cumpramos ressaltar que, como demonstrado, o sistema público de saúde do Brasil está precarizado e, infelizmente, impossibilitado de garantir todos os direitos que estão taxativamente expostos na legislação pátria.

Nesse sentido, tal ineficiência do Estado, especialmente no que tange ao fornecimento de medicamentos através do Sistema Único de Saúde (SUS), tem causado o fenômeno da “judicialização do direito à saúde”, conforme esclarece Ordacgy²⁹ (2007, p. 9):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, fenômeno esse que veio a ser denominado de ‘judicialização’ da saúde.

Assim sendo, apesar da obrigação constitucional do Estado no fornecimento dos medicamentos de forma gratuita, através de seus entes públicos, tem sido o Poder Judiciário o efetivo garantidor desse direito constitucional, já que, conforme explicitado, o Poder Público tem frequentemente se eximido de sua responsabilidade, sob a alegação de falta de recursos.

Nesse ínterim, importa destacar que o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o que torna inadmissível a recusa de fornecimento de quaisquer medicamentos, ainda que não estejam elencados na lista (Rename - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) daqueles que são normalmente cedidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente em casos de pacientes em estado grave e hipossuficientes, os quais não possuem condições de arcar com tais despesas. Nesse sentido, registre-se que, segundo o Ministério da Saúde³⁰, a supracitada listagem compreende a seleção e a formação de um padrão de medicamentos indicados destinados ao atendimento de doenças no âmbito do Sistema Único

²⁹ ORDACGY, André da Silva. **O direito humano fundamental à saúde pública**. [S.l.], 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em 03/12/2019.

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Conhecer a Relação de Medicamentos Essenciais do SUS (RENAME)**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/conhecer-a-relacao-de-medicamentos-essencias-do-sus>>. Acesso em: 03/12/2019.

de Saúde (SUS). A esse teor, é válido elencar o artigo 26 do Decreto nº 7.508/2011³¹, o qual expõe o seguinte:

O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT. Além disso, a cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Prosseguindo com a análise acerca da inadmissibilidade de recusa de fornecimento de medicamentos, impende registrar que o direito à saúde não deve estar atrelado apenas aos casos de graves, mas a todos aqueles que demandarem assistência. Nesse sentido, leciona Ordacgy³² (2007, p. 9) que

é inquestionável que esse direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de risco à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve também abranger a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente.

Como exposto, há uma lista nacional de medicamentos que são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), intitulada de RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). No entanto, apesar das constantes atualizações, há uma problemática extremamente relevante: não é possível acompanhar o surgimento de novas doenças, tampouco os avanços da medicina, que cria novos métodos farmacêuticos e tratamentos, acarretando disfunção dessa lista de medicamentos para prevenir e tratar diversas doenças.

Nesse sentido, é preciso esclarecer que os medicamentos se revelam como a intervenção terapêutica mais utilizada e que exerce alto impacto sobre os gastos em saúde. Portanto, é fundamental ao Sistema Único de Saúde (SUS) que o processo de sua incorporação esteja baseado em critérios que possibilitem à população o acesso a medicamentos mais seguros, eficazes e custo-efetivos, para atendimento dos problemas de saúde dos cidadãos brasileiros.

³¹ BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

³² ORDACGY, André da Silva. **O direito humano fundamental à saúde pública**. [S.l.], 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-ou-blica.pdf>>. Acesso em 03/12/2019.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que o fornecimento de medicamentos aos beneficiários do referida política pública está previsto no art. 6º da Lei nº 8.080/90³³, de forma obrigatória e “integral”:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
I - a execução de ações:
a) de vigilância sanitária;
b) de vigilância epidemiológica;
c) de saúde do trabalhador; e
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Portanto, a integralidade da assistência é um dos princípios basilares do Sistema Único de Saúde (SUS), não devendo o medicamento ser concebido isoladamente, mas como um dos componentes essenciais do tratamento e cuja disponibilidade necessita ser garantida.

Infelizmente, porém, apesar das previsões legais, mesmo após três décadas da promulgação da Constituição Federal, a ineficiência do serviço gratuito de saúde ainda se faz presente em nosso país, verificada através de problemas como a inexistência de equipamentos para atendimento básico, hospitais cheios e falta de médicos, sendo uma das áreas de maior conflituosidade a do já citado fornecimento deficitário de medicamentos. Ressalte-se, ainda, que geralmente são as pessoas mais humildes que necessitam de tal assistência, ficando à mercê de um Estado que muito cobra em impostos e pouco retribui com políticas públicas eficientes e que confirmam dignidade a seus cidadãos, mais uma vez ferindo a Constituição em diversos de seus mandamentos.

Ante o exposto, considerando a limitação do fornecimento de medicamentos pelo Estado – o qual somente se atém aos que constam na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – e de tratamentos diversos, tem sido necessária a intervenção judicial para a efetivação do direito constitucionalmente garantido à saúde. A esse respeito, registre-se que são alvos principais de judicialização as medicações e tratamentos de alto custo, tendo decisões concessórias que, além de geralmente serem constituídas com caráter de tutela antecipada em virtude da urgência, quase sempre cominam sanção ao ente que descumpri-las.

³³ BRASIL. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 04/12/2019.

Nessa toada, tais decisões judiciais têm representado um gesto solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que pouco têm além da própria vida e dignidade.

2.3 Competência solidária entre os entes federativos para tutelar o direito à saúde

Em virtude do já exposto fenômeno da “judicialização da Saúde”, muitos entes passaram a ser condenados a fornecer medicamentos e tratamentos àqueles que demandavam. No entanto, em suas respectivas e variadas formas de defesas e recursos dentro do processo, estes alegavam que não eram os responsáveis pelo fornecimento que se requeria, em desgastante demonstração não só de ineficiência, mas de verdadeira falta de preocupação em respeitar direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidas. Assim, com base na alegação de “irresponsabilidade” em relação aos pedidos, não arcavam com o ônus desse tipo de pleito.

Com isso, os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), que necessitavam da efetivação rápida de sua demanda, eram os maiores prejudicados e, em vários casos, perdiam suas vidas à espera de medicamentos e/ou tratamentos que não eram fornecidos. O mais grave, entretanto, é que o Judiciário quase sempre rejeitou essas alegações absurdas, sendo mantidas as decisões favoráveis aos cidadãos necessitados dos medicamentos e, mesmo assim, não havia respeito às medidas judiciais, culminando em tristes episódios, como o de Rosângela Pereira dos Santos, que faleceu após esperar, durante sete meses, por medicamentos de alto custo garantidos por decisão judicial³⁴.

Felizmente, porém, houve recente entendimento pelo Supremo Tribunal Federal – com Repercussão Geral - no Recurso Extraordinário nº 855178/PE³⁵, o qual entendeu pela solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento/pagamento de medicamentos e tratamentos deferidos através da via judicial. Apesar de esse já ser o entendimento aplicado pela jurisprudência há bastante tempo, foi de extrema relevância que o guardião da Constituição fixasse a tese de Repercussão Geral, obrigando toda e qualquer decisão judicial a estar de acordo com o que fora decidido. Nesse sentido, o julgado ora em questão foi assim ementado:

³⁴ PACIENTE com cirrose hepática morre após esperar sete meses por medicamentos garantidos em decisão judicial. **G1 Sorocaba e Jundiá**. Campo Limpo Paulista, 26 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/paciente-com-cirrose-hepatica-morre-apos-esperar-sete-meses-por-medicamentos-garantidos-em-decisao-judicial.ghtml>>. Acesso em: 04/12/2019.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RG RE: 855178/PE 0005840-11.2009.4.05.8500**, Relator Min. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-050 16/03/2015.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (STF. **RG RE: 855178/PE** 0005840-11.2009.4.05.8500, Relator Min. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-050 16/03/2015.)

Portanto, restou definido que todos os entes são solidariamente responsáveis nas demandas que tenham como pedido tutelas envolvendo questões de saúde, devendo a autoridade judiciária para quem foi direcionado o pedido, considerando a repartição de competências próprias do Sistema Único de Saúde (SUS), no caso concreto, direcionar o cumprimento da obrigação ao ente especificamente responsável pelo seu financiamento. No entanto, caso este não possa, os outros terão de arcar e, posteriormente, buscar ressarcimento junto ao devedor principal.

Assim, a partir de tal decisão com Repercussão Geral, percebe-se que todos os entes da Federação (a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal) podem ser demandados solidariamente como litisconsortes passivos em quaisquer demandas em que seja requerido que o Sistema Único de Saúde (SUS) forneça determinada tecnologia de saúde. Tal entendimento confirma a antiga jurisprudência sobre o tema, da qual, inclusive, partilhava (e partilha) o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁶, sendo certo que não há qualquer hipótese de um dos entes se eximir de suas responsabilidades frente à sociedade.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp: 1770780/PB 2018/0254310-1**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/12/2018, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2019.

3 A INEFICIÊNCIA E OMISSÃO DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

Como já bem exposto, o direito à saúde se insere no rol de direitos sociais, os quais exigem atuação positiva do Estado. Assim ensina Masson³⁷ (2016, p. 281):

Convém recordar que referidos direitos, enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social. Nesse sentido, e em nítido contraste com os direitos individuais - que exigem um "não fazer", um "não agir", um "não atuar" por parte dos Poderes Públicos, criando esferas individuais de não ingerência estatal - os direitos sociais têm por conteúdo "um fazer", "um ajudar", "um contribuir".

Nesse sentido, deve o Estado formular as chamadas políticas públicas, visando atender e garantir tais mandamentos constitucionais. Como aduz Krell³⁸ (2002, p. 14), “o Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas sociais.”

Historicamente, como já se viu, a principal política pública criada com o objetivo de efetivação do direito à saúde é o Sistema Único de Saúde. Infelizmente, porém, o Brasil é um país de dimensões continentais e com uma das maiores populações do mundo, o que torna extremamente dispendioso o atendimento integral a todos aqueles que demandam tal sistema. Contudo, embora dificultoso e de alto custo, o sistema deve ser pensado a ponto de atender a toda a sociedade, visto ser uma garantia maior advinda da própria Constituição.

Portanto, como tal obrigatoriedade do Estado em agir de modo a garantir o direito à saúde é premissa basilar de um Estado Democrático de Direito, esta deve ser fiscalizada de forma veemente e, quando deficiente, ter sua imediata correção exigida pela sociedade.

A esse respeito, cumpre ressaltar, infelizmente, que, muitas vezes, o Poder Público tem se mostrado extremamente ineficiente e omissos em cumprir a política pública referente ao

³⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 281.

³⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 14.

direito à saúde, o qual se insere no contexto do bem jurídico mais valioso da sociedade, qual seja a vida. Dentre os motivos para tanto, é possível citar como principal deles a má gestão dos recursos, sendo a corrupção outro dos grandes males a se enfrentar. Nesse limiar, em relação ao desleixo a que é submetida a eficácia dos direitos sociais, Krell³⁹ (2002, p. 31-32) expõe que:

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve a falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.

Ademais, também é necessário esclarecer que a classe política é composta por indivíduos que preenchem as camadas sociais de maior poder aquisitivo, as quais geralmente não se utilizam do Sistema Único de Saúde (SUS), ocasionando desconhecimento (ou conhecimento silencioso) sobre a precariedade a que muitas unidades de atendimento são submetidas pelos poderes públicos locais.

Ante o que fora elencado, ressalte-se que a saúde pública brasileira ainda se depara com enormes falhas do Estado, assim considerado com todos os seus entes, os quais, pautados pelas justificativas de que o orçamento é limitado ao passo que a demanda é crescente e impossível de se abarcar, denegam ou se omitem no cumprimento de suas obrigações constitucionais. Portanto, é válido demonstrar os conceitos conflituosos que abrangem a questão, quais sejam o de mínimo existencial e o da reserva do possível, este utilizado pelo Estado como justificativa máxima, tanto para explicar à sociedade às incorreções que o sistema apresenta quanto para demonstrar ao Poder Judiciário que o atendimento ao direito à saúde, naquele caso juridicamente discutido, está fora do alcance do Poder Público.

3.1 Conceito de “mínimo existencial” e direito à saúde

Pensado inicialmente pela doutrina alemã, o “mínimo existencial” está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de que, para garantir, de fato, uma existência digna, é necessário que o indivíduo tenha condições materiais mínimas.

³⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31-32.

Segundo Barroso⁴⁰ (2015, p. 214), o “mínimo existencial” deve ser entendido como o "conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado."

Basicamente, portanto, tem-se que deve haver a garantia de um existir mínimo, o qual abrange não só a mera subsistência física, mas um viver com alternativas, possibilidades e perspectivas. É preciso que o ser humano seja considerado em seu todo, como sujeito de direitos que não pode ser renegado pelo Estado e deixado à pobreza absoluta, sob pena de violação à Constituição Federal, conforme entende Barcellos⁴¹ (2011, p. 247):

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual [...] a não garantia de tais condições elementares importa o desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material [...]. Em suma, mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

A esse respeito, extremamente louvável é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange à definição do “mínimo existencial”, o qual, no Recurso Extraordinário 639.337⁴², aduziu que:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento de que o “mínimo existencial” deve ser considerado em seu todo (tendo o indivíduo direito à vivência razoável que vai além de condições físicas) é diametralmente oposto e não pode ser confundido com o que se entende por “mínimo vital”, o qual se resume à mera existência sem qualquer dignificação ou garantia

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 214.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2011, p. 247.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 639337/SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011.

dos outros direitos, fulminando o objeto principal do “mínimo existencial”, qual seja o já citado princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse limiar, lúcido se mostra o saber de Sarlet e Figueiredo⁴³ (2007, p. 181):

[...] mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente.

Elencado tal ponto de extrema sensibilidade, cumpre agora ressaltar que há doutrinadores que atacam a própria existência de um “mínimo existencial” dos direitos sociais. Como bem explica Nunes Junior⁴⁴ (2019), algumas críticas são feitas à referida teoria por doutrinadores que entendem que a formulação de um “mínimo existencial” não tem o condão de efetivar os direitos sociais, mas sim o de torná-los menos concretos. Tal argumento se baseia na ideia de, se apenas um grupo de direitos dentre todos os existentes faz parte desse mínimo (ou determinados aspectos desses grupos), aqueles que não o integram se tornam relegados ao arbítrio dos governantes de cada tempo. Basicamente, como tais direitos que estão fora do “mínimo existencial” não podem ser jurisdicionalizados, acabam por se tornar simples normas programáticas, com eficácia muito limitada e tendo sua produção de efeitos dependente quase que exclusivamente do poder econômico do Estado em cada período.

Nesse limiar, tendo por base o conceito de que, para parte da doutrina, a existência do “mínimo existencial” acaba por relegar outros direitos e não efetiva aqueles considerados mínimos, pode-se citar como principal crítica a de que a Constituição não possibilitou, expressa ou implicitamente, que os direitos sociais tivessem uma associação ao conceito de “mínimo existencial”. Assim é o entendimento de Olsen⁴⁵ (2008, p. 324), a qual afirma que,

ainda que se possa identificar um núcleo de dignidade humana e de proteção existencial na dimensão material dos direitos fundamentais sociais, especialmente em seu caráter prestacional, não parece ter a Constituição autorizado a interpretação que reduz a fundamentalidade desses direitos à correspondência do mínimo existencial.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 181. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 21/09/2020.

⁴⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba : Juruá, 2008, p. 324.

Com idêntico entender, é relevante a compreensão trazida por Brito Filho⁴⁶ (2015, p. 26) de que

a Constituição brasileira tomou por base, para estabelecer os direitos sociais fundamentais, não o que chama de ‘conceito restritivo de mínimos existenciais’, mas sim o que defende, que são as necessidades humanas básicas [...]: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o ócio, a segurança, a previdência e a assistência sociais, a proteção à família, a assistência aos indefesos ou desamparados, e outros, como a cultura e o meio ambiente.

Entretanto, apesar das críticas, entende-se por inviável e inconstitucional a desconsideração de que a os direitos sociais (especialmente o direito à saúde) integram o “mínimo existencial”, visto que, embora este não esteja previsto expressamente, a própria interpretação constitucional contemporânea determina que das regras e princípios advindos da Constituição seja realizado um exercício de aplicação prática para atender à realidade nacional. Assim, tendo em vista as enormes distorções e desigualdades socioeconômicas que imperam no Brasil, é evidente que há de se garantir um mínimo existencial para que os direitos sociais possam, de fato, ter efetividade. A esse respeito, com maestria ímpar, o magistério de Barroso⁴⁷ (2015, p. 305) expõe:

A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. [...].
Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados.

Em semelhante sentido, esclarece Nunes Júnior⁴⁸ (2019) que, embora a tutela de um “mínimo existencial” não esteja expressa na Constituição, esta prevê aquele de modo implícito, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade e a mutação constitucional. Ainda, com teor crítico extremamente lúcido, ensina que o argumento de que não existe previsão constitucional expressa decai se considerados os regimes

⁴⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo : LTr, 2015, p. 26.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 305.

⁴⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

sanguinários do século XX e suas atrocidades advindas e reforçadas pelo próprio texto legislativo. Nesse sentido, expõe que o positivismo jurídico já permitiu outrora a escravidão, a morte, a retirada da nacionalidade, liberdade e vida de judeus, dentre outros absurdos. Por fim, esclarece o autor que a teoria do bloco de constitucionalidade nos permite compreender que a Constituição não está somente ligada ao texto constitucional, sendo muito maior do que este.

Ainda em relação ao debate da ausência de previsão constitucional expressa, há de se acrescentar que, além de implicitamente reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o “mínimo existencial” não deve ser considerado como um mero aspecto dos direitos sociais. Em verdade, porém, trata-se de verdadeiro direito autônomo, o qual tem nos direitos sociais tanto um reflexo de seus pressupostos quanto se mostra como o melhor e mais apto meio para que estes sejam interpretados e pensados. Nessa toada também encontram-se os pensamentos de Sarlet e Figueiredo⁴⁹ (2007, p. 184):

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial depende de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial.

Por fim, cabe expor, ainda, outro aspecto não menos relevante atinente ao “mínimo existencial”, qual seja o de sua aplicabilidade prática. O fato é que a própria decorrência principiológica (dignidade da pessoa humana) de que tal conceito é derivado o torna passível de certa subjetividade, isto é, demanda certa análise quanto a sua aplicação, não tendo (de forma concreta e elaborada legislativamente) um quadro fixado daquilo que é ou não correspondente a um mínimo apto a garantir uma existência dignificada aos indivíduos. Tal concepção se dá porque cada ser humano tem suas particularidades, bem como os diversos ambientes e contextos

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 184. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

sociais em que se vive podem demandar uma atuação diferenciada do poder estatal. Acompanhando tal entender, Sarlet e Figueiredo⁵⁰ (2007, p. 185-186) aduzem que:

De todo o exposto e a despeito de uma série de outros aspectos que ainda poderiam ser colacionados, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. Além disso, encontra-se vedada até mesmo a fixação pelo legislador de valores fixos e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial, notadamente quando não prevista uma possibilidade de adequação às exigências concretas da pessoa beneficiada e se cuidar de um benefício único substitutivo da renda mensal. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial.

Esclarecida a completude a que se destina o conceito de “mínimo existencial”, deve-se analisá-lo sob a ótica de um dos principais direitos sociais insculpidos na Carta Magna de 1988, qual seja o direito à saúde. A título de exemplo acerca da necessidade de verificar, em cada caso, o que seria o “mínimo existencial”, pode-se elencar que este é, para uma pessoa doente, especificamente a cura e/ou o tratamento adequado (se existirem) à enfermidade que a assola. No entanto, para um indivíduo saudável, aqueles se revelam sem utilidade, não sendo, naquele momento, o que se pode considerar como o mínimo que ele necessita para ter uma existência digna. Ainda a esse respeito, esclarecem, por fim, Sarlet e Figueiredo⁵¹ (2007, p. 205) que:

Importa não olvidar que as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de resto, ser adequado ao tratamento naquele caso, isto sem adentrar a questão da atualização periódica dos protocolos, entre tantos outros aspectos que poderiam ser colacionados.

Portanto, depreende-se que, de fato, deve haver uma análise específica de acordo com cada realidade, o que, por óbvio, como bem salientado pelos autores supracitados, não impede que haja um parâmetro daquilo que é digno e mínimo para o ser humano no que tange aos direitos sociais. Nessa toada, registre-se que é preciso ser extremamente cauteloso quando se

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 185-186. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

⁵¹ *Ibidem*, p. 205.

trata do direito à saúde, visto que, como intimamente ligado ao direito à vida, deve ser garantido em sua integralidade, não cabendo ao ente estatal, portanto, definir o “mínimo existencial” como algo que não seja suficiente para garantir de forma plena tão relevante bem jurídico. Contudo, o que vem se verificando é um flagrante desrespeito a esse mínimo relativo ao direito à saúde, visto que os entes federativos têm, constantemente, buscado se eximir de suas responsabilidades sob a alegação da “reserva do possível”.

3.2 A “reserva do possível” e sua utilização incorreta pelo Poder Público

Também surgida na doutrina alemã, a “reserva do possível” foi recepcionada pelo Direito brasileiro. No entanto, é imperioso registrar, de início, que há uma imprecisão terminológica que circunda tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional. Nesse sentido, como bem ensina Nunes Júnior⁵² (2019), a doutrina brasileira tem entendimentos divergentes no que tange à natureza da “reserva do possível”, pois enquanto certos pensadores afirmam ser um princípio, outros entendem como uma cláusula ou postulado. Ainda, outros a consideram uma condição da realidade que impacta na eficácia dos direitos fundamentais.

Diante dessa ausência de clareza, verifica-se a necessidade de adotar uma posição enfática e justificada acerca da teoria ora em questão. Nesse sentido, ressalte-se que é ela aqui compreendida como uma “situação fática que limita a aplicação e eficácia dos direitos sociais”, visto estar sendo adotado o mesmo entendimento de Nunes Júnior⁵³ (2019), o qual, logo após expor a existência do conflito doutrinário, adota a referida tese alegando que a “reserva do possível” não é um princípio constitucional implícito, visto não ser um mandamento de otimização. Prosseguindo sua análise, o autor expõe que também não se trata de um postulado, eis que sujeita à ponderação em face dos valores que se apresentam conflituosos.

Solucionado o impasse quanto à terminologia, há que se definir a “reserva do possível” como fenômeno diretamente ligado à economia estatal, utilizado especificamente para se referir à limitação de recursos. A esse teor, expõe Barcellos⁵⁴ (2011, p. 276) que “a expressão ‘reserva do possível’ procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis

⁵² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

⁵³ NUNES JÚNIOR, *loc. cit.*

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2011, p. 276.

diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. Basicamente, portanto, para se compreenda de forma absoluta a situação da “reserva do possível”, é necessário identificar quais são as necessidades a serem supridas pelos recursos disponíveis.

Conforme já bem exposto, a segunda geração de direitos fundamentais passou a obrigar o Estado a certas prestações positivas, tendo a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 as consagrado em forma de direitos sociais, tais como o direito à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, dentre outros. Portanto, como obrigações a serem realizadas pelos entes federativos e que demandam um agir efetivo, estas geram, necessariamente, alto custo operacional, visto demandarem diversas necessidades práticas para seu efetivo cumprimento. Como exemplo, pode-se citar que, para garantir a segurança pública, é necessário pagar, treinar e equipar os integrantes das instituições policiais. De mesmo modo, em se tratando de educação pública, é preciso remunerar e oferecer condições dignas de trabalho aos professores e demais servidores. A esse respeito, registre-se que com a saúde não é diferente. Em verdade, pelo contrário, os custos atinentes ao Sistema Único de Saúde são altíssimos e quase sempre extrapolam os limites definidos nos orçamentos públicos.

Nesse limiar, tendo em vista a onerosidade a que se reputa o cumprimento dos direitos sociais, os entes responsáveis têm alegado, ao serem demandados (seja judicialmente ou pela sociedade de modo geral), que a efetivação do direito questionado está deficiente em virtude da falta de recursos. Em suma, a alegação concerne ao fato de que é impossível realizar o mandamento constitucional pois, na prática, não há meios disponíveis para tanto. Explicando tal fenômeno, explicita Novelino⁵⁵ (2016, p. 461) que “a reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional.”

Ainda tratando da compreensão acerca do que motiva a alegação da “reserva do possível” pelo ente estatal, mostra-se também relevante o magistério de Masson⁵⁶ (2016, p. 289-290), a qual esclarece que:

⁵⁵ NOVELINO. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 461.

⁵⁶ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 289-290.

Com o reconhecimento da estreita e inequívoca ligação entre a realização dos direitos fundamentais sociais e a realidade financeira e econômica do Estado, e com a aceitação de que os recursos são escassos e as necessidades sociais imensas, passou-se a compreender que o Estado, na sua tarefa de definir prioridades e determinar suas políticas públicas de alocação das verbas existentes, poderia alegar a cláusula da "reserva do possível".

Esta seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo.

Aprofundando a questão, é preciso que seja esclarecido um ponto extremamente relevante: apesar de a situação da "reserva do possível" aparentar se ater somente a uma questão econômica (o que, de fato, é mais comum), tal máxima não se revela verdadeira. Ocorre que, por vezes, a limitação alegada pelo ente estatal como fundamento para a não efetivação do direito social debatido não é de cunho material (isto é, a escassez de poder aquisitivo apto a suprir a demanda), mas de viés jurídico, compreendida como a ausência de meios práticos para cumprir o mandamento constitucional. Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo⁵⁷ (2007, p. 187-188) expõem de forma límpida e eficiente que:

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. [...].

Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma "reserva do possível", que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.

Portanto, compreendida a situação fático-jurídica em seu todo, é necessário evidenciar que o Estado tem, por diversas vezes, alegado a impossibilidade de cumprimento da prestação requerida com base na "reserva do possível", isto é, afirmando não possuir meios financeiros e/ou a efetiva disponibilidade do objeto. No entanto, é preciso ter cautela quando nos deparamos com tal argumento, visto que ele tem sido frequentemente utilizado de forma genérica, não retratando a realidade que o ente demandado encontra-se inserido ou não sendo provado de

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 187-188. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

modo concreto.

Nesse sentido, especificamente no que tange ao direito à saúde, em que pese o entendimento aqui defendido de que a alegada falta de recursos não pode se antepor ao direito fundamental à saúde, é preciso que, no mínimo, se exija do Poder Público a efetiva comprovação de sua impossibilidade com base na “reserva do possível”. A esse respeito, cumpre tecer o ensinamento de Masson⁵⁸ (2016, p. 293):

A alegação da cláusula é, portanto, um ônus que recai sob o Poder Público quando este a alegar como defesa frente ao não atendimento das prestações solicitadas, cabendo-lhe o dever de comprová-la satisfatoriamente, não sendo suficiente a alegação genérica de que não há possibilidade orçamentário-financeira de se cumprir o direito, será preciso demonstrá-la cabalmente.

Em semelhante sentido entende Novelino⁵⁹ (2016, p. 463), o qual aduz que:

Por fim, vale ressaltar que a reserva do possível é matéria a ser alegada pelo Estado como defesa processual, cabendo-lhe o ônus de provar suficientemente – e não simplesmente alegar de maneira genérica - a impossibilidade de atendimento das prestações demandadas.

Ante o exposto, registre-se que a alegação de “reserva do possível” não pode ser utilizada de forma genérica como é de praxe do poder estatal, o qual a alega sempre que se vê demandado sem efetivamente comprovar sua impossibilidade. Nesse sentido, entende-se que, ainda que seja comprovado que o ente responsável não pode, naquela ocasião, cumprir a obrigação, pode haver a determinação para que outro ente a efetive pois, como já exposto, a responsabilidade atinente ao direito à saúde é solidária.

Diante disso, é factível a complexidade demandada para se analisar, com clareza e correção, o problemático – e frequente – conflito entre o conceito de “mínimo existencial” e a situação fático-jurídica da “reserva do possível”. Faz-se necessário, portanto, elencar, pormenorizadamente, como a doutrina e a jurisprudência pátria têm entendido e decidido sobre o tema.

⁵⁸ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 293.

⁵⁹ NOVELINO. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 463.

3.3 Análise doutrinária e jurisprudencial do conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” sob a ótica do direito à saúde

No Direito brasileiro, já se mostra de longa data o conflito entre “mínimo existencial” – conceito que, como já foi visto, determina que haja condições mínimas de dignidade para os indivíduos componentes do corpo social – e a “reserva do possível” – entendida como a situação fático-jurídica que impacta na possibilidade dos entes federativos em cumprir os mandamentos constitucionais ligados aos direitos sociais.

Nesse sentido, desde a promulgação da Constituição, as fontes do Direito vêm debatendo e buscando compreender a complexidade da relação entre esses dois elementos, visto que ambos se mostram extremamente relevantes, um no que tange à garantir existência digna aos indivíduos e outro ligado às limitações que surgem quando há a efetiva obrigação de cumprimento desse dever por parte do Estado. Como já era de se esperar, tão extensa e profunda questão acerca de qual dos dois deve ser aplicado faz com que, até hoje, não haja um consenso na doutrina. A esse respeito, ensina Novelino⁶⁰ (2016, p. 463) que:

A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra resposta homogênea na doutrina. De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível.

Adotando o posicionamento da segunda corrente doutrinária supracitada, é válido expor o magistério de Masson⁶¹ (2016, p. 293), a qual defende a “impossibilidade de a cláusula da reserva do possível servir de fundamento, ao Poder Público, para frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.”

Nesse limiar, esclarece Melo (2008)⁶² que, em se tratando de requerimento de condições mínimas de existência, o ente estatal não pode se eximir da responsabilidade de garanti-las através da alegação de “reserva do possível”, bem como é inadmissível que a administração

⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 463.

⁶¹ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 293.

⁶² MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. 1º ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

pública aplique os recursos de modo ilegítimo com o objetivo de não atender aos direitos sociais.

Ainda, cumpre citar o louvável e humanístico entendimento de Krell (2002, p. 53)⁶³, o qual expõe que:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais’?

No entanto, há quem compreenda a questão sob ótica diversa, entendendo ser a “reserva do possível” uma condição que se sobrepõe ao atendimento do “mínimo existencial”, alegando, ainda, que este sequer tem relação com os direitos fundamentais sociais. A esse respeito, cumpre citar, de início, o entender de Scaff⁶⁴ (2005, p. 215), segundo o qual:

Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais, não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. Além disso, tais direitos estariam limitados em sua implementação pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias.

Em idêntico posicionamento, afirmando que a “reserva do possível” (tida como a escassez de recursos, tanto fáticos quanto jurídicos) deve ser considerada com seriedade, através de análise profunda da realidade, Gustavo Amaral⁶⁵ (2001, p. 185) elenca que

a escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente, na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.

Há de ressaltar, por fim, a existência de doutrinadores que, apesar de reconhecerem que a mera alegação de “reserva do possível” não pode impedir a concessão, pelo Estado, de prestação relativa ao “mínimo existencial” (no qual se inclui o direito à saúde), admitem que

⁶³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 53.

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: **Revista Interesse Público**, v. 32, 2005, p. 215.

⁶⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 185.

aquela afeta o cumprimento dos direitos fundamentais, tanto pela falta de recursos quanto pela incapacidade técnica (conceitos estes aqui já tratados). Nesse sentido, com maestria ímpar, Sarlet e Figueiredo⁶⁶ (2007, p. 201) aduzem que:

Premissa central da análise que se passa a empreender é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos [...].

Basicamente, portanto, confirma-se a inexistência de uma compreensão pacífica na doutrina acerca do conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, havendo posicionamentos divergentes que, sem dúvida, buscam o melhor entendimento e racionalização dos preceitos constitucionais. Desse modo, embora as uniformidades de entendimento dos mais variados temas jurídicos decorram de análises adequadas e contribuam de forma satisfatória, deve-se ressaltar que também é extremamente válida a diferença de pensamento, visto que, sem esta, seria inviável aperfeiçoar o ordenamento jurídico, ainda mais em se tratando de questões tão complexas como as que aqui se apresentam.

No que tange à jurisprudência pátria, ressalte-se que esta sempre se mostrou mais propensa a decidir, via de regra, pela inaplicabilidade da “reserva do possível” em causas que envolvam o direito à vida e o “mínimo existencial” (dos quais o direito à saúde é, indubitavelmente, decorrência lógica). A esse teor, acerca do debate relativo ao posicionamento dos tribunais brasileiros, Sarlet, Mitidiero e Marinoni⁶⁷ (2020, p. 656) confirmam a adoção da referida corrente de pensamento, expondo que

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 201. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 656.

são inúmeras as decisões judiciais que deferem pleitos de caráter prestacional mediante o argumento de que, quando em causa o direito à vida e o mínimo existencial, não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível, bem como da separação dos poderes, tudo a demonstrar que o direito à vida e o mínimo existencial assumem a condição de critério material de ponderação [...].

No entanto, há de se registrar também que houve decisões contrárias a esse entendimento, fundadas, especialmente, sob a alegação de que se deve prestigiar à ordem pública em detrimento de pretensões individuais. Nesse limiar, a princípio, cumpre esclarecer que o posicionamento de não ingerência do Poder Judiciário em relação às políticas públicas de saúde é verificável, por exemplo, no que fora estabelecido na Apelação Cível 1994.001.01749⁶⁸, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença.

Em percepção idêntica, tem-se o entendimento da Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Ellen Gracie, na Suspensão de Segurança nº 3073/RN⁶⁹:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14).

⁶⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 1994.001.01749**. Relator: Des. Carpena Amorim. DJ 20/09/1994.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS: 3073/RN**. Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 09/02/2007, Data de Publicação: DJ 14/02/2007.

Porém, tratando-se do viés majoritário, cabe destacar a compreensão do Ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal) na decisão sobre a Medida Cautelar na Petição nº 1246/SC⁷⁰, em que este, acerca do direito à saúde, se posicionou da maneira enfática no sentido de sua proteção:

O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Em similar sentido, e mais de treze anos depois, o referido Ministro entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário 482611⁷¹, pela “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.”

Nessa toada, registre-se a elucidativa ementa de decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1068731/SC⁷², de relatoria do Ministro Humberto Martins:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.
2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impõe obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.
3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet: 1246/SC**, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 482611/SC**, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 23/03/2010, Data de Publicação: DJe 07/04/2010.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1068731/RS 2008/0137930-3**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2012.

4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador". (REsp. 1.185.474 SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido.

(STJ. **REsp: 1068731/RS 2008/0137930-3**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2012).

Portanto, embora haja pouco consenso doutrinário sobre o conflito ora analisado, verifica-se que os tribunais brasileiros têm um histórico mais análogo no que tange à conclusão sobre o tema, decidindo que o direito à saúde integra o “mínimo existencial” e, via de regra, deve prosperar quando confrontado com a ausência de recursos por parte do Estado. No entanto, após diversos litígios e muitos debates doutrinários, verificou-se a necessidade de maior cautela na análise dessa preponderância quando em questão o direito à saúde (especialmente em relação ao fornecimento de medicamentos, que engloba o maior número de casos judicializados), visto que há diversos vieses a se verificar além da existência ou não de recursos fático-jurídicos pelos entes federativos.

Nesse sentido, passará a ser analisada de forma mais aprofundada como a jurisprudência tem se posicionado para que a prevalência do “mínimo existencial” sobre a “reserva do possível” não se dê sem qualquer orientação em relação à concessão de medicamentos, isto é, sem uma delimitação prática de como e quando um requerimento ao Poder Judiciário sobre o assunto pode ser considerado plausível ou não.

3.4 A concessão judicial de medicamentos não previstos pelo Sistema Único de Saúde

A esse teor, cabe esclarecer, de início, que o Estado tem como fundamento principal para a alegação da “reserva do possível” o fato de que os medicamentos presentes nas listas do Sistema Único de Saúde lá se encontram em virtude de detalhado estudo técnico e econômico que objetiva viabilizar o atendimento a toda a sociedade. Desse modo, ainda segundo o poder estatal, a concessão de medicamentos que estão fora dessas possibilidades impactaria de forma negativa o direito à saúde de toda a coletividade. Nesse sentido, Amaral (2001)⁷³ entende que, ao decidirem acerca da eficácia e efetividade de requerimentos relacionados aos direitos sociais, é necessário que os órgãos do Poder Judiciário admitam, em suas decisões, que os custos afetam a consistência de todos os direitos, perfazendo um exame da problemática envolvendo a escassez de recursos e a decorrente incapacidade de satisfazer a todas as necessidades sociais, o que acaba por implicar em escolhas disjuntivas de natureza financeira.

No entanto, como já bem salientado no item anterior, a jurisprudência tem considerado o direito à saúde como prevalente em face da “reserva do possível”, não sendo essa mera alegação de “prejudicialidade à coletividade” fundamento unicamente suficiente para suprimir a obrigatoriedade do Poder Público em fornecer medicamentos eficientes. Portanto, tem-se decidido, majoritariamente, que os cidadãos não podem ter seu direito à saúde limitado somente ao que consta em listas e regulamentos estatais, tendo o direito de exigir prestações diversas das já previstas.

Contudo, como também já exposto, verificou-se, com o passar do tempo e os inúmeros casos relacionados, a indispensabilidade de extrema cautela na verificação de cada caso concreto. Registre-se, nesse sentido, que os tribunais brasileiros se apoiavam, de modo simplista, na imprescindibilidade do medicamento como único fator palpável para sua concessão (tal máxima se provará a seguir). Portanto, mostrava-se cada vez mais necessária a confecção de um regramento específico e mais abrangente que definisse as diretrizes sobre quais casos seriam, de fato, aptos a fazer com que o Poder Judiciário determinasse ao Poder Executivo a cessão do fármaco requerido. A esse teor, com incontestável sabedoria, entendem

⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Sarlet e Figueiredo⁷⁴ (2007, p. 204-205) que

não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc. Além disso, assume relevo a exigência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida. [...]. Por isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes. Com isso, não se está evidentemente a concordar com o entendimento de que não pode ser imposto ao Estado medicamento ou procedimento muito oneroso, da mesma forma como não se está a endossar decisões judiciais ou doutrina que reconheçam apenas a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o fornecimento de bens ou serviços previstos na legislação ou, como no caso dos medicamentos, em protocolos aprovados pelo Ministério da Saúde ou pelas Secretarias de Saúde dos Estados ou Municípios.

Nesse sentido, para solucionar a questão que se apresentava na realidade do país sobre quais critérios seriam os corretos para atender ao mínimo existencial com o devido respeito aos orçamentos e previsões estatais, foi fixada a Tese nº 106 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual fora definida na decisão dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1657156/RJ⁷⁵. Desse modo, dada a sua relevância para a questão, cabe elencá-la:

TESE FIXADA:

A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

Portanto, atualmente, ainda é factível que o “mínimo existencial” dos indivíduos se sobrepõe à alegação de “reserva do possível” pelo Estado, não sendo as limitações fático-

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 204-205. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp: 1657156/RJ 2017/0025629-7**, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 12/09/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 21/09/2018.

jurídicas impedimentos para que o Poder Judiciário determine àquele a concessão de medicamentos. No entanto, há de se considerar os requisitos obrigatórios para que haja tal determinação judicial, quais sejam a comprovação da imprescindibilidade do medicamento por laudo médico, a ineficácia daqueles que são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para a enfermidade em questão, a hipossuficiência do requerente e o registro da medicação na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nesse limiar, tais exigências se mostram altamente corretas, tendo em vista delimitarem de forma precisa como deve se dar o procedimento judicial para a concessão de medicamentos. Ademais, além da concretização procedimental, se mostram suficientes para possibilitar, ao mesmo tempo, três fatores de muita importância: a) o respeito ao direito à saúde, pois garante que, cumpridas as determinações, o requerente terá o fármaco que precisa, ainda que o Estado não o disponibilize habitualmente; b) o impedimento de decisões atécnicas (não no aspecto judicial, mas no âmbito da saúde em si) que determinem o fornecimento de medicamentos inapropriados (sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária), os quais podem gerar consequências piores do que a própria enfermidade a ser curada; c) maior controle do Estado sobre os recursos financeiros, visto que, embora ainda haja o gasto excedente às previsões orçamentárias em decorrência de decisões judiciais desfavoráveis ao ente público, tais despesas foram reduzidas em virtude da maior racionalização trazida pelo entendimento fixado.

Nessa toada, registre-se que referida tese já foi abordada em decisões posteriores, como no julgamento do Recurso Especial nº 1053375/RS⁷⁶. Tal julgado esclareceu, inclusive, o que aqui já se elencou acerca da jurisprudência anterior à publicação do acórdão embargado (isto é, a publicação do acórdão que decidiu o Recurso Especial nº , a qual ocorreu em em 04 de maio de 2018) que fixou a tese ser no sentido de conceder o medicamento requerido somente com base em sua imprescindibilidade. Ante seu teor deveras esclarecedor, é válido expor a ementa da decisão ora analisada:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. FÁRMACO NÃO INCLUÍDO EM LISTA DO SUS. NECESSIDADE COMPROVADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1053375/RS 2008/0093702-1**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2019.

1. Conforme a orientação estabelecida no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, examinado na forma do art. 1.036 do CPC/2015: "A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modulam-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018."

2. Para as ações anteriores, definiu-se a aplicação da jurisprudência até então vigente, que exigia apenas a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

3. Na hipótese, o Tribunal a quo, apesar de reconhecer a importância da medicação para a paciente, negou-lhe o direito à prestação com base unicamente na sua não inclusão em lista do SUS.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(STJ. REsp: 1053375/RS 2008/0093702-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2019.)

Desse modo, tem-se que, quando é possível depreender que o caso concreto se atém somente a uma impossibilidade do Estado fundamentada na alegação da “reserva do possível” (isto é, cumprem-se todos os requisitos, mas o ente não pode cumprir a prestação por questões fático-jurídicas), há que prevalecer o entendimento de que, segundo Sarlet e Figueiredo⁷⁷ (2007, p. 204),

a salvaguarda da vida é, de regra, prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por conseqüência (ou mesmo pressuposto) eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários, o que, à evidência, somente poderá ser aferido definitivamente diante do caso concreto.

Ante o exposto, tendo em vista que o Poder Público segue uma tendência de tentar se eximir de suas responsabilidades, bem como há a possibilidade de fornecimento de medicamentos (e de tratamentos) não previstos expressamente nas diretrizes das políticas públicas de saúde, é factível a necessidade de atuação judicial para resguardar, integralmente, os preceitos legais relativos à saúde.

Assim, conclui-se que a doutrina tem falhado ao elencar a “reserva do possível” como fator apto a impedir a intervenção judicial no caso de ineficiência ou omissão do Poder Público em garantir as políticas determinadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, Sarlet, Mitidiero

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, 2007, p. 204. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 20/09/2020.

e Marinoni,⁷⁸ (2020, p. 654) entendem que

as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia – o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social.

Portanto, é de extrema relevância que se compreenda que a judicialização se mostra como o melhor e mais apto meio a garantir o cumprimento dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde, não devendo ser a “reserva do possível” alegação suficiente para deslegitimá-la.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 654.

4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVA GARANTIDORA DO DIREITO À SAÚDE

A princípio, cabe esclarecer que a “judicialização do direito à saúde” é um fenômeno social e jurídico de extrema relevância pois, como já exposto, refere-se a questões atinentes ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Surgido em conjunto com a judicialização das diversas relações, se desenvolveu a partir da década de 1990 como reação da sociedade face ao descumprimento, pelo Poder Público, de preceitos insculpidos na Carta Magna de 1988 e na Lei 8.080/90, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde no Brasil. Nesse limiar, expõe Barroso⁷⁹ (2015, p. 512) que

circunstâncias como a amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito deram lugar a um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos.

Basicamente, a formação do fenômeno se deu através da observação de constantes ações judiciais propostas contra um ente público sob o fundamento de que este havia falhado em seu dever legal de prestar assistência integral e de qualidade à saúde do proponente, seja de forma individual ou coletiva. A esse respeito, o fato é que a recorrência dos casos se deu de forma tão visível que se tornou objeto de constantes estudos por parte da doutrina pátria, bem como despertou a atenção das maiores cortes judiciais do país.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que, semelhantemente ao conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, não se mostra uníssona entre os doutrinadores a possibilidade de interferência do Poder Judiciário quando em questão o direito à saúde. Em verdade, há de se registrar que o debate a esse respeito é mais amplo, envolvendo não só a saúde pública, mas todas as políticas formuladas pelo Estado com o objetivo de garantir direitos.

Assim, estabelecida a existência de diferenças de pensamento (as quais já foram elencadas como saudáveis para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, bem como para todas as

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p. 512.

áreas humanas e científicas), ressalte-se que há aqueles que entendem ser a ingerência judicial algo positivo, ao passo que confere efetividade aos direitos sociais previstos constitucionalmente. No entanto, há quem compreenda em sentido diverso, alegando ser tal interferência prejudicial à coletividade, pois compromete o planejamento do Estado, o qual já foi minuciosamente estudado e culminou nas diretrizes previstas na política pública que se vê em cheque quando questionada diante de um juiz ou tribunal. A esse teor, evidencia-se que, de fato, há um debate de acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas, conforme expõe Masson⁸⁰ (2016, p. 292):

Deve-se verificar quais os órgãos competentes para formular e efetivar as políticas públicas, determinando as preferências que orientarão os gastos públicos, estipulando quais despesas são prioritárias. É neste tópico que surge uma importante discussão que circunda o tema: a possibilidade do controle judicial das políticas públicas enquanto modo de efetivação dos direitos sociais naquelas hipóteses em que os órgãos políticos (Legislativo e Executivo) mantêm-se inertes e não cumprem seus deveres constitucionalmente postos referentes à implementação daqueles direitos. O que se debata, em síntese, é a viabilidade da intervenção do Poder Judiciário para efetivar diretamente o acesso aos bens que o Estado, injusta e infundadamente, recusa.

A esse teor, é preciso elencar as críticas à judicialização de políticas públicas, especialmente as atinentes ao direito à saúde. Para tanto, cumpre trazer os questionamentos predominantes, os quais Barroso⁸¹ (2007, p. 22-23) esclarece de forma analítica e expositiva:

A primeira e mais freqüente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apóia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do

⁸⁰ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 292.

⁸¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Da Falta de Efetividade a Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**, 2007, p. 22-23. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luiz_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 21/09/2020.

arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Nessa toada, destaca-se o entendimento de Canotilho⁸² (1997, p. 912), o qual expõe que “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção.”

Com similar compreensão do tema, Barcellos⁸³ (2006, p. 32) enfatiza que:

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da acção estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

Contudo, apesar de não ser possível solucionar o debate de forma simplista, dada a sua complexidade, deve-se considerar que, como já bem esclarecido, é factível que o Estado, por vezes, se exime de sua responsabilidade de efetivação das políticas públicas. Desse modo, mostra-se inequívoca (por uma questão lógica) a necessidade de que o Poder Judiciário não permaneça inerte, mas ativo no sentido de garantir direitos ilegitimamente ignorados. Ressalte-se, ainda, que tal ingerência de modo algum significa desrespeito ao princípio da separação de poderes, eis que se revela como obrigação constitucional daquele Poder fazer com que os preceitos constitucionais sejam efetivados e cumpridos. Nesse limiar, entendem Gandini, Barione e Souza⁸⁴ (2010, p. 76-77) da seguinte maneira:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se. A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., São Paulo : Almedina, 1997, p. 912.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado, ano 1, n° 3, 2006, p. 32.

⁸⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evange-lista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade concilia-dora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas : Saberes Editora, 2010, p. 76-77.

direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Seguindo idêntica linha de raciocínio e exemplificando o tema em análise com o julgamento de um caso concreto, aduz Masson⁸⁵ (2016, p. 293) que

a intervenção jurisdicional, desde que justificada pela ocorrência de arbitrária e inadequada recusa governamental em conferir significação real a algum direito social, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao princípio da separação de poderes) sempre que se impuser a necessidade de fazer prevalecer aos direitos sociais uma proteção mínima, conforme constitucionalmente engendrada. No intuito de ilustrar uma atuação legítima (e dentro das margens constitucionalmente impostas pela separação dos Poderes) do Poder Judiciário no tema políticas públicas, vale mencionar o entendimento firmado pela 1ª turma do STF no RE 429.90327. Nesse recurso a Corte firmou a possibilidade de a Administração Pública ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter um estoque de medicamento específico para uma doença grave, a fim de impedir as inaceitáveis interrupções no tratamento. De se notar que o Poder Judiciário não exerceu nenhuma ingerência indevida na coordenação das verbas do Estado, mas agiu para impedir o ato ilegal e abusivo de não adquirir o medicamento em tempo hábil a sequenciar o tratamento dos pacientes.

Portanto, não sendo tal intervenção uma quebra ou descumprimento de qualquer preceito constitucional, não há que se falar em sua impossibilidade ou ilegitimidade. Pelo contrário, a existência dessa ferramenta de controle torna a sociedade mais digna e humanizada, ao passo que confere a verdadeira efetividade que a Constituição determinou que fosse dada às políticas públicas. A esse teor, Krell⁸⁶ (2002, p. 97) compreende a questão sob a ótica de que

exige-se um Judiciário intervencionista que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da “programaticidade principiológica” da Constituição.

Em complementação ao entendimento da necessidade de ingerência do Poder Judiciário no controle de qualidade das políticas sociais, registre-se o que aduz Krell⁸⁷ (2002, p. 93):

⁸⁵ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016, p. 293.

⁸⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 97.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 93.

A Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de todos os níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza.

Considerando o exposto, apesar de ser necessária a cautela nas decisões judiciais, motra-se evidente que são estas as responsáveis por garantir maior efetivação do direito à saúde e das políticas públicas em geral. Isso se dá pelo fato de que, se a sociedade ficasse a mercê da correção da ação governamental, teria de se contentar tão somente com a já exposta alegação genérica – tanto no âmbito de cobrança direta ao Poder Público quanto no judicial - de que a “reserva do possível” impede o cumprimento de seus deveres.

Portanto, verifica-se que o Judiciário assume o papel de efetivo garantidor do direito à saúde quando há ineficiência ou omissão do Estado. Assim, deve ser defendida, a todo custo, a possibilidade de sua judicialização, especialmente por esta se mostrar como a última via que o cidadão encontra para concretizar seu direito, bem como o Poder Judiciário é a única instituição com possibilidade de cominar sanções aos entes públicos descumpridores dos mandamentos constitucionais sociais.

4.1 A Judicialização como última (e mais eficaz) via para a concretização do direito à saúde

Como já esclarecido, o Sistema Único de Saúde possui diretrizes para a concessão de medicamentos e tratamentos aos cidadãos. Ocorre que, por vezes, estes deparam-se com uma necessidade extrema de suprimentos não previstos pelo Poder Público, surgindo a necessidade de requerer uma excepcionalidade, isto é, que o Estado disponibilize o que se revela necessário, seja através do próprio sistema público ou da compra/pagamento do que fora pedido.

Nesse sentido, o requerimento pode ser realizado tanto pela via administrativa, isto é, direcionado ao próprio ente público imediatamente responsável, quanto pela via judicial, podendo serem todos os entes federativos (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) demandados solidariamente, conforme já se mostrou.

Cumprido ressaltar, entretanto, que para haver a judicialização não é necessário o prévio requerimento ao Estado. A esse respeito, cumpre trazer as decisões de alguns julgados, como,

a princípio, o do Recurso Especial nº 1804657/SP⁸⁸, o qual tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF.

1. O recorrente, ao apontar violação ao artigo 267, VI, do CPC/1973, direcionou a sua tese no sentido de que não houve prévio requerimento administrativo do medicamento, deixando de impugnar o fundamento do acórdão recorrido, segundo o qual a lide versa sobre o direito à vida e à saúde, de forma que, diante da natureza e magnitude dos direitos envolvidos, basta a comprovação de necessidade do medicamento e a falta de condições de adquiri-lo, sendo desnecessário o prévio requerimento, sob pena de lesão a direitos fundamentais. A referida fundamentação, por si só, mantém o resultado do julgamento ocorrido no Tribunal de origem e torna inadmissível o recurso que não a impugnou. Incidência da Súmula 283/STF.

2. Ademais, nota-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, envolvendo especialmente a garantia constitucional de direito à saúde (art. 196 da CF), sendo a sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme arts. 102 e 105 da CF.

3. Recurso Especial não conhecido.

(STJ. **REsp: 1804657/SP 2019/0043673-6**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/06/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2019.)

Ademais, tal máxima se revela verdadeira ao passo que, se assim fosse, os indivíduos seriam extremamente prejudicados, especialmente em virtude do fato de que esse tipo de pedido está na esfera decisória da própria Administração Pública, a qual se mostra recorrentemente contrária à concessão de medicamentos e tratamentos não previstos em seus planos de saúde. A esse respeito, a supracitada contrariedade estatal se prova através da existência do próprio fenômeno da “judicialização do direito à saúde”, visto que, se não houvesse negativa dos entes responsáveis, as concessões seriam feitas de forma facilitada, bastando mero pedido do doente acrescido de laudo médico fundamentado, sem qualquer necessidade de se buscar a pretensão pela via judicial. Em verdade, porém, o que se verifica é a constante necessidade de que os indivíduos busquem a tutela de seu direito à saúde no Poder Judiciário.

Ressalte-se, entretanto, a obviedade da necessidade de que o cidadão ao menos compareça a um posto público de saúde e constate, de fato, a negativa quanto ao fornecimento do medicamento, o que não se trata de um requerimento específico formulado ao Poder Público, mas tão somente de uma necessidade não imediatamente atendida por este, a qual se mostra flagrantemente inconstitucional. O que se entende como “requerimento administrativo prévio”

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1804657/SP 2019/0043673-6**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/06/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2019.

se trata de, após sofrer uma negativa pelo hospital público (isto é, ser informado que o medicamento ou tratamento não será disponibilizado), o cidadão ser obrigado a realizar um requerimento formal ao Poder Público para que, após análise detalhada do caso específico, decida sobre a concessão ou não. É este o tipo de solicitação prévia que não deve ser (e não é) entrave à apreciação jurisdicional.

Desse modo, considerando o exposto, impende registrar que, ocorrendo ou não o requerimento anterior através da via administrativa, a judicialização se revela como o último – e mais eficaz – meio para que o cidadão possa ter seu direito à saúde garantido, tendo a decisão judicial força apta a coibir abusos e obrigar o Estado a cumprir seu dever constitucional.

4.2 A decisão judicial e sua possibilidade de cominar sanções ao ente público em caso de descumprimento

Análise não menos relevante é acerca de como se dá, de fato, a efetividade da decisão judicial. Infelizmente, a realidade mostra que, muitas vezes, quando não acompanhadas de medidas punitivas em caso de descumprimento, estas não são respeitadas somente por seu mandamento emanado e por possuírem (em tese) consonância com a Constituição.

Desse modo, após o reconhecimento pelos órgãos judiciais acerca da inércia ilegítima do Estado e a posterior decisão (seja em sede liminar ou terminativa) em favor do requerente ao medicamento ou tratamento médico, entende-se por necessário que os órgãos judiciais confirmem a esta determinado grau de coercitividade. Para tanto, a legislação processual civil permitiu (registre-se que não há obrigatoriedade) que a autoridade judiciária tomasse medidas objetivando a efetivação do direito já reconhecido, dando maior efeito prático à decisão. Nesse sentido, cumpre expor o que é trazido pelo artigo 536, *caput* e §1º⁸⁹ do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015):

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o

⁸⁹ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 09/10/2020.

desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Considerando a norma elencada, verifica-se que é possível que tais medidas sejam determinadas de ofício pelo magistrado ou após requerimento fundamentado da parte interessada. Esclareça-se, ainda, que o rol trazido pelo dispositivo supracitado é meramente exemplificativo, podendo haver determinação de quaisquer outros meios aptos a conferir o efeito prático à decisão.

Nessa toada, é válido explicitar e analisar alguns dos recursos coercitivos mais empregados pelos tribunais brasileiros no que tange à efetividade das decisões judiciais atinentes ao direito à saúde.

A esse teor, exponha-se que uma das medidas mais utilizadas para compelir o Poder Público à concretização das tutelas jurisdicionais é a imposição de multa diária (astreinte) contra o devedor da obrigação. Tal multa, como dispõe o artigo 537 e §4^o do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), é passível de aplicação na fase de conhecimento, em tutela provisória, na sentença ou na fase de execução, bem como é devida a partir do exato dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incide até que esta seja cumprida.

Em relação à essa multa e sua aplicação em face da Fazenda Pública (a qual era uma questão controvertida que não cabe aqui detalhar), o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.474.665⁹¹ firmou a tese de que é possível a imposição de multa diária à Fazenda Pública. Assim, mostra-se relevante a exposição de sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia:

⁹⁰ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09/10/2020.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1474665/RS 2014/0207479-7**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 26/04/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/06/2017.

possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

[...]

7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

(STJ. REsp: 1474665/RS 2014/0207479-7, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 26/04/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/06/2017.)

De modo relativamente similar (por se tratarem de questões pecuniárias), outra forma muito comum de exercer coerção ao ente público para que cumpra a tutela concedida é o bloqueio judicial de verbas públicas, isto é, as pertencentes ao ente responsável por cumprir a obrigação. Tal procedimento ocorre através da demonstração, pelo interessado, de orçamentos de um terceiro que esteja apto a ofertar o medicamento ou tratamento objeto da ação, ocasião na qual o juiz determinará que se bloqueie exatamente o valor necessário referente ao menor orçamento apresentado, observando a menor onerosidade ao Poder Público.

Ainda em relação a essa medida, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a jurisprudência já anteriormente firmada, determinou a existência de Repercussão Geral no sentido da possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. A referida compreensão se deu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607582/RS⁹², o qual possui a seguinte ementa:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(STF. RG RE: 607582/RS, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 13/08/2010, Data de Publicação: DJe-159 27/08/2010.)

Ante o exposto, confirma-se a possibilidade pacífica de imposição de sanções ao ente público em caso de descumprimento de determinações referentes ao direito à saúde. Nesse sentido, a decisão judicial ganha força e efetividade ao passo que seu descumprimento confere consequências mais gravosas do que a própria obrigação por ela determinada. Portanto, impende compreender pela total pertinência de medidas coercitivas aptas a resguardar garantias fundamentais constitucionais.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RG RE: 607582/RS, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 13/08/2010, Data de Publicação: DJe-159 27/08/2010.

5 CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto, cabe estabelecer, de plano, que o direito à saúde é intrinsecamente ligado ao direito à vida. Nessa toada, verifica-se como uma garantia fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se mostra como o mais relevante de todo o ordenamento jurídico.

Diante da tamanha importância desses preceitos, a Constituição de 1988 foi límpida e específica em determinar que é dever do Poder Público promover o direito à saúde através de políticas sociais e econômicas eficientes, regulamentando-as, fiscalizando-as e controlando-as de modo a prestar atendimento digno aos cidadãos.

Desse modo, objetivando atender ao mandamento constitucional, expõe-se que a Lei nº 8.080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde, o qual (saliente-se aqui) se mostra como um bom sistema, garantindo maior dignidade aos indivíduos. Assim, este deve ser defendido pela sociedade brasileira em face de críticas infundadas e, principalmente, da iniciativa privada da área, a qual tem completa ciência (e interesses ocultos) em relação à quantidade enorme de ganhos financeiros que poderia ter se privatizado todo o atendimento de saúde (passando a não mais agir somente de modo complementar). No entanto, embora defendendo a manutenção dessa política, não se pode deixar de registrar que um de seus preceitos é o da integralidade do atendimento e, em muitos casos, este é desrespeitado, havendo negativa do Estado em garantir de forma completa o direito em questão.

Ainda, cumpre ressaltar que tal viés falho é abordado não só com o objetivo de alertar e promover o melhoramento do Sistema Único de Saúde (SUS), mas também o de evidenciar um fenômeno que se mostra como consequência fática dessa inconsistência: a judicialização do direito à saúde. Em suma, busca-se mostrar que o movimento de aclamação ao Poder Judiciário no sentido de conferir eficácia ao direito à saúde é decorrente das constantes falhas do Estado nesse ponto. Ainda, há de se registrar o objetivo de defesa da tese segundo a qual o sistema jurídico é o efetivo garantidor da premissa constitucional em análise, visto ser sua existência e coercitividade que desfazem a inércia dos responsáveis que se assim se encontram.

Para atingir de forma detalhada e clara o que se busca demonstrar e defender, foi necessário, a princípio, esclarecer como se dá a tutela do direito à saúde no ordenamento

jurídico brasileiro, isto é, sua criação, estruturação, seus problemas mais relevantes e de que forma é juridicamente entendida a responsabilidade dos entes federativos para com esta política pública. Nesse sentido, expôs-se a já citada lei de criação do Sistema Único de Saúde (SUS), sua base financeira, a qual é sustentada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a relevância dos Conselhos de Saúde no sentido de definirem as diretrizes a serem seguidas com base nos planos orçamentários. Ainda, foi evidenciada a principal questão problemática do sistema de saúde pública do país, qual seja a do fornecimento de medicamentos, havendo constantes solicitações de fármacos que não se encontram na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que é a lista que define quais são os fornecidos. Por fim no que tange à tutela do direito à saúde, elencou-se que a jurisprudência pátria definiu a existência de responsabilidade solidária de todos os entes federativos, podendo estes serem demandados conjuntamente.

Em seguida, adentrou-se para o aspecto da ineficiência e omissão do Estado em garantir o direito à saúde, abordando-o como parte integrante do “mínimo existencial”, o qual é entendido como o conglomerado de condições materiais que possibilitem dignidade ao indivíduo. Analisou-se também o modo com que o Poder Público tem buscado justificar o não cumprimento de seu dever legal, qual seja através da alegação genérica (de forma recorrente e não efetivamente comprovada) de “reserva do possível”, isto é, a impossibilidade fático-jurídica de arcar com a obrigação requerida judicialmente ou através de cobrança popular. Ademais, para buscar melhor esclarecimento diante da complexidade do conflito entre os conceitos supracitados, foram expostos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relevantes. A esse teor, constatou-se que, apesar de dicotômico na doutrina, a jurisprudência tem decidido reiteradamente no sentido de que o direito à saúde, de fato, se insere no “mínimo existencial” e, por isso, deve prosperar quando confrontado com a falta de recursos estatais.

Ainda no que tange à ineficiência e omissão do Poder Público, buscou-se detalhar a concessão judicial da problemática (já anteriormente abordada) envolvendo a distribuição de medicamentos. Para tanto, foi demonstrado que a principal alegação estatal para a negativa de concessão de medicamentos fora das listas elaboradas pelo Sistema Único de Saúde era a de que isto acarretaria enormes prejuízos ao Poder Público, impossibilitando o cumprimento do direito à saúde em relação a outros indivíduos. Ainda nesse limiar, foi tratada a ocorrência de fixação de tese, pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é possível a concessão de medicamentos fora dessas listas, devendo, no entanto, serem comprovadas a

imprescindibilidade do medicamento, a incapacidade financeira do requerente em pagá-lo e a existência de registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Estabelecidas as questões iniciais pertinentes ao tema, foi defendida, ao final, a tese que se propõe. Nesse sentido, foi exposto que a judicialização do direito à saúde é um fenômeno que vem se manifestando no país desde a década de 1990 e retomado o fato de que esta tem decorrência concreta do descumprimento, pelo Poder Público, de preceitos advindos da Constituição de 1988. Ainda, foram analisados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais referentes à possibilidade (ou não) de ingerência do Poder Judiciário nas políticas sociais de saúde. No que tange à doutrina, como de praxe, verificou-se a existência de divergência em relação ao tema, havendo aqueles que veem com positividade a intervenção judicial, bem como os que a ela são resistentes. Entendendo-se de acordo com a primeira corrente, foi sustentado que, em virtude das anteriormente expostas falhas estatais, não há que se falar em prejudicialidade à sociedade na ocorrência de interferência judicial, mas, ao contrário, em evidente garantia de efetividade do direito à saúde. Constatou-se, ainda, que tal ingerência de modo algum pode ser considerada um desrespeito ao princípio da separação de poderes, visto se ater somente ao mandamento constitucional no sentido de que o Poder Judiciário deve zelar pelo cumprimento dos preceitos ali exarados, não havendo qualquer “criação” de políticas públicas por parte deste (caso em que haveria, de fato, desrespeito à separação de poderes).

Prosseguindo nesse limiar, mostrou-se que a judicialização é a última (e mais eficaz) via do cidadão para ver seu direito à saúde devidamente resguardado, tendo em vista que, embora haja a possibilidade (sem obrigatoriedade) de requisição pela via administrativa, esta se encontra na esfera decisória do próprio ente público. Ainda, e por fim, foi ressaltado que a decisão judicial pode, com o objetivo conferir-lhe maior eficácia, cominar sanções ao ente público faltoso caso este não cumpra o que fora ordenado. Objetivando detalhar tal possibilidade, foram expostos os dispositivos da legislação processual civil e os entendimentos jurisprudenciais atinentes à questão, evidenciando algumas formas de coercitividade como a imposição de multa diária e o bloqueio de verbas, ambas em face da Fazenda Pública, obviamente em se tratando de direito à saúde pública.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 3, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

_____. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,** 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 21/09/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. **Lei Complementar nº 141/12, 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>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09/10/2020.

_____. **Lei nº 8.080, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. Ministério da Saúde. **Conhecer a relação de medicamentos essenciais do SUS (RENAME)**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/conhecer-a-relacao-de-medicamentos-essencias-do-sus>>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde: O que é, como funciona e estrutura**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 29/11/2019.

_____. **Resolução nº 333, de 04 de novembro de 2003**. Aprovar diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2003/res0333_04_11_2003.html>. Acesso em: 03/12/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp: 1657156/RJ 2017/0025629-7**, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 12/09/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/09/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1053375/RS 2008/0093702-1**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1068731/RS 2008/0137930-3**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1474665/RS 2014/0207479-7**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 26/04/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/06/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1770780/PB 2018/0254310-1**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/12/2018, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1804657/SP 2019/0043673-6**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/06/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 639337/SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet: 1246/SC**, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RG RE: 607582/RS**, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 13/08/2010, Data de Publicação: DJe-159 27/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RG RE: 855178/PE 0005840-11.2009.4.05.8500**, Relator Min. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-050 16/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 482611/SC**, Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 23/03/2010, Data de Publicação: DJe 07/04/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SS: 3073/RN**. Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 09/02/2007, Data de Publicação: DJ 14/02/2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., São Paulo : Almedina, 1997.

CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. *In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 2008, p. 5953-5965. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf>. Acesso em: 24/09/2020.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. *In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil*. Campinas : Saberes Editora, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2016.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. 1º ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

MENDES, Sérgio. **Plano Plurianual: Dica Estratégica de Administração Financeira e Orçamentária**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/plano-plurianual/>>. Acesso em: 03/12/2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo : Método, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do poder judiciário. *In: LUNARDI, Soraya (Coord.). Direitos fundamentais sociais*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 97-114.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba : Juruá, 2008.

ORDACGY, André da Silva. **O direito humano fundamental à saúde pública**. [S.l.], 2007. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em 03/12/2019.

PACIENTE com cirrose hepática morre após esperar sete meses por medicamentos garantidos em decisão judicial. **G1 Sorocaba e Jundiá**, Campo Limpo Paulista, 26 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/paciente-com-cirrose-hepatica-morre-apos-esperar-sete-meses-por-medicamentos-garantidos-em-decisao-judicial.ghtml>>. Acesso em: 03/12/2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 1994.001.01749**. Relator: Des. Carpena Amorim. DJ 20/09/1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, 2007, p. 171-213. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 21/09/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *In: Revista Interesse Público*, v. 32, 2005, p. 213 e ss.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. *In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa Leão. (Org.). Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. 1. ed. Birigui : Boreal, 2011, Capítulo 1.