

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

STEFANIE ALMONACID LABRE DA SILVEIRA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

SÃO PAULO
2019

STEFANIE ALMONACID LABRE DA SILVEIRA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ivandick Cruzelles Rodrigues

SÃO PAULO
2019

STEFANIE ALMONACID LABRE DA SILVEIRA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ivandick Cruzelles Rodrigues
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Orientador

Prof. Ms. Paulo Soares Ferreira
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Examinador

Prof. Dr. Túlio Augusto Tayano Afonso
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e a minha madrasta, por serem os meus maiores exemplos, e por todo o amor e suporte que me deram, permitindo-me chegar até aqui.

Ao meu falecido avó, Atinho, que me ajudava com as lições de casa com toda paciência e carinho, mostrando-me a importância da educação e de uma boa base familiar.

Aos meus irmãos que são os meus melhores amigos e grandes apoiadores, sempre me acompanhando em todas as minhas aventuras.

Ao meu namorado, Daniel, que com certeza foi o meu maior apoio durante a graduação, sempre acreditando no meu potencial, crescendo junto comigo e vibrando em cada conquista.

Aos meus amigos Rafael, Vinícius, Vitor, Thaís e Letícia, que dividiram comigo os cinco anos da graduação, compartilhando todas as dificuldades e vitórias e, mostrando-me o verdadeiro significado da amizade.

Ao meu orientador, por todo o apoio nesse projeto, que desde o primeiro dia em que conversamos sobre o tema, abraçou a minha ideia e foi sempre solícito, dedicado e compreensivo, ajudando a atingir o meu objetivo.

Aos meus professores por compartilharem os seus conhecimentos, estarem sempre à disposição dando todo o suporte que me permitirá concluir com êxito a graduação e me tornar uma profissional.

E por fim, agradeço imensamente à Universidade Presbiteriana Mackenzie por ter me proporcionado a melhor experiência de graduação que eu poderia querer, tornando os últimos cinco anos inesquecíveis, e enchendo-me de orgulho de ser Mackenzista.

RESUMO

A Constituição Federal protege o direito à saúde, o qual é um direito fundamental associado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana e, prevê que é dever do Estado garantir tal direito por meio de políticas públicas.

Entretanto, para que o Estado consiga cumprir com o seu dever prestacional, ele necessita observar e respeitar a escassez dos recursos públicos, principalmente os financeiros, os quais são limitados.

Essa pesquisa tem por escopo analisar a tutela da saúde na constituição, e os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial, a fim de verificar os conflitos existentes na concretização do direito à saúde, e as possíveis soluções adotadas pela doutrina e sobretudo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, tendo em vista a atualidade e a relevância social e econômica do tema tratado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos fundamentais. Reserva do possível. Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Financiamento da saúde.

ABSTRACT

The Federal Constitution protects the right to health, which is a fundamental right associated with the right to life and the dignity of the human person and provides that it is the duty of the Public Administration to guarantee such right through public policies.

However, for the Public Administration to be able to fulfill its performance duty, it must observe and respect the scarcity of public resources, especially financial ones, which are limited.

This research aims to analyze the protection of health in the constitution, and the concepts of proviso of the possible and existential minimum, in order to verify the existing conflicts in the implementation of public policies related to the right to health, and the possible solutions adopted by the doctrine and especially by the Supreme Federal Court's jurisprudence of the year 2019, given the current and social and economic relevance of the subject.

Keywords: Right to health. Judicial review of healthcare. Proviso of the possible. Existential minimum. Health Financing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 – DO DIREITO À SAÚDE.....	3
1.1 – ANÁLISE HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL.....	3
1.2 – FINANCIAMENTO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	15
2 – DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	23
3 – DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	31
4 – DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO.....	35
5 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	45
6 – CONCLUSÃO.....	71
7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

Essa monografia tem como objetivo estudar o direito à saúde, a sua judicialização e questões orçamentárias relacionadas com a sua concretização, verificando-se a efetividade do quanto previsto na Constituição Federal de 1988, a qual trouxe profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, dentre essas mudanças, a previsão do direito à saúde como um direito fundamental, cujo dever de prestação é do Estado.

A pesquisa foi realizada por meio de análise bibliográfica sob o método exploratório, onde foram analisadas obras literárias, artigos, monografias, documentos oficiais brasileiros e estrangeiros, legislação, doutrina, notícias, e jurisprudência específica do STF do ano de 2019, seguindo os seguintes critérios: direito à saúde, reserva do possível, mínimo existencial e judicialização da saúde.

O primeiro capítulo aborda toda a questão histórica de como o direito à saúde passou a ser previsto na Constituição Federal da forma como é hoje, refletindo-se sobre as transformações sociais e jurídicas que o Brasil passou, bem como explorando os dispositivos da constituição que tratam da saúde, a fim de verificar todas as conquistas constitucionais sobre o tema. E por fim, nesse capítulo foi analisada a questão orçamentária do direito à saúde, examinando como o Estado se organiza financeiramente para dar efetividade a esse direito, e quais as consequências práticas da boa ou má gestão desses recursos.

No embalo do assunto orçamentário, sabe-se que prestação do direito à saúde pelo Estado possui um custo, o qual é altíssimo, podendo ser inviável a sua prestação a todos os brasileiros, de modo que no segundo capítulo é explorado o conceito de reserva do possível, como ele surgiu, para que ele serve, como ele é aplicado no Brasil, qual a sua relação com a concretização do direito à saúde.

Mais à frente, no capítulo três, considerando a escassez de recursos financeiros e a clareza de que a reserva do possível sempre será um argumento presente adotado pelo Estado, foi examinado o conceito de um mínimo existencial, estudando o seu surgimento, seu significado, sua aplicação prática, seu embasamento legal na legislação brasileira, e também a sua relação com a efetivação do direito à saúde.

Após, no capítulo quatro, foi investigado como o Estado concretiza o direito à saúde e o processo de judicialização da saúde, sendo analisado o porquê da

necessidade de ingressar com ação judicial para demandar prestações relativas à área da saúde, bem como analisado se o Judiciário possui legitimidade para determinar que a Administração Pública cumpra com uma política pública, quais os fundamentos adotados pelos Magistrados nas ações, quais os impactos da judicialização da saúde, e quais os desafios enfrentados pelo Judiciário relacionados ao tema.

Por fim, foram examinados julgados do Supremo Tribunal Federal do ano de 2019, a fim de verificar como os Ministros têm solucionado os conflitos referentes a não prestação do direito à saúde pelo Estado, o que eles têm considerado na hora de proferir as decisões, e quais tem sido os argumentos jurídicos utilizados, percebendo-se a existência ou não de entendimentos majoritários, ou consolidados sobre o tema.

1. DO DIREITO À SAÚDE

1.1. ANÁLISE HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL

Após o Brasil ter sido descoberto em 22 de abril de 1500, o país ficou sem legislação até 1532, e “o primeiro ato legislativo atinente ao Brasil foi a bula papal expedida por Julio II, confirmada por D. Manuel, na qualidade de grão-mestre da Ordem de Cristo e rei de Portugal”¹, tal ato concedia a propriedade das terras brasileiras ao Rei de Portugal, conforme estipulado no Tratado de Tordesilhas.

Em virtude da invasão das tropas napoleônicas em Portugal, no período de 1808 a 1822, o D. João VI fugiu para as terras brasileiras (colônia portuguesa na época), momento em que o território brasileiro começou a passar por algumas transformações legislativas, tendo ocorrido a transferência da Corte Portuguesa, a criação da Casa de Suplicação (atual Supremo Tribunal Federal) e das Secretarias de Estado.

No Brasil, D. João VI enfrentou diversas revoltas liberais, as quais refletiam inclusive na Metrópole, fato que obrigou a família real a retornar à Lisboa em meio aos novos conflitos gerados. Antes de voltar à Portugal, D. João nomeou o seu filho mais velho D. Pedro Alcântara de Bragança como Príncipe Regente do Brasil (ano de 1821).

Por sua vez, D. Pedro Alcântara de Bragança proclamou a independência do Brasil em 07 de setembro de 1822, e a partir desse momento o recém Império do Brasil começou a produzir a sua própria legislação, embora a Lei de 20 de outubro de 1823 estabelecesse que as Ordenações Filipinas e a legislação de Portugal editadas até 25 de abril de 1821 continuassem em vigor no Brasil.²

Foi em meio a esse novo cenário que nasceu em 25 de março de 1824 a primeira Constituição Brasileira, sendo esta a constituição que mais durou na história do Brasil, tendo ficado vigente por sessenta e cinco anos. A referida constituição estava marcada pelo período colonial, tendo o seu projeto sido redigido por membros do Conselho Estado. Pinho explica que "a primeira Assembleia Nacional Constituinte

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 387. In: RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 3 - p. 447- 460 / set-dez 2010, p. 449. Acesso disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acessado em 17 de outubro de 2019.

² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7.

foi dissolvida pelo Imperador, que constituiu um Conselho de Notáveis para elaboração da Carta Magna. O texto foi promulgado por Dom Pedro I como 1ª Constituição brasileira”³.

Na Constituição de 1824⁴ houve a previsão da quadripartição dos Poderes Políticos: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Moderador e Poder Judicial⁵, houve também a distinção entre normas constitucionais formais e materiais. Na época existia uma grande concentração de poder com o Imperador no topo da pirâmide do cenário oligárquico.

Apesar de a elaboração da Constituição de 1824 ter sido influenciada também por ideais libertários, o texto na realidade buscava apenas concentrar o poder nas mãos do Imperador, de modo que temas como o Direito à Saúde não foram tratados, considerando o contexto histórico e cultural e as desigualdades sociais que marcavam o período.

A citada constituição do Império brasileiro garantiu os Direitos do Homem (civis e políticos) em seu artigo 179, o qual possuía 35 incisos com direitos e garantias, dentre eles o direito à liberdade, à igualdade e à propriedade. Ressalta-se que a única menção à saúde em todo o texto constitucional de 1824 está também no art. 179, especificamente no inciso XXIV o qual dispõe que “nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e **saude** dos Cidadãos. (grifo nosso)”. Nota-se que embora trate de “saúde”, o referido inciso diz respeito na verdade ao direito ao exercício da atividade laboral e não ao direito à saúde em si.

A Europa estava sob a influência de movimentos liberais que buscavam reestruturar a sociedade, e revisar os direitos e garantias com um ideal mais progressista em meio às crises econômicas que a maioria dos países europeus enfrentavam na época. Nesse cenário, ocorreu em 1820, em Portugal, a Revolução Liberal do Porto, tendo ela gerado o retorno da Corte Portuguesa à Lisboa, o que

³ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 191.

⁴ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**.

acabou resultando no fim do absolutismo português e na implementação da primeira constituição portuguesa no ano de 1822⁶.

O contexto histórico da época influenciou a proclamação da independência do Brasil e a criação da primeira constituição brasileira. Contudo, é inegável que a intenção central do primeiro texto constitucional brasileiro era de extinguir o colonialismo, instituir o Império do Brasil, e resguardar os interesses e privilégios da elite aristocrática, ou seja, não era tão liberal e progressista quanto as ideias que vagavam na Europa no mesmo período, de maneira que mesmo que a referida constituição previsse direitos como o de saúde, tais direitos atenderiam apenas a aristocracia, enquanto a maior parte dos cidadãos brasileiros continuariam sem nenhuma garantia nesse sentido, escrava, sem acesso à saúde, ou sendo submetida a tratamentos precários.⁷

No mesmo sentido, a Constituição de 24 de março de 1891 da República do Brasil⁸, também não dispunha sobre Direito à Saúde, e tão somente assegurava direitos como o de liberdade, segurança e propriedade, sendo que um dos principais marcos dessa constituição foi a previsão do *habeas corpus*.

A Constituição de 16 de julho de 1934⁹, originada da Revolução Constitucionalista de 1932, dispõe expressamente em seu artigo 10, inciso II, que compete concorrentemente à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência pública, tornando-se, assim, a primeira constituição a fazer previsão sobre Direito à Saúde. Referida Carta Magna pretendia implantar na legislação brasileira os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, mas tal constituição deixou de vigorar quando Getúlio Vargas deu o golpe de Estado e a Constituição de 1937 entrou em vigor reduzindo os direitos individuais, e barrando as garantias fundamentais previstas na constituição anterior.

⁶ PORTUGAL. **Constituição Política da Monarquia Portuguesa. 1822.** Lisboa. Disponível em: <<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7511.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

⁷ SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição.** 2007. p. 168.

⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

Não obstante a Constituição de 1937¹⁰ não garantir o Direito à Saúde, ela previu em seu artigo 16, inciso XXVII, que compete privativamente à União o poder de legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança, bem como previu em seu artigo 18, “c”, que os Estados poderiam legislar de forma suplementar sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

A Constituição de 1946¹¹ promulgada após a 2ª Guerra Mundial, tomou a estrutura da Constituição de 1891 e introduziu os direitos culturais, econômicos e sociais pretendidos pela Constituição de 1934, porém não trouxe nenhuma previsão expressa sobre Direito à Saúde, e dispôs em seu artigo 5º, inciso XV, alínea “b”, que compete a União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, tendo privilegiado o regime das liberdades individuais e fundado o princípio da Justiça, do trabalho digno, e da educação baseada na ideia de solidariedade humana.

Nesse período de pós Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹², estabelecendo em âmbito internacional, especificamente em seu artigo XXV que:

todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, **saúde** e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, **cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis**, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Grifos nossos)

A partir da Declaração dos Direitos Humanos os países internamente tendiam a inserir cada vez mais direitos sociais em seus ordenamentos jurídicos como medida de garantir direitos fundamentais, em consonância com o cenário internacional de garantias individuais com extensão universal (direito de todos os indivíduos).

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

¹² Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Acesso disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

Contudo, com a ocorrência do Golpe Militar em 1964, foi promulgada a Constituição de 1967¹³, a qual tem um capítulo tratando de Direitos e Garantias Individuais/Fundamentais (Capítulo IV), porém os dispositivos legais desse capítulo não produziam nenhum efeito real, dado ao regime totalitário instaurado na época. Nessa nova constituição os únicos dispositivos que tratavam de Direito à Saúde preveem a competência da União para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde (inciso XIV do art. 8º), e legislar sobre a defesa e proteção da saúde (alínea “c”, do inciso XVII, do art. 8º).

No início da década de 1970, no contexto de luta contra o regime militar, surgiu o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (“MRSB”), denominação dada ao movimento que lutava a favor da democratização do Direito à Saúde no Brasil. Tal movimento surgiu em meio aos ideais de redemocratização do país. A população e diversos profissionais da saúde, preocupados com a saúde pública do país começaram a desenvolver ideias, discutindo sobre a necessidade de mudanças na área da saúde como um todo, visando melhorias nas condições de vida dos cidadãos e o acesso à saúde de forma pública, tendo em vista as desigualdades sociais e a mercantilização da saúde¹⁴.

Em meio às discussões foi promulgada a Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975¹⁵, dispendo sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde, prevendo a adoção de medidas de interesse coletivo, dentre elas a elaboração de planos e normas para avaliar o estado sanitário da população brasileira, bem como avaliar os recursos disponíveis para assistência sanitária.

Os debates do MRSB geraram teses que fizeram parte de discussões políticas, configurando uma ação popular em luta pela saúde como um direito universal de cidadania. Tais teses foram institucionalizadas e amplamente discutidas na 8ª Conferência Nacional de Saúde ocorrida no ano de 1986¹⁶, evento que

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

¹⁴ AROUCA, A. S. **Democracia é saúde**. In: **8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986**. Brasília. Anais. Ministério da Saúde. Brasília: DF, 1986. p. 35-42.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde. Brasília. Acesso disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

¹⁶ BRASIL. **8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986**. Relatório final disponível em

consubstanciou as propostas da Reforma Sanitária, e teve como principais tópicos de discussão a “saúde como direito inerente á cidadania e à personalidade”, a “reformulação do sistema nacional de saúde, e o “financiamento do setor saúde”.

Na referida Conferência, Antônio Sérgio da Silva Arouca, Presidente da Fundação Oswaldo Cruz, enfatizou:

Portanto, o lema que surgiu dentro do sistema de saúde durante os últimos anos – **“democracia é saúde”** – significava que para se conseguir começar, timidamente, a melhorar as condições de saúde da população brasileira, era fundamental a conquista de um projeto de redemocratização deste País. (Grifo nosso)¹⁷

Esclarece Arouca que no processo de luta pela redemocratização do país, era fundamental a mudança nos conceitos de saúde e no sistema de saúde do Brasil:

É fundamental, portanto, que, ao mesmo tempo, se modernize, se luta contra a fraude e se melhore o desempenho institucional, mas sem perder de vista o projeto. E este só aponta para um sentido: a melhoria das condições de vida da população. Se não alcançarmos tais condições, o projeto, terá falhado. Que morram menos crianças; que o nosso povo viva e cresça mais e que tenha menos medo; que trabalhe melhor e participe cada vez mais da criação do nosso futuro; que esta Nação se autodetermine e crie um grande projeto brasileiro. É para isso que apontamos. Este é o nosso compromisso, e por isto esta Conferência foi convocada. (Grifos nossos)¹⁸

Na 8ª Conferência Nacional de Saúde também foi debatido o dever do Estado em relação à saúde:

A garantia dos direitos sociais é corolário do dever do Estado. Assim sendo, tratar-se-ia do redefinir as relações Estado/sociedade nesta nova conjuntura, adequando seu aparelho institucional às funções públicas. Nessa conjuntura de transição torna-se necessário resgatar concomitantemente a liberdade e a justiça social.

Nesse sentido é que se afirma que há direitos que constituem liberdades e há direitos que constituem poderes, direitos sociais. Os que constituem liberdade implicam sempre afastamento do Estado, enquanto os direitos sociais requerem a intervenção de um Estado democraticamente controlado. É fato notório na assistência médica previdenciária que esta associação propiciou não só uma sangria de recursos através do mar de fraudes e corrupções, mas talvez, o mais grave: a subordinação da política assistencial aos interesses privados, acarretando um sistema de serviços altamente concentrado, oneroso, especializado, descoordenado e potencializador das iniquidades.

A saúde e, portanto, a assistência, são serviços essenciais e não podem ser vistos de outra forma do que como um bem público.

(...) Um outro ponto importante é que o dever do Estado na garantia dos direitos sociais vai implicar necessariamente no rompimento desta

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>
Acessado em 15 de outubro de 2019.

¹⁷ AROUCA, A. S., **Democracia é saúde. In: 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986.** Brasília. Anais. Ministério da Saúde. Brasília: DF, 1986. p. 37.

¹⁸ Ibid., p. 42.

política social restritiva em direção à universalização da cidadania. Ora, parece-nos impossível pensar que tudo isto ocorra mantendo a estrutura atual da Previdência, na qual o sistema reduziu-se a uma função bancária de comprova de serviços. Por mais que se controlem as fraudes e os desmandos, que se estabeleçam parâmetros e se redirecione os recursos previdenciários, isto tudo ainda são mecanismos limitados, inerentes à estrutura e funções atuais da Previdência Social. **Há que se criar mecanismos mais adequados à nova relação que propõe estabelecer, para além dos financeiros, que dêem condições de se efetuar uma política social democrática. O controle financeiro é necessário mas não suficiente, tornando-se imprescindíveis as redefinições de nível jurídico desta nova relação.** (....)

É claro que o outro lado da medalha é exatamente a democratização do próprio Estado, para que um controle social efetivo seja exercido, de maneira transparente desconcentrada e descentralizada. Só assim será possível redefinir a política nacional de saúde de maneira efetiva, atribuindo ao Estado democrático a competência não só de normatização e financiamento, mas de real controle e dever de assegurar a universalização do direito à saúde. (Grifos nossos)¹⁹

Assim, o conceito de saúde como um direito universal e de dever do Estado se fortaleceu no final da década de 70 e meados da década de 80, em meio aos debates de redemocratização do país, e em razão das pautas políticas de democratização da saúde trazidas pela Reforma Sanitária Brasileira que reivindicou, em resumo, segundo Jairnilson Paim Naomar Almeida-Filho “o reconhecimento do direito à saúde, inerente a cidadania, acesso universal e igualitário aos serviços de saúde e participação social nas políticas e na gestão”²⁰.

Após muita luta da população brasileira para dar fim ao Regime Militar, finalmente o Brasil teve eleições para reestabelecer a democracia, tendo após a morte de Tancredo Neves, o Sarney assumido a presidência em 27 de novembro de 1985, e convocado a Assembleia Nacional Constituinte, da qual resultou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹ (“C.F.”), o alicerce da atual democracia brasileira, baseada em teorias antropológicas relacionadas aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 traz previsão expressa sobre os direitos sociais, dentre eles o Direito à Saúde (artigo 6º), que ganhou sua própria seção no texto constitucional (Seção II – Da Saúde, artigos 196 a 200), com normas de aplicação de

¹⁹ TEIXEIRA, S. M., **Cidadania, Direitos Sociais e Estado. In: 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986**, Brasília. Anais. Ministério da Saúde. Brasília: DF, 1986. p. 110.

²⁰ PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar. **Reforma sanitária brasileira em perspectiva e o SUS.** In: PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar (Orgs.) **Saúde coletiva: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Medbook, 2014. p. 205.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

efeitos imediatos, a saúde passou a ser direito de todos, com as características da universalidade, equidade, integralidade, e tornou-se sobretudo obrigação/dever do Estado. Com base nesses conceitos, criou-se o Sistema único de Saúde (“SUS”), o qual é uma garantia de acesso à saúde pública, fornecida pelo Estado, financiada pelo orçamento público, e representa atualmente o maior sistema público de saúde do mundo, sendo referência em diversos países.

O art. 199 da Constituição de 1988 prevê que a assistência à saúde privada pode complementar o sistema único de saúde, a fim de otimizar a garantia do Direito à Saúde. Além disso, o inciso II, do art. 23 da referida constituição, prevê que a responsabilidade da Administração Pública em relação à garantia social da saúde e sua assistência pública é comum de todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O art. 30, VII, da C.F. prevê que é competência dos Municípios prestarem, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000²², acrescentou a alínea “e” ao inciso VII, do artigo 34 da C.F., e passou a prever que a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal caso não seja aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A referida Emenda também alterou o inciso III do artigo 35 da C.F., passando a prever que o Estado poderá intervir em seus Municípios, ou a União poderá intervir nos Municípios localizados em Território Federal, caso não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O artigo 167, inciso IV, da C.F., prevê que é vedada a vinculação de receita de impostos a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde. O artigo 196 da C.F. prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

²² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

de doença, e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O artigo 197 estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, e cabe ao Poder Público dispor através de legislação sobre a 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.

Destaca-se que foi atribuído ao Ministério Público a função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, demonstrando que o texto constitucional se preocupou com a efetivação do direito à saúde, considerando-o como serviço de relevância pública.

O artigo 198 dispõe sobre a organização geral do sistema único de saúde que integra uma rede regionalizada e hierarquizada, e está 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.

O artigo 200 dispõe sobre algumas das atribuições e competências do sistema único de saúde, como:

- (i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- (ii) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- (iii) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- (iv) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- (v) incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- (vi) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- (vii) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e
- (viii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O artigo 208, inciso VII, estabelece que a assistência à saúde deve ser garantida como um programa suplementar ao educando que cursa a educação fundamental, cuja garantia é dever do Estado. O artigo 220, § 3º, inciso II, prevê a possibilidade de uma lei federal restringir a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O artigo 227 prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros direitos o direito à saúde, e também prevê em seu parágrafo 1º que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²³ dispõe que o ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, tem assegurada a assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes (art. 53, inciso IV). Além disso, alguns artigos preveem percentuais mínimos a serem destinados ao setor de saúde (por exemplo: artigo 55).

Com base na Constituição Federal, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990²⁴ prevê em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano e é dever do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Ademais, internacionalmente o direito à saúde também possui o seu caráter fundamental reconhecido, havendo a existência de diversos acordos supranacionais firmados nesse sentido, como por exemplo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁵, que foi ratificado pelo Brasil e dispõe especificamente em seu artigo 12 que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, e estabelece medidas para assegurar:

- a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
- b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

²³ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. 5 de outubro de 1988. Brasília. Acesso disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acessado em 15 de outubro de 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. Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação**. Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

- c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Outro exemplo é o Protocolo Adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado *Protocolo de San Salvador*²⁶, o qual prevê em seu artigo 10 que “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”, e com a finalidade de tornar o direito à saúde efetivo os Estados partes se comprometem a reconhecer a saúde como um bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito, quais sejam:

- a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Felipe Asensi²⁷ expõe que os movimentos sociais e sanitaristas foram essenciais para as garantias do Direito à Saúde trazidas no texto constitucional de 1988, gerando um novo marco jurídico-institucional sobre saúde no cenário brasileiro, como pretendido pela 8ª Conferência Nacional de Saúde. A mobilização política e social propiciou a constitucionalização do direito à saúde como uma garantia social fundamental:

Os avanços e desafios enfrentados pela sociedade civil e, principalmente, pelo movimento da reforma sanitária culminaram no texto constitucional de 1988, que consagrou os princípios fundamentais que orientam a política de saúde no Brasil.

Sarlet afirma que a Constituição da República de 1988 reconheceu expressamente o direito à saúde como sendo fundamental à pessoa humana,

²⁶ BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador**. Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

²⁷ ASENSI, Felipe. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013. pág. 143.

afirmando ainda que a saúde possui “dupla fundamentalidade formal e material”. A autora esclarece que a fundamentalidade formal está relacionada com a norma constitucional que positiva o direito à saúde e o eleva ao ápice do ordenamento jurídico ao dispô-lo como direito fundamental da pessoa, em cláusula pétrea o que impossibilita a sua abolição. De outro lado, a fundamentalidade material relaciona-se com o grau de importância do bem protegido legalmente, qual seja: a vida humana, tornando a saúde no sistema jurídico brasileiro como um direito fundamental que gera uma relação de dependência e vinculação entre o Estado e os cidadãos.²⁸

Assim, para Sarlet, o Estado Social Democrático de Direito institui a garantia do direito à saúde pelo Estado como uma efetivação da dignidade da pessoa humana, em razão do caráter da norma constitucional que prevê o direito à saúde (direito fundamental, cláusula pétrea, bem jurídico tutelado de extrema relevância – vida). Importante mencionar que a ausência de menção ao direito à saúde no artigo 5º não retira o seu caráter fundamental e essencial, extremamente ligado à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da C.F.) e ao direito à vida, que é inviolável (artigo 5º, caput da C.F.).

De acordo com Ventura, toda a evolução histórica mencionada anteriormente levou o direito à saúde a ser:

reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos os meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados.²⁹

Observa-se que atualmente o Direito à Saúde está exaustivamente previsto na legislação brasileira, sobretudo na Constituição Federal de 1988. Contudo, tais

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Direito do Estado**. N. 11, set/out/nov de 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 out. 2019.

²⁹ VENTURA, M.; SIMAS, L.; PEPE, V. L.; SCHRAMM, F. R., **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Acessível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 14 de out. de 2019.

previsões são resultado de longas transformações históricas, lutas sociais e intensos debates políticos, os quais conseguiram que a saúde fosse reconhecida como um direito social universal de caráter fundamental, atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, fosse atribuído ao Estado o dever de garantir a saúde por meio de políticas públicas custeadas pelo orçamento público, bem como fossem criados mecanismos para a concretização do direito à saúde, como por exemplo o SUS e o planejamento financeiro da Administração Pública, visando arrecadar e distribuir os recursos que servirão para implementar os programas sociais da área da saúde.

Assim, o advento da C.F./88 criou o embasamento jurídico necessário para dar efetividade ao direito à saúde, nascendo toda uma sistemática para efetivação do quanto previsto na Constituição Federal, considerando, ainda, o caráter fundamental e de relevância pública dado ao direito à saúde.

Diante de todo o traçado histórico delimitado, nota-se que a sistemática atual da área da saúde é uma grande conquista social, jurídica e política, pois nem sempre houveram programas visando a garantia da saúde, bem como a saúde não era um direito social fundamental previsto legalmente, portanto, não havia a garantia jurídica da saúde, e a obrigação legal do Estado em dar efetividade a essa garantia. A saúde antes era direito de alguns poucos privilegiados que por questões sociais e financeiras conseguiam acesso a tratamentos, medicamentos etc., mas hoje a saúde é um direito de todos previsto constitucionalmente, independentemente da situação financeira e social do indivíduo, ficando para o Estado a preocupação social e econômica sobre a sua efetivação.

1.2. FINANCIAMENTO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Os direitos fundamentais possuem um custo para a sua efetivação. Os direitos de primeira dimensão ligados ao conceito de liberdade (direitos civis e políticos) têm um custo, como por exemplo para a manutenção da liberdade individual necessita-se bancar a polícia e o Judiciário; os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) e terceira dimensão relativos à solidariedade (direito ao meio ambiente, autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e à comunicação) também têm um custo e dependem de prestações positivas do Estado para a sua garantia, sendo que nessa esfera de direitos está inserido o direito à saúde, para o qual a lei orçamentária brasileira prevê de onde virão

os recursos financeiros para o seu custeio, e como eles serão alocados para a concretização do direito à saúde, em busca da universalidade no acesso às políticas públicas; e por fim, os direitos de quarta dimensão (direito à democracia, pluralismo e informação) possuem custo, por exemplo o custo das eleições, o custo dos materiais informativos, entre outros.

Nesse aspecto, o artigo 194 da C.F./88 prevê que compete ao Poder Público organizar a seguridade social com base nos seguintes objetivos: (i) universalidade da cobertura e do atendimento; (ii) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; (iii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (iv) irredutibilidade do valor dos benefícios; (v) equidade na forma de participação no custeio; (vi) diversidade da base de financiamento; (vii) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O atendimento relativo à saúde tem relevância pública, e cabe ao Poder Público legislar, fiscalizar e controlar a sua execução (artigo 197 da C.F.), e deve visar o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (artigo 198, II, da C.F.). Conforme se verifica do § 1º do artigo 198 da C.F., o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, além de outras fontes.

Os incisos I, II, III, do § 2º do referido artigo estipulam os percentuais mínimos de receita que devem ser aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos serviços e ações públicas de saúde. A Lei Complementar nº 141 de 2012³⁰, regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, estabelecendo os percentuais definidos no §2º, e dispendo sobre os critérios de rateio dos recursos financeiros destinados à saúde, bem como sobre normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. O percentual

³⁰ BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de Janeiro de 2012**. Brasília. 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. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

de recurso financeiro mínimo previsto é 12% para os Estados, 15% para os Municípios, e para a União será a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%.

O artigo 31 da Lei nº 8.080 de 1990 dispõe que o orçamento da seguridade social destinará ao SUS, de acordo com a receita estimada, os recursos necessários para o seu custeio, devendo ser observadas as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Nota-se que a legislação vigente, sobretudo a Constituição Federal, estipula uma competência e responsabilidade orçamentária cooperativa entre todos os entes federados. Contudo, analisando-se os percentuais de recursos que devem ser dispostos por cada ente federado para a saúde pública, resta claro que os Municípios são os que mais devem dispor de seus recursos financeiros.

Todo ano corrente possui a sua Lei Orçamentária Anual ("LOA"), estabelecendo as previsões das despesas e receitas públicas do governo federal, as quais foram avaliadas pelo Congresso Nacional e ajustadas pelo Poder Executivo; o mesmo ocorre com a elaboração do Plano Plurianual ("PPA") e da Lei de Diretrizes Orçamentárias ("LDO"). Ocorre que no momento da produção da LOA nem o Congresso Nacional nem o Poder Executivo tem como provisionar de forma certa as despesas públicas que surgirão de possíveis demandas judiciais relativas à saúde pública, sendo, portanto, impossível de serem avaliados e antecipados com precisão estes gastos na LOA.

É possível, no entanto, valer-se da reserva de contingência prevista no artigo 5º da Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000³¹ (Lei de Responsabilidade Fiscal – "LRF"), cujo montante pode ser livremente utilizado para imprevistos, como os advindos da judicialização da saúde. Na prática os entes públicos destinam apenas o mínimo estabelecido no artigo 198, §2º, da C.F., sem se preocupar com o acréscimo de gastos que é gerado pelas decisões judiciais.

Assim, a ausência imediata de orçamento público para custear os pleitos judiciais relativos à saúde acarretará na necessidade da criação de créditos suplementares ou especiais para essa própria finalidade, desde que aprovados em lei

³¹ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000**. Brasília. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

(atuação do Legislativo), ou a repartição do orçamento já arrecadado, ou deslocando de outra área para o atendimento das demandas judiciais, ou realocando da receita que iria para políticas públicas coletivas da área da saúde para o atendimento de demandas individuais judiciais (artigo 167 da C.F.).

Em observância a tal cenário, surgiu o conceito de reserva do possível (que será mais bem abordado no próximo tópico), o qual é utilizado como barreira para a efetivação dos direitos sociais, pois coloca em análise a escassez dos recursos financeiros públicos para a efetivação de todo direito social. A primeira análise das limitações financeiras ocorre na elaboração da LOA que prevê um teto de gastos públicos correspondentes com a receita pública estipulada, a segunda análise se dá pelo Poder Executivo que dentro do quanto estabelecido pela LOA elege as prioridades a serem atendidas pelo orçamento público. Tais análises não comportam interferência do Judiciário tendo em vista a separação de poderes.

Resta claro que a Lei de Responsabilidade Fiscal é um limitador da utilização das verbas públicas pelo governo, e faz com que o gestor avalie as prioridades de gastos, bem com que o governo não assuma responsabilidades financeiras que fugam do seu controle, criando um impasse burocrático para a obtenção de verbas para suprir as demandas judiciais da área da saúde, segundo os artigos 16 e 17 da LRF, pois tais verbas dificilmente conseguiram ser previstas adequadamente, eis que supervenientes. Contudo, a Constituição Federal estabeleceu o Plano Plurianual, a Lei Orçamentária Anual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, as quais possibilitam a existência de mecanismos de controle do orçamento público de forma mais equilibrada e programada, visando pôr em prática as políticas públicas para a população (direito coletivo).

Desta forma, as normas que dispõe sobre o orçamento público criam instrumentos que devem ser observados pelo governo na utilização dos recursos financeiros públicos para implementação de políticas públicas, tendo em vista que o Estado deve prever, planejar e organizar tais recursos. Todo gasto público precisa estar atrelado ao planejamento do governo, ou seja, aplicação do orçamento público só deve ocorrer de acordo com o quanto planejado. Nesse sentido, explica Áquilas Mendes:

o gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É

importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira.³²

A LRF estabelece uma relação entre o PPA, a LDO e a LOA, e dispõe que todo gasto público seja compatível com a programação dos orçamentos e metas do governo, pois os recursos financeiros do Estado são limitados e, por isso o seu gasto deve ser bem planejado, observando as prioridades governamentais. Assim, o administrador público se vincula ao planejamento orçamentário e deve cumprir com as exigências formais legais quando da destinação do dinheiro público, sob pena de responder por crime de responsabilidade fiscal, previsto na Lei nº 1.079/1950³³ e Lei nº 10.028/2000³⁴.

Ocorre que o Judiciário não tem competência para interferir na gestão orçamentária realizada pelo Executivo, mas tem competência para atribuir ordens judiciais que impactam diretamente no orçamento previamente estipulado. O impacto orçamentário da judicialização da saúde é de fato alarmante. O Ministério da Saúde estima que a União tenha destinado cerca de **R\$ 1,4 bilhão em 2018**³⁵ para cumprir com decisões judiciais relativas à saúde, e em 2017 estima-se que foram gastos **R\$ 1,02 bilhão**³⁶, com demandas judiciais que determinaram a aquisição de tratamentos e medicamentos. Esses dados são relativos a apenas a União, se somar os gastos dos Estados e Municípios esses valores são ainda mais expressivos.

³² MENDES, Áquilas. **A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana.** In: MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Orgs.). Tempos radicais da saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 116-117.

³³ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. **Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.** Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. **Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10028.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

³⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do Governo Brasileiro. **CHAMORRO, Roberto, da Agência Saúde. Juízes já podem acessar serviço de teleconsultoria em ações judiciais.** 23 de agosto de 2019. Acesso disponível em <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45708-juizes-ja-podem-acessar-servico-de-teleconsultoria-em-acoes-judiciais-de-saude>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do Governo Brasileiro. **PENIDO, Alexandre, da Agência Saúde. Ministério da Saúde adota medidas para garantir oferta de medicamentos para doenças raras.** 07 de março de 2018. Acesso disponível em <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45708-juizes-ja-podem-acessar-servico-de-teleconsultoria-em-acoes-judiciais-de-saude>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

A destinação do orçamento público para o cumprimento de demandas judiciais segundo o Banco Mundial prejudica os que necessitam do SUS coletivamente, em sua maioria pobres, de modo que embora a Constituição Federal preveja que o acesso à saúde deva ser universal e garantida que tal acesso seja por meio de um "pacote aberto e gratuito de benefícios", a questão do orçamento público não passa de um "cobertor curto", pois se puxa de um lado o outro fica descoberto, ou seja, se garante as demandas judiciais individuais isso afeta o orçamento que iria para garantir as políticas públicas coletivas, e vice-versa, pois os recursos públicos não limitados:

Embora o instrumento legal que instituiu a cobertura universal de saúde e criou o SUS afirme que todos devem ter acesso a um pacote aberto e gratuito de benefícios, na prática são aplicados mecanismos implícitos de racionamento que afetam desproporcionalmente os pobres. Os serviços são racionados por meio de longas listas de espera, acesso restrito à atenção especializada e número insuficiente de leitos hospitalares, o que significa que o pacote de benefícios disponível é limitado. Isto resultou na judicialização da atenção à saúde - quando consultado, o Judiciário tem concedido a algumas pessoas o direito de acesso a medicamentos e procedimentos que de outra forma não estão disponíveis. A judicialização custa ao SUS milhões anualmente e exacerba as desigualdades no acesso à saúde (os que têm acesso ao sistema judicial para exigir serviços provavelmente são mais ricos e bem informados).³⁷

O Banco Central ressalta que provavelmente os mais ricos e bem informados conseguem a garantia do acesso à saúde pela via judicial. No mesmo sentido em 2018, a Organização Pan-Americana da Saúde ("OPAS") e a Organização Mundial da Saúde ("OMS") divulgaram uma versão preliminar do Relatório – 30 Anos de SUS, Que SUS para 2030?, no qual é afirmado que "os grupos sociais mais ricos têm meios para requerer acesso a tratamentos através do poder judiciário"³⁸.

A OPAS e a OMS expõem no referido relatório que os problemas da judicialização da saúde no que se refere à distribuição do orçamento público é consequência da falta de uma definição clara sobre o princípio da integralidade, pois a ausência de um marco legal da integralidade dá espaço para que qualquer cidadão pleiteie por "qualquer coisa" relacionada à saúde, inclusive tratamentos e

³⁷ BANCO MUNDIAL. **Propostas de Reformas do Sistema Único de Saúde Brasileiro**. 2018. p. 13. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/545231536093524589/Propostas-de-Reformas-do-SUS.pdf>>. Acessado em 15 de outubro de 2019.

³⁸ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Que SUS para 2030?**. 2018 p.10. Acesso disponível em <<https://apsredes.org/wp-content/uploads/2018/10/Serie-30-anos-001-SINTESE.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

medicamentos que não estão na lista do SUS, ou não foram previstos no planejamento financeiro.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o problema está no fato de que os juízes apenas concedem os pedidos sem de fato se preocuparem com questões como o mínimo existencial (conceito que será analisado em capítulo próprio), criando um problema orçamentário e beneficiando apenas aqueles que entram com ação, os quais na maioria dos casos nem são os que mais precisam da tutela do direito à saúde:

(...) Essa questão da dignidade da pessoa humana vem lá da Declaração dos Direitos Universais do Homem, mas a primeira Constituição em que isso apareceu foi na Lei Fundamental de Bohn, de 1949, porque a Alemanha, logo depois da II Guerra, quis favorecer os direitos fundamentais e incluiu na Lei Fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, previu que os direitos previstos na Lei Fundamental seriam cumpridos diretamente pelo Executivo e pelo Judiciário. O que eles quiseram dizer é que o cumprimento desses direitos não depende de lei. Isso teve um reflexo aqui na jurisprudência no sentido de que os direitos sociais eram previstos no capítulo da Ordem Social e eram vistos como normas meramente programáticas, dependentes de leis ou de atos da administração pública. Como esse novo entendimento, passou-se a considerar que eles não são previstos em normas programáticas. Todas as normas constitucionais que preveem os direitos sociais têm que ter o mínimo de efetividade que decorre diretamente da Constituição.

Só que os juízes estão dando praticamente todos os pedidos. Eles não se preocupam muito com o lucro essencial, com o mínimo existencial, eles dão já na liminar, já deram liminares em caso que pessoa pede remédio contra queda de cabelo, contra alergia a camarão, coisas desse tipo. Isso cria um grande problema orçamentário. Eu acho que vem contra o interesse coletivo, porque você está beneficiando só pessoas que vão a juízo, e que nem sempre são as que estão precisando mais, provocando um desequilíbrio orçamentário³⁹. (Grifos nossos)

Observa-se que a legislação brasileira prevê a fonte da renda pública, os percentuais que cada ente da federação deve destinar para à saúde, a forma como os recursos serão alocados e, impõe que os gastos públicos sejam previstos, planejados e organizados, ou seja, o Legislativo se preocupou em criar todo um mecanismo orçamentário para que seja possível dar efetividade ao direito à saúde previsto na Constituição Federal. Entretanto, nem todos os gastos públicos são passíveis de previsão e planejamento, considerando o seu caráter superveniente, sendo que os gastos com a judicialização da saúde estão dentro desse grupo.

Embora o orçamento público deva ser muito bem planejado, a escassez de recursos financeiros faz com que alguns cidadãos busquem o Judiciário visando a

³⁹ Revista da CAASP. Nº 41, ano 8. Entrevista com Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Setembro de 2019. p. 27-28. Acesso disponível em <https://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed41/page_27.html> Acessado em 20 de outubro de 2019.

efetivação do seu direito à saúde, possivelmente porque o SUS não conseguiu inicialmente conceder o que está sendo pleiteado judicialmente, em razão da ausência de destinação de recursos suficientes para o bom funcionamento do próprio SUS.

De acordo com a Maria Sylvia Zanella Di Pietro sequer há recursos para atender a todos, o que é agravado ainda mais pela corrupção e má gestão de recursos:

O Brasil é um país grande demais, temos pobreza demais, péssima administração, péssimo planejamento. De todo modo, eu acho que os recursos aqui não são mesmo suficientes para atender a todos, e tudo isso é agravado pela corrupção. O que nós perdemos de dinheiro para a corrupção é uma coisa assustadora.⁴⁰

Assim, a ausência de prestação do direito à saúde de forma abrangente para a coletividade, muito provavelmente em razão da escassez de recursos, faz com que surjam demandas individuais, as quais acabam se sobrepondo sobre a demanda coletiva, sendo que os dados apontam que a grande maioria da população que ingressa com ações judiciais referentes à saúde possuem um padrão financeiro melhor do que a maioria da população que precisa do SUS (coletivo).

Toda essa sistemática cria um "cobertor curto" e um ciclo insolúvel no financiamento da saúde, porque o capital é investido no SUS (coletivo), porém a limitação desse capital faz com que algumas demandas de alguns cidadãos não sejam cumpridas, o que leva esses cidadãos a ingressarem com ações judiciais, as quais em sua maioria são julgadas procedentes, fazendo com que o recurso público do coletivo seja realocado para suprir demandas individuais. O cumprimento de demandas individuais faz com que falte mais recursos para implementação das políticas públicas (coletivo), o que contribui para que mais cidadãos ajuízem ações judiciais de pleito individual, e assim sucessivamente.

Todo esse cenário é agravado pela corrupção que retira a verba pública que deveria ser destinada às políticas públicas, e pelas decisões que concedem o pleito indiscriminadamente, sem verificar o mínimo essencial e a reserva do possível, bem como pela má administração e planejamento do orçamento público pelo Poder Público.

⁴⁰ Revista da CAASP. Nº 41, ano 8. Entrevista com Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Setembro de 2019. p. 30. Acesso disponível em <https://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed41/page_27.html> Acessado em 20 de outubro de 2019.

Embora o Judiciário não controle o orçamento público, ele pode proferir decisões que impactam no orçamento público ao determinar que o Poder Público destine recursos para objetivos não provisionados, o que faz na maioria das vezes com que o Estado precise criar novos créditos ou realocar recursos, fato que conseqüentemente prejudica outros setores, ou o próprio SUS. Isso ocorre porque o capital público é finito, porém o Judiciário não deixa de proteger e garantir os direitos sociais fundamentais, e para isso é necessário parte dos recursos públicos, e uma das poucas medidas que o Poder Público encontra para se defender dessas demandas judiciais é a invocação da "reserva do possível".

2. DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Teoria da Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu no direito alemão, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão teve que decidir se as normas das universidades de Munique e Hamburgo para admissão (vestibular) no curso de medicina nos anos de 1969 e 1970 poderiam criar barreiras no direito à livre atividade profissional.

Em 18 de julho de 1972, no julgado de nº 33, o Tribunal Constitucional Federal alemão⁴¹ analisou o artigo 12, §1º, da Lei Fundamental⁴², que dispõe que todos os cidadãos (alemães) têm o direito de escolher livremente o seu lugar de formação, o seu local de trabalho e a sua profissão.

De acordo com Kelbert⁴³, o caso que ficou conhecido como “*numerus clausus*” analisou “os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação”, tendo-se observado que a quantidade de vagas era inferior ao número de candidatos que pretendiam ingressar no curso de medicina, trazendo-se à tona uma reflexão sobre o dever do Estado em garantir os direitos elencados no artigo 12, §1º, da Lei Fundamental.

⁴¹ **BVerfGE 33, 303 - numerus clausus I.** Acesso disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

⁴² ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Berlin. 2011. p. 22. Acesso disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

⁴³ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69.

Após a análise das questões envolvidas, a Corte Alemã decidiu que o parágrafo 17 da Lei Universitária de Hamburgo era inconstitucional, pois estipulava alguns parâmetros para eventuais limitações na admissão ao curso superior, chegando-se à conclusão de que cabe apenas ao Legislativo dispor sobre possíveis limitações aos direitos fundamentais⁴⁴.

Além disso, foi decidido que a cláusula "filho da terra" prevista no art. 3º da Lei de Admissão da Universidade de Munique não era compatível com a constituição alemã (*Grundgesetz*), pois tal artigo previa algumas vantagens aos candidatos bávaros na admissão para a faculdade, fato que criava obstáculo para os demais candidatos⁴⁵.

Por fim, houve o entendimento de que o Estado não está obrigado a fornecer a todos os cidadãos que pleiteiem por seus direitos sociais, e nem mesmo "em qualquer momento", pois a concessão ilimitada de demandas individuais relativas aos direitos subjetivos não se relacionam com o próprio conceito de Estado Social, tendo em vista que é o próprio Estado quem custeia tais demandas.

O Tribunal Constitucional Alemão partiu do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ser inicialmente restringidos (como por exemplo por meio de normas universitárias), porém tais direitos podem sofrer limitação na sua prestação, pois deve ser observado se a demanda do indivíduo é racional e razoável, de modo a preservar pelo equilíbrio econômico global da prestação daquele direito pelo Estado em relação a todos os cidadãos (direito coletivo).

Houve o entendimento de que podem ser limitadas as pretensões às admissões ao curso superior quando não tiverem sido exauridas todas as demais possibilidades de ensino disponíveis, de maneira que o direito será prestado pelo Estado dentro dos limites da razoabilidade e, de forma a cobrir ao menos o mínimo necessário para a garantia daquele direito, criando-se a perspectiva do "estritamente necessário"⁴⁶, ou como será abordado no tópico seguinte, a criação do conceito do "mínimo existencial".

⁴⁴ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 675-658.

⁴⁵ Ibid., p. 658.

⁴⁶ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 663-664.

O Legislativo pode legislar sobre possíveis limitações aos direitos sociais, desde que tal restrição seja relacionada à possibilidade de garantia de tais direitos pelo Estado, de modo que não se trata de uma limitação ao direito em si, mas sim de normas que tratam sobre a necessidade do Estado analisar nos casos concretos a possibilidade e a real necessidade da prestação de um direito dentro da razoabilidade, criando-se, assim, limites ao dever assistencial do Estado.

Desta forma, é competência do legislador criar possíveis limitações aos direitos sociais (competência própria), em razão da sua capacidade de promover a proteção desses direitos, levando em consideração o orçamento público e o interesse coletivo, sendo que tal restrição ocorre para que não seja inviabilizada a prestação do próprio direito em questão (direito individual) em uma escala maior (direito coletivo).

Nesse sentido, segundo o entendimento da Corte alemã, o indivíduo somente pode exigir do Estado o cumprimento de seus direitos sociais se a sua exigência for racional e razoável, pois qualquer exigência que fugir desses padrões poderá ser limitada.

Do contexto exposto, nasceu a expressão “*Vorbehalt des Möglichen*”, que foi traduzida para o direito brasileiro como “Reserva do Possível”, cujo conceito se traduz na ideia de que a prestação estatal de direitos sociais/fundamentais deve ser guiada na proporcionalidade, na razoabilidade e nos limites orçamentários, sempre com um olhar voltado para a coletividade, considerando uma “linha do tolerável”.

Assim, o conceito de reserva do possível traz a possibilidade de haver limitação na atuação estatal para efetivação de direitos fundamentais e sociais, afastando o direito privado constitucionalmente previsto, a fim de prezar pela possibilidade de efetivação deste mesmo direito em uma escala mais ampla, a dos direitos coletivos.

Quando a Teoria da Reversa do Possível chegou ao Brasil ela foi deturpada em relação ao conceito instituído na Alemanha, pois quando foi realizada a comparação entre o direito constitucional alemão e brasileiro foi deixado de lado a situação social vivida no Brasil, a qual nem de longe pode ser comparada com a situação social dos países membros da União Europeia.

Andreas Joachim Krell explica:

Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não

desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição direito à vida, dignidade humana, Estado Social.⁴⁷

Evidente que a situação brasileira tem suas próprias peculiaridades e não pode ser comparada à situação alemã, devendo ser considerado que no Brasil há uma má administração dos recursos públicos, pois embora seja um país com alta carga tributária, também é um país com graves problemas de corrupção, a qual é a causa de robusto desvio do orçamento público, fato que gera empecilho na aplicação e na efetivação pelo Poder Executivo de políticas públicas dispostas na Constituição Federal do Brasil.

Tal empecilho gera inclusive um conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, uma vez que o Legislativo é recorrentemente demandado para favorecer garantias e direitos por meio da legislação, a qual deve ser aplicada seguindo o princípio da segurança jurídica, devendo o Poder Executivo executar o que está positivado de forma consensual, ou poderá ser demandado para que o Poder Judiciário execute coercitivamente.

Contudo, nem o Poder Executivo, nem o Judiciário são capazes de executar a lei sem que haja a real possibilidade de execução, sendo que neste último caso será violado o que foi inicialmente proposto pelo legislador, ou seja, os problemas para efetivação dos direitos constitucionais no Brasil vão além de uma mera análise da proporcionalidade e razoabilidade.

No Brasil há uma divergência de entendimentos doutrinários sobre o conceito de reserva do possível no que se refere à concretização dos direitos sociais, sendo que a primeira divergência diz respeito a natureza jurídica da reserva do possível, que

⁴⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 107-109.

para alguns autores é uma doutrina a ser seguida, e para outros é um princípio jurídico, ou uma cláusula de restrição⁴⁸.

Para alguns doutrinadores, como Moreira⁴⁹ e Barreto⁵⁰ essa teoria pode servir como uma forma de limitar a efetivação de determinado direito social, pois dá base para uma verdadeira “desculpa” usada pela Administração Pública para restringir à concretização dos seus deveres assistenciais dispostos na Constituição Federal de 1988.

De outro lado, outros doutrinadores, como Olsen⁵¹, analisam o conceito de reserva do possível instituído no Brasil sob um enfoque orçamentário, tratando apenas da possibilidade econômico-financeira da Administração Pública na prestação do que o indivíduo demanda ao Poder Judiciário, sendo que para Moraes e Redin⁵², essa é a razão pela qual o conceito aplicado no Brasil não é o mesmo que surgiu no Tribunal Constitucional Alemão, o qual é muito mais amplo e não diz respeito apenas à questão financeira e disponibilidade de recursos.

Ademais, existem autores como Figueiredo e Sarlet⁵³, que entendem que o conceito de reserva do possível é mais amplo, podendo tanto ser usado para barrar a efetivação de direitos sociais como uma “desculpa”, como também ser um conceito de extrema importância para a garantia de outros direitos fundamentais.

Para Sarlet o conceito de reserva do possível possui três dimensões, quais sejam: (i) disponibilidade jurídica de recursos; (ii) disponibilidade fática de recursos; e (iii) proporcionalidade e razoabilidade na exigibilidade da prestação de um direito social⁵⁴.

⁴⁸ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.72.

⁴⁹ MOREIRA, Alinie da Motta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, I. W. Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-134.

⁵¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵² MORAIS, Fausto Santos; REDIN, Giuliana. **O controle Judicial da Efetividade dos Direitos Sociais: A perspectiva da teoria filosófico-política da condição humana e espaço público e da crítica hermenêutica do direito**. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

⁵³ FIGUEIREDO, M. F.; SARLET, I. W. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27 - 30.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Sarlet ressalta que o princípio da reserva do possível não é absoluto, pois caso fosse, estar-se-ia adotando a concepção de que o Direito à Saúde é meramente uma norma programática⁵⁵. Ainda, explica que a teoria da reserva do possível não está associada apenas aos direitos sociais, mas sim a todos os direitos de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais).

Já Galdino explica que os direitos de primeira dimensão também necessitam de recursos financeiros para a sua concretização, de modo que todos os direitos possuem custo para se efetivarem e não apenas os direitos sociais fundamentais⁵⁶.

Além disso, Sarmento declara que a reserva do possível sob o enfoque da dimensão fática está relacionada com a razoabilidade da universalização da efetivação dos direitos sociais, considerando os recursos financeiros existentes na Administração Pública, e sob o enfoque da dimensão jurídica é um “meio termo”, pois de um lado o Poder Judiciário deve considerar as leis orçamentárias, porém tais leis devem possuir certa flexibilidade, podendo ser eventualmente desconsideradas diante da análise dos casos concretos⁵⁷.

Destaca-se que o conceito de reserva do possível aplicado no Brasil está muito próximo da Teoria dos Custos surgida no direito norte americano, a qual segundo Bitencourt diz respeito aos limites financeiros e orçamentários do Estado em relação à prestação de direitos sociais, e também “no retorno que financiar esses direitos sociais trará em longo prazo à sociedade”⁵⁸, pautando-se em um aspecto meramente econômico.

Apesar do aspecto econômico da reserva do possível, Leal entende que o referido conceito não pode ser utilizado para coibir a efetivação dos direitos sociais, causando o “esvaziamento” destes, em razão da argumentação de que são inexistentes os recursos públicos financeiros, sobretudo no que diz respeito ao direito

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/novembro, 2007, p. 13. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 16 de outubro de 2019.

⁵⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411.

⁵⁸ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 148.

à saúde, o qual está intrinsecamente associado à dignidade humana e o direito à vida⁵⁹.

Nesse sentido, Novais esclarece que a reserva do possível deve ser analisada no caso concreto, averiguando-se as “condições materiais” do indivíduo, sendo que haverá violação dos direitos sociais caso a Administração Pública dispuser dos recursos financeiros sem aplicá-los na concretização de tais direitos. O Autor entende também que a reserva do possível condiciona a efetivação dos direitos sociais, e está implícita no texto constitucional, de modo que não é necessária à sua positivação⁶⁰.

Em relação às questões orçamentárias, Novais esclarece que estas são de responsabilidade do Poder Político, devendo o Poder Judiciário obedecer ao quanto priorizado pelo Poder Legislativo. Já em relação às demandas individuais, o Judiciário deverá analisar se há uma real inexistência de recursos financeiros para a concretização do direito pretendido, analisando se este argumento é suficiente para barrar a concessão do direito social⁶¹.

Seguindo a referida lógica, Sarmento⁶² entende que a reserva do possível não deve servir para impossibilitar a efetivação de direitos, porém como uma forma de parametrizar os direitos sociais.

Ademais, Moreira acredita que a justificativa da reserva do possível não deve ser simplesmente acatada pelo Poder Judiciário apenas porque foi alegada pela Administração Pública, haja vista ser necessário verificar se o Estado *latu sensu* tentou por todos os meios satisfazer a pretensão pelo direito social, principalmente se o direito pleiteado for o direito à saúde⁶³.

Apesar disso, tanto o administrativo quanto o judiciário devem observar os impactos que as suas decisões geram no orçamento público (reserva do possível).

⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 83.

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 90 - 107.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 117.

⁶² SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶³ MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à Saúde e Acesso a Medicamentos: Em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 146.

Nesse viés, em 2018, a Lei nº 13.655/2018⁶⁴ incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB")⁶⁵ "disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público", dentre essas disposições e a luz do conceito de reserva do possível é interessante observar os artigos 20 e 22, os quais dispõem:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

(...)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifos nossos)

As alterações na LINDB trazida pela Lei nº 13.655/2018 atraem o conceito da reserva do possível, pois estabelecem que o Judiciário e o Administrativo não mais podem proferir decisões com base em valores jurídicos abstratos e sem considerar as consequências reais da decisão, deve-se interpretar as normas em observância aos obstáculos e as dificuldades do gestor público.

Diante do exposto, tem-se que a Teoria da Reserva do Possível aplicada no Brasil não possui um conceito fechado/definido, mas está principalmente relacionada com a ideia econômico-orçamentária dos recursos públicos na efetivação dos direitos sociais, ou seja, está mais voltada para uma Teoria dos Custos (teoria norte americana) do que para a ideia estabelecida na Corte Constitucional Alemã.

Por fim, nota-se que o conceito de reserva do possível aplicado no Brasil embora possa ser um argumento utilizado pela Administração Pública para não

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Brasília. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1> Acessado em 15 de outubro de 2019.

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.** Rio de Janeiro. Acesso disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

cumprir com o seu dever assistencial de concretização dos direitos sociais, deve o Poder Judiciário dentro da sua análise do caso concreto impedir que o referido conceito se torne uma limitação aos direitos sociais sem verdadeiras razões, de modo que será obedecida a proteção criada a esses direitos.

Assim, quando a reserva do possível for suscitada, ela não será de aplicação imediata, tendo em vista a necessidade de análise de todas as repercussões que esse conceito traz, sendo certo, porém, que o Judiciário não pode simplesmente ignorar as dificuldades enfrentadas na concretização do direito à saúde, ainda mais agora com a alteração da LINDB.

3. DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Assim como a reserva do possível, o conceito do mínimo existencial também teve a sua origem na Corte Constitucional Alemã, a qual em atenção aos direitos à vida e à integridade física, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, “determinou um aumento expressivo do valor da ajuda social, valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes”⁶⁶, surgindo dessa determinação a ideia de que o Estado deve garantir ao menos o mínimo vital dos direitos fundamentais.

Não há previsão expressa sobre o conceito do mínimo existencial na C.F./88, sendo que o único dispositivo que se aproxima dessa concepção é o estabelecimento de um salário mínimo aos trabalhadores para atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, inciso IV).

A doutrina alemã definiu o mínimo existencial como "conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável"⁶⁷. Foram estabelecidos elementos do mínimo existencial pelo direito alemão, são eles: (i) o mínimo fisiológico: as condições materiais básicas para uma vida digna, pautando-se no direito à dignidade humana e no direito à vida; (ii) o mínimo sociocultural: as condições de introdução do indivíduo na vida social,

⁶⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre, RS: Fabris, 2002. p. 61.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), 2007, p. 25. Acesso disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acessado em 16 de outubro de 2019.

pautando-se nos princípios do Estado Social de Direito, e no conteúdo material do princípio da igualdade.

A delimitação jurídica do alcance do conteúdo e da incidência da prestação positiva do Estado em matéria de direito subjetivo e de direito fundamental concorre para a própria delimitação das fronteiras políticas do *Welfare* (Estado de bem-estar social).

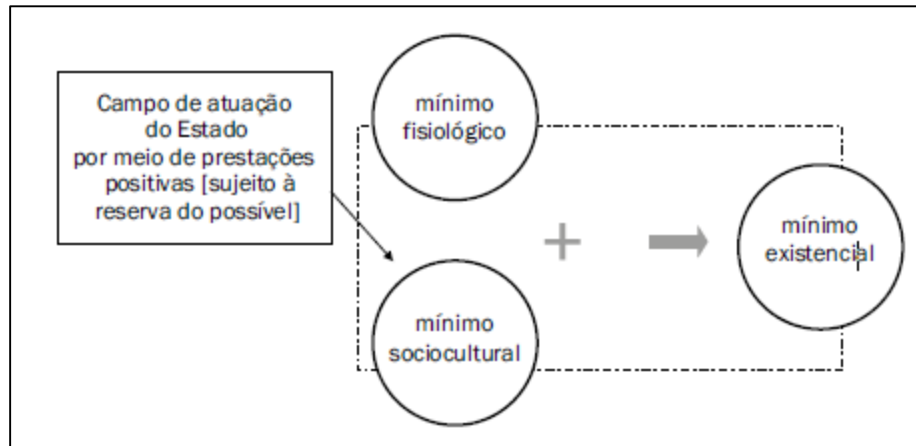


Figura 1: Dimensões do mínimo existencial e delimitação jurídica do campo de extensão das prestações positivas do Estado.

Fonte: ALMEIDA, Andrija Olveira. FREIRE, Marco Valério Viana.⁶⁸

Para Andreas Krell “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público e casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.”.⁶⁹ Em outras palavras, o conceito do mínimo existencial é uma espécie de garantia da efetivação dos direitos sociais, pois caso o Estado diminua ou deixe de prestar os serviços sociais básicos, ele não poderá se abster de garantir ao menos o mínimo para uma existência digna do indivíduo (dignidade da pessoa humana).

Krell explica que a teoria do mínimo existencial é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha que superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, e por isso a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, da Lei

⁶⁸ ALMEIDA, Andrija Olveira. FREIRE, Marco Valério Viana. **Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do Superior Tribunal de Justiça**. Salvador, Bahia. R. Dir. sanit., São Paulo v.19, n.2, p. 55-77, jul./out. 2018, p. 64. Acesso disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

⁶⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002, p. 62.

Fundamental Alemã), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da Lei Fundamental Alemã). A Corte Alemã deixou claro que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”, mas por meio de uma “casuística gradual e cautelosa”.

Para Krell na doutrina constitucional brasileira o conceito de mínimo existencial foi pouco discutido, e não foi adotado com as suas consequências pelo Judiciário do país. Apesar disso, a Constituição de 1988 cria o moderno Estado Social no Brasil, e exige que o Judiciário esteja preparado para realizar as exigências de um direito material, sendo que o Poder Judiciário tem o papel de possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva a uma separação entre o texto constitucional positivado, e a efetivação material de direitos pelos Poderes Públicos.⁷⁰

Sobre o tema a Ministra Cármen Lúcia explica 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.⁷¹

Considerando os conflitos entre o orçamento público e a necessidade de efetivar as garantias previstas na Constituição Federal, como meio de solucionar tais conflitos surgiu o conceito do mínimo existencial, o qual segundo Torres “é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana⁷²”.

Torres ainda entende que o mínimo existencial é equiparado a um mínimo social, ou direito constitucional mínimo, “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via

⁷⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 247.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 684445**. SP, Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 17/05/2012. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21819484/recurso-extraordinario-com-agravo-are-684445-sp-stf>> Acesso em 16 de outubro de 2019.

⁷² TORRES, Ricardo Lobo, *et al.* **Legitimação dos Direitos Humanos** Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

dos tributos e que ainda exige prestações positivas⁷³". Contudo, o autor esclarece que não é qualquer direito mínimo que pode ser considerado como mínimo existencial:

Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.⁷⁴

Para Barcellos⁷⁵ o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para Sarmento⁷⁶ o direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida.

O conceito de Mínimo Existencial relaciona-se diretamente com os direitos humanos e direitos sociais, pautando-se nos princípios constitucionais de igualdade, liberdade, e dignidade da pessoa humana. Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁷⁷

Barcellos entende que apurar o que é essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana, possibilita estabelecer as prioridades dos gastos públicos, de modo que somente após atingir o mínimo existencial é que os recursos remanescentes poderão servir para custear outras prioridades, de modo que esse conceito está muito bem relacionado com a reserva do possível, pois determina que

⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35.

⁷⁴ Ibid., p. 36.

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 278.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**, p. 27. Acesso disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf> > Acesso em 16 de outubro de 2019.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2001, p. 60.

o Estado verifique prioridades orçamentárias, e admite que o orçamento público não se basta para custear tudo⁷⁸.

Assim, o Mínimo Existencial é o direito do indivíduo às condições mínima necessárias a manutenção da sua vida, e da dignidade da pessoa humana, sendo que tal direito não é passível de intervenção do Estado, mas precisa de prestações positivas por parte da Administração Pública na garantia desse direito. É o estabelecimento de um parâmetro mínimo de efetivação dos direitos sociais fundamentais pelo Estado.

Desta forma, a existência humana digna não é apenas no aspecto físico de manutenção e sobrevivência do corpo, mas é também no aspecto intelectual e espiritual, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação e saúde.⁷⁹

O Estado tem dever de concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, tendo em vista que estes são necessários a dignidade da pessoa humana. Desse modo, mesmo na ausência de recursos para a concretização de tais direito, o Estado não pode se negar a cumprir com o seu dever, sob a pretexto da Reserva do Possível, sem antes garantir ao menos o Mínimo Existencial de cada um dos direitos fundamentais, pois tais direitos possuem prioridade nas destinações orçamentárias.

4. DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

Diante do exposto anteriormente, é notório que a questão da efetivação do direito à saúde no Brasil não é de pertinência restritivamente jurídica, tendo em vista que esbarra em questões políticas e orçamentárias (econômicas) do país, que podem interferir diretamente na prestação do referido direito social, limitando ou impedindo a sua prestação pelo Estado.

Assim, a atuação do Poder Judiciário é de extrema importância, pois analisa e tenta solucionar os conflitos entre (i) o direito individual e o direito coletivo; e (ii) a escassez de recursos financeiros e o dever constitucional do Poder Público de garantir o direito à saúde universalmente. A máquina judiciária terá a incumbência de dar

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

⁷⁹ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013, p. 202. Acesso disponível em <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

suporte aos demais Poderes da Administração Pública, sobretudo o Poder Executivo, na efetivação do direito à saúde, buscando corrigir defeitos e omissões na prestação do referido direito unicamente pela esfera administrativa, como por exemplo na distribuição de recursos para o Sistema Único de Saúde. Apesar disso, a garantia do direito à saúde deve estar de acordo com as exigências legais, bem como não deve ser exercida em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

O direito à saúde é um direito social de toda a população, assegurado pelo artigo 6º da Constituição Federal, e é implementado através de políticas públicas do Estado, sendo que a maior fonte da sua concretização no Brasil é o SUS, o qual fornece desde atendimentos mais simples, até medicamentos, cirurgias, internações, etc., tudo custeado pelo orçamento público.

Contudo, conforme disposto pelo artigo 199 da C.F. a iniciativa privada também tem um papel importante na garantia do acesso à saúde e, deve servir como um complemento às políticas públicas, tendo em vista que apenas a Administração Pública não é capaz de conceder todos os recursos para efetivação da saúde para toda a população, ainda mais considerando a expressiva população brasileira (mais de 210,6 milhões de habitantes em 20/10/2019, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE⁸⁰), bem como considerando os custos altíssimos de alguns medicamentos, tecnologias, tratamentos, entre outros.

Desta forma, o que se percebe na realidade é que o sistema privado ao invés de servir apenas como um complemento, funciona mais como a primeira opção para os que tem a possibilidade de pagar, em razão da inaptidão do Estado em prestar um serviço de saúde de qualidade e abrangendo todos os medicamentos e tratamentos.

De outro lado, o direito à saúde é também um direito individual de cada cidadão e, por esse motivo a sua efetivação pode ser pleiteada individualmente em demandas judiciais, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição e do direito à vida, o que está em consonância com o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal ("STF"), que será visto e analisado no capítulo seguinte.

⁸⁰ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.** Projeção verificada em 20/10/2019, em <
<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>

Sob esse aspecto, o direito à saúde torna-se subjetivo e público, devendo o Estado dar a sua prestação na medida do possível, a fim de cumprir com o quanto previsto na Constituição Federal e garantir a sua universalização e proveito essencial.

Isto posto, nota-se o primeiro conflito: direito coletivo *versus* direito individual. Um direito não deveria anular ou limitar o outro, pois são complementares, tendo em vista que um caos na saúde coletiva poderia gerar um risco à saúde individual, e vice-versa, assim, a garantia do direito à saúde deve necessariamente se voltar tanto ao coletivo quanto ao individual, a fim de obter uma garantia plena e real desse direito.

Foi assim que toda essa discussão para tutelar a saúde na legislação como um direito individual público e subjetivo, mas também coletivo, iniciou-se na 8ª Conferência Nacional de Saúde, momento histórico em que se discutiu a necessidade de melhorar as condições de saúde da população brasileira como meio de melhorar também a saúde individual de cada cidadão. Até que ocorresse a redemocratização do país, com a conseqüente democratização da saúde, o acesso à saúde era limitado à aristocracia, porém é de se imaginar que se tão poucos tinham acesso à saúde, muitos ficavam doentes, e não tem muito efeito em se tratando da vida em sociedade o acesso tão escasso aos tratamentos de saúde. Falar em direito à saúde é associar os interesses coletivos aos individuais.

O artigo 5º, caput, da C.F., estabelece o princípio da isonomia, dispondo que todos os cidadãos devem ser tratados igualmente “sem distinção de qualquer natureza”, em outras palavras, todos devem ser tratados de forma igual, desde que não haja uma razão suficiente que permita a diferenciação. A concretização do direito à saúde para alguns em detrimento de outros fere nitidamente esse princípio.

O cidadão que for prejudicado pela não observância do princípio da isonomia possui um direito público subjetivo violado e, pode pleitear uma equiparação, com o reestabelecimento da isonomia, o que pode ocorrer por uma ação positiva que deixará o sujeito no mesmo patamar dos favorecidos, ou uma ação negativa que impedirá o tratamento desigual.

Por conseguinte, o cidadão poderá ingressar com uma ação judicial requerendo a observância do princípio da isonomia, pois o direito à saúde foi concedido para alguns e não para ele, o que faz com que essa situação possivelmente se torne futuramente fundamento para uma nova ação no mesmo sentido, pois se há

jurisprudência garantindo um direito a alguns, com base na isonomia o indivíduo também deveria ter garantido por via judicial o mesmo direito.

O cidadão também pode requerer a efetivação do seu direito à saúde pela via administrativa, demonstrando não ter condições de arcar com os custos, e caso a resposta seja negativa ele poderá buscar o Judiciário. Entretanto, muitas vezes já na via administrativa o Poder Público justifica a sua negativa com base no princípio da reserva do possível, informando não possuir recursos para arcar com o quanto requerido pelo cidadão, e impedindo ao menos na esfera administrativa a prestação do direito à saúde deste indivíduo.

Não importa em qual situação o cidadão está inserido, se ele teve o seu acesso a saúde restringido/limitado ou negado, ele poderá acionar o Poder Judiciário, a fim de concretizar o seu direito individual à saúde e resguardar o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Desta forma, Judiciário vem atuando com o intuito de dar efetividade às políticas públicas da área da saúde, podendo determinar a concessão de vagas em unidades de tratamento intensivo (UTI), de medicamentos, de tratamentos médicos, de materiais médicos, laboratoriais e cirúrgicos, dentre outros.

O Poder Judiciário, integrante dos Poderes Públicos, consoante disposto no artigo 2º da Constituição Federal, possui legitimidade para atuar ativamente na concretização dos direitos relativos à saúde, como previsto no art. 194 da C.F., o qual dispõe que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”.

Ademais, o Judiciário não “inventa” políticas públicas na área da saúde de forma isolada e arbitrária, mas apenas aplica a norma estabelecida pelo poder constituinte, numa postura reverente e respeitosa acerca das normas constitucionais, isso não o torna um legislador positivo.

Embora haja um debate sobre se a atuação do Poder Judiciário se dá como legislador positivo ou negativo, e se ele interfere de modo indevido nos outros poderes públicos, extrapolando os seus limites de competência na resolução de lides, no Brasil quando o Judiciário atua na efetivação do direito à saúde, com base no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, ele não está ultrapassando o seu campo de atuação e atingindo a atuação de outros Poderes, ele está apenas dando efetividade

a preceitos fundamentais por determinação constitucional (artigo 5º, §1º, da C.F.), utilizando a sua decisão para impedir que o direito à vida seja barrado ou limitado em vista às dificuldades enfrentadas pela Administração Pública na sua concretização.

A Administração Pública quando toma decisões orçamentárias relativas aos direitos sociais pauta-se no coletivo, tentando cobrir a maioria da população, porém a minoria que poderá restar encoberta poderá utilizar-se do Judiciário para proteger os seus direitos e garantir a prestação de serviços públicos. Ademais, a legitimação do Judiciário é advinda da fundamentação de suas decisões (aplicação de normas de forma fundamentada através da análise imparcial do caso concreto), enquanto os demais Poderes do Estado possuem legitimidade com base no voto popular.

O Judiciário deve apenas analisar sob o viés jurídico a garantia do direito à saúde, dando a sua determinação para o cumprimento das políticas públicas, porém a ele não cabe intervir nas medidas que a Administração Pública tem ou não tomado para atender as demandas da população na área da saúde, bem como não cabe a ele intervir nos critérios orçamentários, ou ainda nas situações que levaram ao Estado justificar a ausência de prestação na reserva do possível.

Nesse sentido, Canotilho⁸¹ explica o movimento intitulado “*ecological approach*”, no qual os problemas dos pobres e menos favorecidos passa a ser de responsabilidade constitucional e funcional dos juízes, de modo que não havendo por parte da Administração Pública a implementação de políticas públicas que atendam a todos, em controvérsia ao quanto previsto constitucionalmente, caberá ao juiz assumir a sua *accountability* e sua *responsiveness* e assegurar o direito aos pobres por meio de decisões judiciais de inequívoca conformação político-social.

Canotilho, entretanto, discorda de tal movimento, pois ele é casuísta, ainda mais considerando as prestações de saúde, e acredita que o Judiciário não possui legitimidade para apreciar a questão do descumprimento da constituição na implementação de políticas públicas de forma política e judicial, pois o Judiciário não possui uma responsabilidade política, mas tão somente judicial.

Ocorre que em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento nos quais o Estado de Bem-Estar Social foi instaurado, os Poderes Públicos não conseguem implementar políticas públicas, ou implementam, mas não abrangem todas as

⁸¹ CANOTILHO, José Gomes. **O direito dos pobres no ativismo judiciário**. In Canotilho JG, et al. organizador. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35.

necessidades da população, fazendo-se necessária a atuação do Judiciário com o propósito de garantir à população a concretização dos seus direitos sociais nem que seja em sua forma mínima existencial, através da força de coação das decisões judiciais, visando sanar disparidades entre o que foi constitucionalmente previsto o que funciona na prática.

Nesse sentido, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, esclarece que na maioria dos casos, embora o Poder Legislativo tenha previsto as políticas públicas e o Poder Executivo as tenha implementado, na prática os programas sociais nem sempre atendem a toda a população de forma universal como previsto na Constituição Federal, sendo preciso a atuação do Poder Judiciário para determinar o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas:

na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas a proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.⁸²

Gilmar Mendes também explica que ao determinar o cumprimento de uma política pública, o Poder Judiciário não está criando a política pública, mas tão somente determinando a sua efetivação, a fim de executar o quanto disposto na Constituição, porém deve ser evidente o direito subjetivo público do polo ativo da ação, o qual está relacionado a uma política pública correspondente, pois o Magistrado não irá determinar o cumprimento de algo novo, será de algo já existente e que deve estar claro no processo que o Juiz apenas está determinando o cumprimento de uma política pública criada pelo Poder Legislativo e incluída em programas pelo Poder Executivo, assim, o Judiciário não estará ultrapassando os limites da sua legitimidade:

Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito

⁸² Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF, SS 4045, Relator Ministro Presidente. Decisão Proferida pelo Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 07/04/2010. Publicação-066: 15/04/2010. Acesso disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133370/suspensao-de-seguranca-ss-4045-ce-stf?ref=serp>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.⁸³

Quando o Judiciário determina o cumprimento de uma política pública pré-existente, esta já está prevista na legislação e inclusa nos programas do governo. Dessa forma, antes de a demanda judicial ser julgada, as despesas referentes a implementação da política pública também já estão provisionadas no orçamento público, como definido em lei pelo artigo 167, incisos I e II, da C.F./88 e artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No entanto, as decisões judiciais poderão aumentar os gastos totais reservados para a área da saúde, o que causará como efeito o remanejamento de recursos de outras áreas, ou na criação de recursos adicionais, com a prévia edição de lei (art. 167, V e VI da CF/88), ou poderão causar o desvio do orçamento destinado à saúde, o qual iria para um determinado programa social, mas passará a ser destinado ao atendimento das demandas judiciais.

Por óbvio que o segundo reflexo da decisão judicial é mais razoável, tendo em vista que nem sempre é possível remanejar o orçamento público de outros setores sem afetá-los e sem causar um “efeito dominó” indesejado, bem como nem sempre é possível criar créditos novos para destinar ao atendimento das causas judiciais, ou ainda considerando a demora e os tramites exigidos na criação de novas fontes de renda.

Considerando que a legislação brasileira comporta um tratamento diferenciado aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, o qual possui regras específicas para garantir a sua efetivação, não parecendo prudente retirar o orçamento destinado a outras áreas para destinar a uma área que possui ampla proteção e organização legislativa no propósito da sua efetivação, de modo que o melhor é encontrar o recurso financeiro dentro do próprio orçamento destinado à saúde pública.

⁸³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF, SS 4045, Relator Ministro Presidente. Decisão Proferida pelo Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 07/04/2010. Publicação-066: 15/04/2010. Acesso disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133370/suspensao-de-seguranca-ss-4045-ce-stf?ref=serp>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

Relembra-se que o direito à saúde posto na Constituição Federal de 1988 como um direito social fundamental atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana deve ser efetivado dentro de todas as possibilidades pelo Estado, porque a ausência da sua prestação pela Administração Pública e a omissão na implementação de políticas e cumprimento de programas sociais da área saúde, acarreta em grave ofensa à constituição, aos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade, ferindo acima de tudo o caráter essencial dos direitos fundamentais e a concretização do mínimo existencial.

O Judiciário tem o papel de resguardar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, por meio da prolação de decisões que determinem a prestação do mínimo existencial. Logo, mesmo que o Estado informe não haver orçamento público suficiente para o cumprimento de uma obrigação prestacional de direito à saúde, o Judiciário cuidará para que aos direitos públicos subjetivos prevaleçam perante outros conceitos constitucionais (reserva do possível, reserva parlamentar em matéria orçamentária e da separação dos poderes).

A atuação do Judiciário não ignorará os preceitos trazidos pelo Estado, como as questões orçamentárias, mas considerando que o mínimo existencial está interligado com o direito à vida, que é inviolável pela constituição, e com a dignidade da pessoa humana, o Judiciário se atentará para que ao menos o mínimo existencial seja garantido pelo Estado, pois senão estar-se-ia desprezando a Constituição Federal.

De outro lado, a legitimidade do Judiciário para determinar uma prestação positiva pelo Estado quando o fator de discussão é o orçamento público, deve limitar-se a atingir o mínimo existencial, pois se o juiz ultrapassar esse parâmetro, inovando políticas públicas ou garantido a tutela de um pedido mais abrangente, haverá a violação ao princípio da separação de poderes, e o Judiciário agirá de forma totalmente ilegítima. Em outras palavras, o Judiciário tende a resguardar o mínimo essencial dos direitos sociais previstos na constituição.

Dentro dessa conjectura, caso haja possibilidade orçamentária e demonstração do direito pelo indivíduo, a sua demanda judicial poderá ser atendida sem ressalvas, porém caso sua demanda encontre óbice na reserva do possível, apenas o mínimo existencial poderá ser resguardado pelo Judiciário, pois os

Magistrados não podem extrapolar os limites de algo que não é da sua competência, mesmo que o direito esteja evidente.

A judicialização da saúde pode garantir a prestação do direito subjetivo individual no seu mínimo existencial, gerando os efeitos ditos anteriormente, como realocação de despesas públicas de outros setores ou do próprio setor da saúde, ou a criação de créditos adicionais, mas não deverá exaurir completamente, além da garantia do mínimo existencial, o orçamento público destinado para efetivação dos direitos sociais da coletividade.

Caso o Judiciário pudesse indiscriminadamente conceder tutelas de direito à saúde sem levar em consideração os princípios aqui levantados (reserva do possível e mínimo existencial), isso poderia quebrar o sistema público de saúde no que se refere à questão orçamentária, ou ainda atolar mais o sistema judiciário de demandas, o que tornaria toda a prestação pública de saúde insustentável, porque as demandas demorariam anos para serem julgadas, sendo que os pleitos em sua maioria são de caráter de urgência, pois trata-se de pedidos de medicamentos e tratamentos de doenças, o que não pode ficar à mercê da mora judiciária, fato que já ocorre hoje com o Judiciário concedendo primordialmente o mínimo, imagine-se, portanto, um cenário em que o Judiciário concedesse tudo, sob o fundamento de atender aos direitos sociais constitucionais, sem analisar questões orçamentárias.

A crescente judicialização da saúde se justifica pela própria ausência de delimitação do alcance do Sistema Único de Saúde:

A indefinição sobre os reais contornos do dever do Estado no que se refere ao oferecimento integral de serviços e produtos de saúde contribui para o incremento da judicialização da saúde, fenômeno por meio do qual o cidadão vai ao Poder Judiciário para garantir direitos constitucionalmente garantidos de acesso universal e integral ao direito à saúde. A definição sobre quais serviços e produtos que serão incorporados ao sistema público de saúde e oferecidos de forma universal constitui, assim, um momento estratégico na conformação das garantias concretas de efetivação da saúde como direito a ser preservado de forma integral.⁸⁴

A concessão pelo Judiciário da tutela relativa à saúde sem delimitação e sem observância aos demais princípios constitucionais pode inclusive desvirtuar a própria

⁸⁴ AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmin; NASCIMENTO, Paulo Roberto; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e incorporação tecnológica.** Artigo Original em R. Dir. sanit., São Paulo v.15, n.1, p. 10-39, mar./jun. 2014, p. 15. Acesso disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

intenção do julgador, pois concederá um benefício a um cidadão em detrimento de outros:

Numa breve análise, pode-se inferir que a via judicial tem propiciado o exercício dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade na assistência à saúde. Porém, quando se analisa de forma mais ampla, percebe-se uma lógica adversa: se, por um lado, as decisões judiciais visam a garantir o atendimento ao direito e às necessidades do cidadão, por outro, remetem ao gestor a responsabilidade de decisões administrativas que muitas vezes contradizem os princípios constitucionais da equidade e acesso à assistência à saúde de qualidade.⁸⁵

A importância da judicialização da saúde para a concretização e melhoria das políticas públicas da área da saúde é imensa, por exemplo quando sobreveio a Constituição Federal de 1988, o primeiro “BOOM!” de demandas judiciais relacionadas à saúde foram dos cidadãos portadores do vírus HIV, os quais pleitearam judicialmente o medicamento para tratamento AIDS, e o número de ações na época foi tão expresso que estimulou a promulgação da Lei nº 9.313 de novembro de 1996⁸⁶ que dispõe e impõe a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

De acordo com BUISSA, BEVILACQUA e MOREIRA⁸⁷:

O movimento de defesa dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV ecoou no plano internacional, destacando-se o protagonismo do Brasil quanto à iniciativa, na Comissão de Direitos Humanos da ONU, de propor uma resolução considerando o acesso a medicamento para os portadores de AIDS, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes de medicamentos para a AIDS, no âmbito da OMC. Apesar de o licenciamento compulsório previsto na legislação brasileira ter sido alvo de contestação por parte dos Estados Unidos da América, onde se concentra a maior parte dos laboratórios que detêm as patentes dos medicamentos anti-AIDS, a resolução acabou sendo aprovada, representando um avanço histórico no trato da questão.

Portanto, observa-se que a atuação do Poder Judiciário no trato desta matéria tem ímpar relevância, inclusive estimulando a criação e o aprimoramento de políticas públicas no setor, em prol da melhoria de todo o sistema de saúde e de seus usuários. Em monografia a respeito do tema, foi verificado que, no município de Vitória da Conquista (BA), a concessão de liminares

⁸⁵ ANDRADE, Eli Iola Gurge; MACHADO, Carlos Dalton; FALEIROS, Daniel Resende; SZUSTER, Daniele Araújo Campos; GUERRA JUNIOR, Augusto Afonso; SILVA, Grazielle Dias; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ACÚRCIO, Francisco de Assis. A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. Rev. Med. Minas Gerais 2008; 18(4 Supl 4): S46-S50. Acesso disponível em <<http://rmmg.org/exportar-pdf/1268/v18n4s4a08.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996**. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Brasília. Acesso disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm> Acessado em 15 de outubro de 2019.

⁸⁷ BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. **Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. In: Coletânea Direito à Saúde Volume II. Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde. CONASS. Brasília, 2018, 1ª Ed., p. 37. Acesso disponível em: <<https://goo.gl/JcJLN8>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

determinando a entrega de medicamentos fez com que o ente instituisse um programa farmacêutico, facilitando o acesso da população e, por conseguinte, reduzindo o número de liminares em determinado período. Além disso, o Município decidiu realizar licitações prévias, na modalidade registro de preços, para a aquisição dos medicamentos mais demandados judicialmente, gerando uma redução no custo de aquisição⁸⁸. O mesmo fenômeno ocorreu no Município de São Paulo (SP), em que passaram a ser realizadas "licitações preventivas"⁸⁹.

Desta feita, o Judiciário é um garantidor da universalização do acesso às políticas públicas no setor da saúde aos que não obtiveram esse acesso por meio do que é garantido à coletividade, e a decisão judicial poderá garantir ao menos o mínimo necessário do direito social, de modo que o Judiciário não afrontará a separação de poderes e evitará tornar-se um legislador positivo. Na realidade o Judiciário sustenta a justiciabilidade do direito à saúde com uma atuação que deve ser equilibrada, agindo ativamente na concretização do direito à saúde, mas sem ser abusivo e expansivo em relação à sua legitimidade e, ao mesmo tempo sem se omitir da sua responsabilidade constitucional e funcional.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal ("STF") do ano de 2019, e como os ministros deste tribunal têm lidado com os conceitos e discussões anteriormente expostos, e quais tem sido as saídas adotadas nas soluções de conflitos entre o direito individual e o direito coletivo, bem como entre o direito subjetivo público e o orçamento público disponível.

O Ministro Edson Fachin decidiu no caso abaixo que embora o Estado alegue a ausência de recursos públicos para cumprir com o pleito de medicamentos, por exemplo sob o preceito da reserva de possível, esse conceito não deve ser meramente afirmado apenas com a intenção de obstar a implementação de políticas públicas relativas ao direito à saúde. É certo que a reserva do possível cria uma

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In CANOTILLHO, José Gomes, et al. Organizador. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva; 2010. In: BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. *Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde*. 2018, p. 37.

⁸⁹ OLIVEIRA, Jeandro Silva. **Judicialização do direito à saúde: o impacto orçamentário das ações judiciais sobre medicamentos no município de Vitória da Conquista – BA (2010-2014)**. Dissertação de Mestrado na Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Vitória da Conquista - BA, 2016. In: BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. *Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde*. 2018, p. 37.

barreira fática à concretização de direitos, portanto, entendeu o Tribunal ser necessária a comprovação pelo Estado de que não há de fato recursos financeiros para suprir as demandas.

Ademais, no que se refere à legitimidade passiva para configurar em uma ação de pedido relativo ao direito à saúde, sabe-se que pelo artigo 23, inciso II, da Constituição Federal é competência da União, Estados e Municípios darem efetividade ao direito à saúde e, por esse motivo o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") é no sentido de que qualquer um dos entes federativos é parte legítima para figurar no polo passivo de "demandas que visam à garantia de acesso a tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros bastantes", pois a responsabilidade é solidária nesse caso. O tema da legitimidade é de repercussão geral no Plenário do STF.

Por fim, conforme se verifica do caso abaixo, o Tribunal de origem com base em perícia médica realizada decidiu condenar o Estado ao custeio de medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ("ANVISA") e que não se encontra na lista de medicamentos do SUS. Tal decisão vai contra o quanto disposto no art. 19-T da Lei nº 8.080/90, o qual prevê que são vedados em todas as esferas de gestão do SUS: (i) o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA; e (ii) dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA:

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão da 5ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, em que o Tribunal negou provimento ao recurso da União e manteve "sentença de procedência em ação que [p]ostula, em caráter de urgência, o fornecimento dos medicamentos Reuquinol 400mg na posologia de um comprimido por dia, e Cell Cept 500mg (micofenolato mofetil) na posologia de dois comprimidos ao dia, em virtude de ser portadora de Lupus Eritematoso Sistêmico (CID 10 M32.8)." (eDOC 69, p. 1) No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, do permissivo constitucional, **alega-se ofensa aos arts. 5º, caput, II, da Constituição Federal. Nas razões recursais, sustenta-se, em síntese, que "A decisão recorrida determina o custeio de um tratamento experimental, off label, para o qual o medicamento postulado não está registrado na ANVISA, o que contraria o art. 19-T da Lei 8.080/90 com a redação da Lei 12.401/2011: (...)." (eDOC 76, p. 11) Aduz-se, ainda, que "dada a insuficiência do conceito meramente civilista de solidariedade obrigacional, impõe-se o estabelecimento de um novo conceito de solidariedade constitucional no que toca à prestação de saúde pelos entes federativos, interpretando-se a norma do art. 23, II, da CRFB/88, não apenas com a ótica da solidariedade civil, mas especialmente considerando o sistema federativo criado pela Constituição nessa seara." (eDOC 76, p. 21) É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. O Tribunal de origem, ao examinar o conjunto probatório constante dos autos,**

reconheceu a responsabilidade solidária do ente público ao fornecimento do tratamento médico ao ora recorrido, em decisão assim fundamentada (eDOC 69, pp. 2-7): **“No que se refere à legitimidade passiva *ad causam*, consigno que, conforme a jurisprudência consolidada do STJ, qualquer dos entes federativos é parte legítima para figurar no polo passivo de demandas que visam à garantia de acesso a tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros bastantes.** Confirmam-se os seguintes precedentes: (...) Nessa linha de raciocínio, e tendo em vista as disposições constitucionais a respeito do direito fundamental posto em causa, entendo que não há como afastar a responsabilidade da União, do Estado e do Município no que toca à prestação e à promoção de serviços públicos de saúde, mostrando-se inquestionável a legitimidade desses entes públicos para figurar no polo passivo do processo. (...) **A escassez de recursos públicos, que normalmente se mostram insuficientes para o pleno atendimento de todas as demandas sociais, frequentemente é utilizada como fundamento para a recusa de fornecimento da medicação demandada pela parte. Trata-se do princípio conhecido como “reserva do possível”, cuja origem remonta ao direito alemão.** (...) Sem prejuízo do debate doutrinário sobre o tema, é claro e indubitável **que a ausência de recursos financeiros constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais.** (...) **Por si só, portanto, a mera afirmação da reserva do possível não basta para afastar o dever estatal de garantir a implementação dos direitos fundamentais no caso concreto.** (...) No caso dos autos, tenho que a sentença bem apreciou a lide, consoante a prova dos autos, merecendo ser mantida, por seus próprios fundamentos, aqui adotados, como razão de decidir.” Desse modo, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Portanto, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, confirmam-se precedentes de ambas Turmas deste Tribunal: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Violação ao princípio da separação de poderes. Decisão do Poder Judiciário que determina a adoção de medidas de efetivação de direitos constitucionalmente protegidos. Inocorrência. Precedentes. 3. Entendimento das instâncias ordinárias pelo fornecimento de medicamentos. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 4. Direito à saúde. Solidariedade entre os entes da federação. Tema 793 da sistemática da repercussão geral (RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015). 5. Eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública. Matéria infraconstitucional. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 1047362- AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 01.08.2018). **“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO. LISTA DO SUS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF SOBRESTAMENTO. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL. 1. O Tribunal de origem, com base na análise da perícia médica, entendeu por determinar o fornecimento de medicamento que não se encontra na lista de fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS. 2. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, seria imprescindível uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimento inviável em recurso extraordinário. Precedentes. 3. A tese de que os medicamentos se caracterizariam como de alto custo não fez parte das razões do recurso extraordinário, sendo aduzida somente nesta via recursal. Constitui-se, portanto, em inovação insuscetível de apreciação**

neste momento processual. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 935824-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe26.08.2016). Ademais, ao examinar o julgamento do recurso-paradigma RE-RG 855.178, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 16.03.2015, tema 793, **o Plenário do Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional sobre responsabilidade solidária dos entes federados no direito à saúde**, e, reafirmando a jurisprudência dominante da Corte, assentou a seguinte tese: **O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.** Assim, verifica-se que o acórdão ora impugnado está em consonância a jurisprudência desta Corte. Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, a e b, do Código de Processo Civil, c/c art. 21 do RISTF. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, majoro em ¼ (um quarto) a verba honorária fixada anteriormente, devendo ser observados os limites dos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo. Publique-se. Brasília, 8 de abril de 2019. Ministro Edson Fachin Relator. (Grifos nossos)⁹⁰

O Ministro Ricardo Lewandowski tem decidido que a atuação do Poder Judiciário para coagir a Administração Pública ao cumprimento de seus deveres quando há ingerência não configura violação ao princípio da separação dos poderes. Aponta que a jurisprudência do STF entende não ser aplicável o preceito da reserva do possível nos casos em que o Poder Público busca fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na Constituição. A reserva do possível esbarra na necessidade de se conceder ao indivíduo o mínimo existencial relacionado à dignidade da pessoa humana e ao objetivo constitucional de reduzir as desigualdades sociais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA PÚBLICO DE ENSINO. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL (RESERVA DE VAGAS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR). OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. I - A Lei nº. 7.853/1989 (art. 2º, inciso I, e alíneas) e a Lei nº. 9.394/1996 (art. 59 e incisos) materializaram o direito à inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais ao sistema público de ensino, visando dar eficácia plena aos comandos da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante a todos (direito difuso e fundamental) o acesso à educação (CF, art. 205), devendo o Estado, em casos que tais, efetivar esse direito mediante a garantia de ‘atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino’ (CF, art. 208, inciso III). II - Na ótica vigilante do Supremo Tribunal Federal ‘o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1193032/RS. Autor da Ação: Ledy de Lima Nogueira. Réu: União. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília-DF. Julgado em 08/04/2019. Publicado em 11/04/2019, Dje-075. Acesso disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697304091/recurso-extraordinario-re-1193032-rs-rio-grande-do-sul?ref=serp>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.' (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP -00125). III - No caso concreto, caracterizada a omissão da instituição de ensino na implementação de políticas voltadas para a eficácia plena dessa garantia fundamental, mediante a reserva de vagas para portadores de necessidades especiais para fins de ingresso no ensino superior, **autoriza a atuação do Poder Judiciário, para suprir essa omissão, sem que isso represente qualquer violação ao princípio da separação dos Poderes**, por não se tratar de ingerência da atividade jurisdicional sobre as atribuições da Administração Pública, mas sim, de **atuação firme do Poder Judiciário, no sentido de que o Poder Público cumpra com o seu dever**, previsto em nossa Carta Magna, **nem caracteriza violação ao princípio da reserva do possível, porquanto, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, 'a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.'** (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP - 00125). IV - Remessa oficial e apelação da Universidade Federal do Acre - UFAC desprovidas. Sentença confirmada" (págs. 85-86 do documento eletrônico 3). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se, em suma, ofensa aos arts. 2º; 5º, XXXVI, LIV e LV; 93, IX; 167, I e II, e 207, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece prosperar. De início, verifico que a recorrente, apesar de afirmar a existência de repercussão geral no recurso extraordinário, não demonstrou as razões pelas quais entende que a questão discutida nestes autos seria relevante sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e ultrapassaria os interesses subjetivos do processo. A mera alegação de existência do requisito, desprovida de fundamentação adequada que demonstre seu efetivo preenchimento, não satisfaz a exigência prevista no art. 543-A, § 2º, do CPC/1973, introduzido pela Lei 11.418/2006, e no art. 327, § 1º, do RISTF. Nesse sentido, destaco o ARE 882.864-AgR/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cuja ementa segue transcrita: "AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.

FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. OFENSA CONSTITUCIONAL MERAMENTE REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. 1. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 3. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão do recurso extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente. 4. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário). 5. Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem” (grifei). De outro lado, esta Corte firmou orientação no sentido de ser inadmissível, em regra, a interposição de recurso extraordinário para discutir matéria relacionada à ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da prestação jurisdicional e dos limites da coisa julgada, quando a verificação dessas alegações depender de exame prévio de legislação infraconstitucional, por configurar situação de ofensa reflexa ao texto constitucional. Esse entendimento foi consolidado no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Tema 660), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se rejeitou a repercussão geral da matéria em acórdão assim ementado: “Ementa: Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral”. Outrossim, os Ministros deste Tribunal, no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceram a repercussão geral e reafirmaram a jurisprudência desta Corte na linha de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. Nessa linha, transcrevo a ementa do referido precedente: “Ementa: Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida

para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (grifei). Além disso, esta Corte entende inadmissível a interposição de RE por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636/STF). No tocante à alegada violação do art. 2º da Constituição, a jurisprudência do Tribunal firmou o entendimento de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. Nesse sentido, cito o ARE 1.096.445-AgR/PR, de minha relatoria, assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. TEMA 220. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - A discussão referente à implementação de medidas necessárias ao funcionamento da segurança pública está abrangida pelo Tema 220 da repercussão geral (RE 592.581-RG). III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC)”. Por fim, no que diz respeito à eventual violação do art. 207 da Constituição, verifico que a decisão do Tribunal não destoa da jurisprudência desta Corte acerca da previsão constitucional e convencional das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Com essa orientação cito os seguintes julgados: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 860.979/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes). “RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006)– COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º)– O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11)– NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO” (RE 1.101.106-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 31 de maio de 2019. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. (Grifos nossos)⁹¹

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1211116/AC. Autor da Ação: Fundação Universidade Federal do Acre. Réu: Ministério Público Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgado em 31/05/2019. Publicado em 05/06/2019, Dje-120.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE DOS ENTES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIRETO À SAÚDE. NECESSIDADE DE SUPLEMENTO COMPROVADA POR PERÍCIA MÉDICA. RECURSO INOMINADO DA UNIÃO IMPROVIDO. RECURSO INOMINADO DA UFPE IMPROVIDO” (documento eletrônico 52). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustenta-se, em suma, violação dos arts. 5º, 6º, 196, 198, § 1º, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. Isso porque **o acórdão recorrido está em consonância com jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Desse modo, a regra contida no art. 196 da Constituição, a despeito de seu caráter programático, não exige o Estado do dever de assegurar aos cidadãos os meios necessários ao gozo do direito à saúde. Nesse passo, assentou-se nesta Corte o entendimento de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento à paciente destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento.** Essa jurisprudência foi reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG/SE (Tema 793 da Sistemática da Repercussão Geral), da Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema em acórdão assim ementado: “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” (grifos meus). Ademais, importa acentuar, quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado, que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. Com esse entendimento, oportuna a transcrição de trecho do voto do Ministro Celso de Mello no RE 410.715-AgR/SP: “Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, 'Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública', p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que **a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais**

impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". Por fim, o Tribunal de origem, com apoio no acervo probatório dos autos, assim dirimiu a questão em exame: "Ao proclamar que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), a Constituição Federal garante aos cidadãos brasileiros o recebimento de todo o aparato necessário para manutenção ou recuperação de sua saúde. A norma constitucional deve ser efetiva, não podendo ser considerada apenas programática. **Não há dúvidas na jurisprudência de que é dever do Poder Executivo por mandamento constitucional fornecer os medicamentos necessários para os cidadãos brasileiros. Assim, o não-fornecimento destes implica em ato ilícito da Administração que deve ser corrigido quando provocado pelo Poder judiciário. Veja-se que não se está adentrando nas políticas públicas referentes à saúde - é indubitável que isso cabe ao Executivo. O provimento judicial está a corrigir uma ilegalidade praticada pelo Estado com o não-fornecimento do medicamento pleiteado pela autora. Isso não ofende a separação dos poderes.** Por outro lado, ao analisar o deferimento de determinada medicação, deve-se ater as particularidades do caso. **Algumas políticas públicas adotadas em prol de determinado grupo de doentes pode não ser eficiente em um caso ou outro, o que deve ser provado nos autos. Produzida a prova, deve o Poder Judiciário garantir o cumprimento do mandado constitucional, garantindo-lhe o melhor meio para assegurar o direito à saúde do cidadão. Ora, não se pode perder de vista que, no atual regime constitucional, sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Portanto, estando positivada a regra consagrada da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), cabe ao Poder Judiciário defender a efetividade desses direitos, autorizando tal Poder a assegurar, no caso concreto, o seu efetivo gozo, com base no art. 5º, inc. XXXV, da CF (inafastabilidade do controle judiciário), ainda que isso implique em alocação de recursos públicos.** Neste sentido, colaciono a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: [...] Percebe-se que o medicamento pleiteado é indispensável para à sobrevivência do requerente, não se olvidando que é direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde (art. 196 da CF/88), tais como fornecimento de medicamentos e acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. Desta forma, o fornecimento de medicamentos é dever público constitucional, que abrange, também, a integralidade da cobertura e o acesso universal e igualitário" (págs. 2 e seguintes do documento eletrônico 52). Dessa forma, para divergir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no recurso extraordinário, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279 desta Corte. Nesse sentido: "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Fornecimento de medicamento oncológico. Adequação e necessidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria ínsita ao plano normativo local, tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento), em desfavor da parte recorrente, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita" (ARE 1.090.602-AgR/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno). "Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Violação ao princípio da separação de poderes. Decisão do Poder Judiciário que determina a adoção de medidas de efetivação de direitos constitucionalmente protegidos. Inocorrência.

Precedentes. 3. Entendimento das instâncias ordinárias pelo fornecimento de medicamentos. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 4. Direito à saúde. Solidariedade entre os entes da federação. Tema 793 da sistemática da repercussão geral (RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015). 5. Eficácia erga omnes da decisão proferida em ação civil pública. Matéria infraconstitucional. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento” RE 1.047.362-AgR/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Com base no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro em 20% (vinte por cento) os honorários advocatícios anteriormente fixados pelo Juízo de origem, observados os limites do art. 85, § 2º, do CPC. Publique-se. Brasília, 3 de junho de 2019. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. (Grifos nossos)⁹²

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO SUPOSTAMENTE VIOLADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. ASTREINTES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.9.2014. 1. Ausente a indicação do dispositivo constitucional tido por violado pelo acórdão recorrido, incide, na espécie, o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 284/STF. 2. **O entendimento adotado pela Corte de origem que tornou definitiva a tutela antecipada deferida em grau de recurso, ao fundamento de que seja providenciada pelos réus, Município de Diadema e Estado de São Paulo, a realização da cirurgia no ora agravado, com a devida internação no hospital a ser indicado, no prazo de dez dias, sob pena de pagamento de multa diária de hum mil reais (fls. 32 e 76) -, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal.** Entender de modo diverso demandaria a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie e a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. 3. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 4. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 876.165-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber - grifei). “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. GRAVIDADE E URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VAGA IMEDIATA NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1201361/PE. Autor da Ação: José Francisco Costa de Andrade. Réu: Universidade Federal de Pernambuco; e Estado de Pernambuco. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgado em 03/06/2019. Publicado em 11/06/2019, Dje-125. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729407788/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1201361-pe-pernambuco?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

STF. Precedentes. II – Agravo regimental improvido” (ARE 677.280-AgR/DF, de minha relatoria). No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: ARE 1.032.750/RJ, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 1.032.798/RJ, de minha relatoria; ARE 1.021.817/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 993.161/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 1.096.576/RJ, Rel. Min. Edson Fachin; e ARE 1.054.668/RJ, Rel. Min. Alexandre de Moraes. É certo ainda, conforme a jurisprudência desta Corte, que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Assim, a regra contida no art. 196 da Constituição, a despeito de seu caráter programático, não exime o Estado do dever de assegurar aos cidadãos os meios necessários ao gozo do direito à saúde. Nesse passo, assentou-se nesta Corte o entendimento de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tal como, na hipótese em análise, a internação de paciente em unidade de terapia intensiva. Essa jurisprudência foi reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG/SE (Tema 793), da relatoria do Ministro Luiz Fux, em que esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema em acórdão assim ementado: “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**” (grifei). Por fim, importa acentuar, quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. Com esse entendimento, oportuna a transcrição de trecho do voto do Ministro Celso de Mello no RE 410.715-AgR/SP: “**Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político- -administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência** (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, 'Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública', p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que **a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**”. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Deixo de majorar os honorários recursais previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2019. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. (Grifos nossos)⁹³

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1219029/RJ. Autor da Ação: Cléa Dias Fernandes. Réu: Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgado em 01/08/2019. Publicado em 06/08/2019, Dje-170. Acesso disponível em:

O Ministro Marco Aurélio reafirma a responsabilidade solidária dos entes federativos em garantir à saúde, bem como que o conceito de reserva do possível só pode prevalecer como argumento para que o Estado deix de cumprir com o seu dever de concretizar as políticas públicas da área da saúde quando for comprovada a insuficiência de recursos, pois não basta a mera alegação. Ademais, houve o entendimento de que a falta de previsão orçamentária não pode ser um impeditivo nesse caso, tendo em vista que o insumo solicitado pelo Demandante está incluído no rol da saúde, sendo esta despesa vinculada do administrador público, e a concessão dar-se-á por decisão judicial.

Além do mais, no julgado abaixo entendeu-se que a concessão judicial de medicamentos e insumos não previstos em políticas públicas é possível desde que respaldada na Medicina e baseada em evidências, a fim de efetivar o direito universal e igualitário à saúde, buscando reduzir desigualdades. Constatou no acórdão que o Judiciário tem competência para determinar que o Estado forneça insumos e que a referida decisão não viola o princípio da separação de poderes. Ao final da decisão mais uma vez foi lembrado que o Estado deve proporcionar ao menos o mínimo existencial para atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade da pessoa humana:

MEDICAMENTOS INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO (GÊNERO) – RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Eis a síntese do acórdão recorrido: RECURSO INOMINADO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. PESSOAS IDOSAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES E INCAPACITANTES. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DA AUTARQUIA DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO ACOLHIDA. INOBSERVÂNCIA DE LESÃO À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA. FALECIMENTO DE UMA DAS AUTORAS. PERDA DO OBJETO EM RELAÇÃO A PARTE. RECURSO DOS REQUERIDOS CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Quanto a ilegitimidade passiva dos requeridos, extrai-se da sentença: "Preliminarmente, não há que se falar em ilegitimidade passiva de nenhum do reclamado pois a garantia do direito à saúde e a vida do cidadão é dever do Estado, e pode recair em qualquer dos entes da Federação (UNIÃO, ESTADO e MUNICÍPIO), não se podendo qualquer deles opor objeções de natureza regulamentar entre eles, quer para não responder pela demanda, quer para a pretensão de inclusão, por exemplo, no caso, da União no polo passivo da demanda."** 2. Ausência de previsão orçamentária: **A alegação de impossibilidade de fornecimento de insumo com base na falta de previsão orçamentária não pode ser acolhida, considerando que o insumo está incluído no rol da saúde, despesa vinculada do administrador público, e, a concessão desse dar-se-á através de ordem judicial.** 3. Ofensa ao acesso universal e igualitário: A

concessão via judicial de medicamentos e insumos não previstos nas políticas públicas, quando respaldado na Medicina baseada em evidências, não ofende, mas ao contrário, efetiva o acesso universal e igualitário à saúde, na medida que se promove a igualdade também ao se 'tratar desigualmente, aos desiguais, na medida da sua desigualdade'. Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE Validação deste em <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/> - Identificador: PJL43 JZKQP ZFCNE LETUD PROJUDI - Recurso: 0042439-70.2017.8.16.0014 - Ref. mov. 38.1 - Assinado digitalmente por Camila Henning Salmoria:11155 10/10/2018: JUNTADA DE ACÓRDÃO. Arq: Acórdão (Camila Henning Salmoria - 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais) Página 69. 4. Separação dos poderes: **A análise dos pedidos de fornecimento de insumos não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que esse é formado também pelos contrapesos.** 5. Reserva do possível e lesão à ordem pública e econômica: **A análise de eventual aplicação da reserva do possível estaria condicionada a prova da impossibilidade (não sua mera alegação), sobretudo levando-se em consideração a limitação dos valores pleiteados perante os Juizados Especiais.** 6. Precedente desta Turma Recursal: 0003029-13.2017.8.16.9000. 2. A recorribilidade extraordinária é distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido, procedida, na maioria das vezes, mediante o recurso por excelência – a apelação. Atua-se em sede excepcional a partir da moldura fática delineada soberanamente pelo Colegiado de origem, das premissas constantes do acórdão impugnado. A jurisprudência é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o verbete nº 279 da Súmula do Supremo: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado, buscando-se, em última análise, o reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar a viabilidade do recurso. Acresce que o acórdão prolatado pelo Colegiado surge harmônico com a Constituição Federal. **O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela 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 a sua promoção, proteção e recuperação. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.** 3. Conheço do agravo e o desprovejo. Fixo os honorários recursais em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. 4. Publiquem. Brasília, 8 de abril de 2019. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (Grifos nossos)⁹⁴

No julgado abaixo Edson Fachin entendeu que a União não é responsável pela efetivação do direito da parte autora, sendo o Estado e o Município onde a parte

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1195087/PR. Autor da Ação: Ministério Público do Estado do Paraná. Réus: Autarquia Municipal de Saúde de Londrina; e Município de Londrina. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF. Julgado em 08/04/2019. Publicado em 12/04/2019, Dje-076. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697912343/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1195087-pr-parana?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

autora reside os únicos responsáveis, tendo em vista que são eles que executam diretamente as políticas públicas de saúde que deixaram de conceder o tratamento à parte autora.

Explica que uma das principais problemáticas do tema são os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, que priorizam a vida e a dignidade da pessoa humana, e de outro lado existe a questão financeira, que busca assegurar o direito a todos, exigindo que a administração dos recursos seja feita de forma responsável e cuidadosa.

Entendeu-se que os protocolos e as diretrizes do SUS devem ser levados em consideração pelo Poder Judiciário, mas não podem ser utilizados para inviabilizar o direito à saúde. No caso abaixo foi comprovada a impossibilidade do Estado em materializar o serviço de saúde necessário da parte autora, porém a ausência da prestação deste serviço acarreta violação ao direito fundamental da saúde e ao próprio dever do Estado em conceder o serviço. Assim, considerando que a constituição criou toda uma sistemática e competências para que o Poder Público consiga efetivar o direito à saúde, interpretou o Ministro que o Estado do Acre deveria dentro das suas competências materiais adotar medidas para efetivar o direito à saúde do Autor da ação, e a ausência de medidas adotadas configura em omissão inconstitucional por parte do Estado, a qual deve ser suprida pelo Judiciário:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CIRURGIA A SER REALIZADA FORA DO DOMICÍLIO. DEMORA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR. COMPETÊNCIA COMUM. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. RECURSOS NÃO PROVIDOS.” No recurso extraordinário interposto pela União, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se ofensa aos artigos 165, § 5º; 167, I e VII; 195, § 5º; 196; e 198, caput e § 1º, do Texto Constitucional, alegando-se, em suma, que **“não restam dúvidas de que não cabe à União, e sim ao Estado e ao Município onde a parte autora reside, responderem à presente ação, fornecendo o tratamento vindicado na inicial. Afinal, esses são os entes responsáveis pela execução direta das políticas públicas de saúde, incluindo o atendimento à população.”** (eDOC 11, p. 9). Já no recurso interposto pelo Estado do Acre, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se ofensa aos arts. 2º; e 18 da Constituição Federal. Nas razões recursais, sustenta-se, em síntese, que (eDOC 13, p. 7-8): “é atribuição do Estado de origem, no caso, o Estado do Acre, encaminhar solicitação de atendimento à CNRAC, aguardar o agendamento no Estado de destino e, confirmado o atendimento, disponibilizar o deslocamento e o custeio do paciente na cidade de destino. No que diz respeito à emissão de passagem e disponibilização de ajuda de custo, tais medidas só são possíveis após o agendamento do atendimento da unidade de saúde de destino. No ponto, cumpre ressaltar que o Estado do Acre – e qualquer outro Estado da Federação que figure como “solicitante” do serviço TFD – não detêm autonomia para determinar que o paciente seja, imediatamente, atendido no local de destino. Tampouco pode o Estado do Acre obrigar outro ente público a firmar convênio de cooperação. Tal providência escapa à

esfera de competência estadual no âmbito do Sistema Único de Saúde.” É o relatório. Decido. O Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso inominado, asseverou (eDOC 10, p. 2-4): “A saúde está expressamente prevista no art. 196, caput, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito. Como destacado pelo juiz sentenciante: “o direito à saúde é de fundamental importância. Frente a isso, **a Constituição, além de incluí-lo no rol dos direitos fundamentais de seu art. 5º, ainda previu, em seu art. 196, que se trata de direito difuso, de titularidade de toda a coletividade. Em contrapartida, ficou fixado que a saúde é, também, dever fundamental do Estado. Nesse sentido, a mesma Constituição fixou inúmeras competências de natureza material para fins de efetivação do direito constitucional à saúde. Tais competências distribuem-se entre os entes da federação e são canalizadas em um sistema único. Sob essa ótica, uma das principais problemáticas que circundam o direito à saúde é a distribuição de medicamentos, sobretudo os de alto custo, bem como o acesso a tratamentos, em primazia os caros. Com isso, é nessa seara que se polarizam os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. A um lado, prioriza-se a vida, trazendo a lume tudo o quanto for necessário para garantir a afirmação da dignidade da pessoa humana. A outro, surge a questão das finanças: a necessidade de se assegurar o bem a todos exige que a administração dos recursos sejam feita de modo responsável e cuidadoso. É nessa ótica, portanto, que existem regramentos peculiares a cada centro de competências para fins de selecionar os casos mais urgentes ou imprescindíveis. O tratamento fora de domicílio é exemplo disso. Com certeza, se o Estado fosse arcar com todo e qualquer procedimento a ser realizado fora do domicílio, haveria problemas graves. Fatalmente, portanto, alguém necessitado seria preterido. Diante disso, surge a necessidade de normatizar a atuação estatal nesse sentido. Em nível nacional, o Tratamento Fora do Domicílio foi instituído pela Portaria n. 55/99 da Secretaria de Assistência à Saúde e, assim, se destina a garantir tratamento médico a pacientes portadores de doenças que não podem ser tratadas no município de origem, quando já esgotados todos os meios de atendimento. Referida Portaria deixou a cargo dos Estados uma normatização própria, por meio de Manuais Estaduais (Art. 5º). Porém, ressaltou alguns princípios gerais. Dentre eles, verifica-se a obediência ao teto financeiro definido para cada município/estado (art. 1º); a excepcionalidade, de modo que somente se esgotados todos os meios de tratamento no próprio município, é que poderá haver tratamento fora de domicílio (art. 1º, § 1º); a exclusividade de atendimento para pacientes da rede pública ou contratada/conveniada do SUS (art. 1º, § 2º); a necessidade de autorização do TFD por comissão, mediante solicitação do médico assistente do paciente (art. 6º). No caso dos autos, verifica-se que o autor deu entrada nos procedimentos para TFD em 26.05.2014 e teve a autorização do médico regulador para tratamento em 27.05.2014, contudo, conforme informa o Estado do Acre em sua contestação, até aquele momento ainda não havia resposta em relação ao atendimento. A solicitação de tratamento fora de domicílio foi feita por médico assistente em 27/05/2014 e, embora quando da última manifestação do Estado do Acre nos autos, antes da sentença, em 03/05/2016, ainda não se tivesse resposta sobre a possibilidade de se conseguir uma unidade de referência para fins de atendimento do autor, em manifestação após a sentença, juntou petição comprovando o cumprimento da tutela, informando que a cirurgia restou agendada para o dia 26/05/2017, a ser realizada na cidade de Porto Velho/RO. Acresceu, ainda, o Estado do Acre que “Conforme**

OFÍCIO/DIRJUR/Nº 1150/2016 (em anexo), o paciente será informado por telefone do agendamento. Quanto às passagens aéreas o mesmo deverá comparecer à SESACRE para retirá-las, bem como, caso queira, solicitar o pedido de ajuda de custo, informando ao setor alguns dados para que se possa viabilizar o pagamento”. Assim, superado o argumento do prazo exíguo para resolver a questão. **Por sua vez, as normas, protocolos e diretrizes o SUS devem ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário, mas jamais podem ser utilizadas para inviabilizar o direito à saúde. Na espécie, a falha na prestação do serviço público era evidente, conforme assim bem pontuado pelo juiz sentenciante: “é possível verificar, do conjunto probatório, omissão em dever constitucional. No caso, a impossibilidade de o Estado materializar serviço de saúde para o autor – seja por não possuir profissional especializado, seja por não conseguir convênio com unidade de referência – acrescida do longo tempo decorrido desde a solicitação pelo médico assistente (mais de dois anos) acarreta grave lesão a direito fundamental.** Logo, não se pode permitir que essa situação de incerteza permaneça, ou poderá durar por muito mais tempo. **Portanto, seria exigível do Estado do Acre, dentro do plexo constitucional de competências materiais que lhe foi atribuído, que adotasse medidas aptas a efetivar o direito à saúde reclamado pelo autor. Tal situação configura o que o Supremo Tribunal Federal tem definido como omissão inconstitucional, o que é rechaçável e deve ser suprida judicialmente (RE 429903, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).”** Em relação à discussão levantada pela União, verifica-se que esta Corte já se manifestou sobre o tema discutido nestes autos ao analisar o RE-RG 855.178, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16.03.2015 (Tema 793), em que reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional referente à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e reafirmou a jurisprudência pertinente ao tema. Na oportunidade, a ementa restou assim redigida: “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.” Quanto aos argumentos explanados pelo Estado do Acre, eventual discordância em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, no que diz respeito à dificuldade no procedimento de realização da cirurgia pleiteada pelo recorrido, demandaria o reexame de fatos e provas, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF. Nesse sentido: “Agravio regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo e Constitucional. Saúde. Cirurgia a ser realizada pelo Sistema Único de Saúde. 3. Inexistência de urgência a justificar a prioridade do procedimento cirúrgico pleiteado. 4. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 943.547-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 2.6.16). “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. GRAVIDADE E URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VAGA IMEDIATA NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o

que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. II Agravo regimental improvido.” (ARE 677.280-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 5.12.12). Ante o exposto, em relação ao recurso da União, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, nos termos do art. 328 do RISTF; e nego provimento ao RE interposto pelo ente estadual, com fundamento no art. 932, IV, a, do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 20 de agosto de 2019. Ministro Edson Fachin Relator. (Grifos nossos)⁹⁵

A decisão abaixo, também do Ministro Edson Fachin, está de acordo com as decisões expostas acima e, acrescenta o entendimento de que o princípio da reserva do possível não prevalece sobre o princípio do mínimo existencial, de modo que somente após atingido o mínimo existencial é que será possível discutir e analisar a questão orçamentária fundada na reserva do possível. Expõe que no caso de negativa do Estado em conceder o tratamento médico necessário à manutenção da vida, a decisão judicial é medida que se impõe para assegurar o direito público subjetivo à saúde, em cumprimento ao quanto disposto no artigo 196 da C.F./88:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE). PRELIMINAR DE REQUERIMENTO DE APRECIÇÃO DO AGRAVO. REJEITADA. NEGATIVA DO ESTADO EM FORNECER O TRATAMENTO. COMPROVAÇÃO DA ENFERMIDADE E NECESSIDADE DO MODO DE TRATAMENTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. EXORBITÂNCIA DA MULTA DIÁRIA. INOCORRÊNCIA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Preliminar de requerimento de apreciação do agravo afastada tendo em vista que, proferida sentença de procedência da ação, confirmando a tutela anteriormente concedida, o julgamento do agravo contra a concessão da tutela restou prejudicado. 2. **O princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, que tem como lastro o princípio da isonomia, insito no art. 5º, da Constituição da República, impõe aos Poderes Públicos o dever de agir, devendo realizar, em prol do cidadão, prestações materiais adequadas à promoção e proteção de sua saúde, bem como de sua recuperação nos casos em que for acometido por alguma enfermidade.** 3. **Dúvida não há de que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, comprovada a necessidade do tratamento e a falta de condições de adquiri-lo, legitimado está o direito do cidadão prejudicado em buscar a tutela jurisdicional, impondo-se ao Estado a obrigação de disponibilizar os meios necessários ao tratamento adequado ao caso.** 4. Ademais, por contar com idade já bastante avançada, entende-se que o tratamento domiciliar se afigura como a melhor medida a ser adotada no presente caso, haja vista que a retirada do meio hospitalar, bem como o convívio com os familiares, poderá trazer reais benefícios à saúde da paciente, uma vez que apresenta quadro clínico estável, podendo dar continuidade à sua recuperação no âmbito domiciliar. 5. **O princípio da reserva do possível não deve ser oposto ao princípio do mínimo existencial, pois somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos**

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1222045/AC. Autor da Ação: Francisco José Lima Braga. Réus: União; e Estado do Acre. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília-DF. Julgado em 20/08/2019. Publicado em 23/08/2019, Dje-184. Acesso disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747873060/recurso-extraordinario-re-1222045-ac-acre?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

se deve investir. 6. A multa serve como meio indireto de coação, a infundir psicologicamente influência sobre a sua vontade, no sentido de convencê-lo a prestar aquilo que lhe é exigido, servindo como instrumento processual necessário para a prestação de uma tutela inibitória efetiva e adequada. Assim, a fixação de multa com caráter inibitório é medida atualmente consagrada pelo direito processual positivo e, ademais, decorrência lógica e natural da natureza instrumental do processo civil moderno 7. Nesta senda, tem-se que o valor da multa diária fixado pelo magistrado de primeira instância está condizente com a finalidade das astreintes, bem como com o interesse em questão, qual seja, a saúde e vida do recorrido. 8. Negado provimento ao apelo. Decisão unânime.” Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (eDOC 1, p. 165). No recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aduz-se violação aos arts. 2º; 5º, caput; 37, caput e XXI; e 196, caput, da Constituição da República. Nas razões recursais, sustenta-se, que “a decisão impugnada, ao interpretar o direito à saúde de modo ilimitado e incondicionado, implicou em frontal ofensa aos arts. 196 e 5º da CF, lesionando toda a coletividade, que arcará com as despesas da manutenção da paciente em tela hospital domiciliar, cujo internamento se deu sem que em qualquer momento houvesse sido consultada a disponibilidade do programa existente no município em que reside e oferecido pelo Estado de Pernambuco.” (eDOC 1, p. 228). Aduz-se, ainda, que “(...) a interferência judiciária além de implicar lesão ao princípio da igualdade, no acesso, que deve ser universal e igualitário no serviço de saúde, implica também em lesão ao art. 2º da Constituição Federal, ao afrontar a discricionariedade administrativa.” (eDOC 1, p. 228) Defende-se, por fim, que “o acórdão vergastado ao determinar o custeio pelo Recorrente de internamento da substituída processualmente em hospital privado sem garantir a possibilidade de sua transferência para hospital público ou conveniado ao SUS quando do surgimento de vaga, afrontou o princípio do acesso igualitário aos serviços de proteção da saúde, afrontando o próprio princípio da isonomia, insculpido no caput do art. 5º, da Constituição Federal.” (eDOC 1, p. 229) A Segunda Vice-Presidência do TJ/PE inadmitiu o recurso extraordinário por entender que: (i) a preliminar de repercussão geral não está devidamente fundamentada; (ii) suposta afronta aos dispositivos constitucionais tidos por violados, se ocorresse, seria de forma oblíqua ou reflexa; (iii) incide, in casu, o óbice das súmulas 279, 280 e 636 do STF; e (iv) não há identidade entre a matéria discutida nos autos e o RE 566.471 – Tema 06 da repercussão geral. (eDOC 1, pp. 279-282). É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. **De início, consigno que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS poderes. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 279/STF. Hipótese em que, para dissentir da conclusão firmada pelo Tribunal de origem, seria necessário reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. É firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não afronta o princípio da separação dos poderes o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre atos administrativos tidos por abusivos ou ilegais. Precedentes. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 410.544-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 17.3.2015). Quanto à matéria de fundo, verifica-se que o Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação, asseverou que (eDOC 1, pp. 129-134): “Versa a presente lide acerca do custeio de tratamento de saúde, no sentido de que seja ofertado o tratamento domiciliar (home care) para tratar da enfermidade sofrida pela substituída processual, ora Apelada, a senhora Antônia Estevam da Silva Oliveira, diagnosticada com HSA

FISCHER IV + AN ART com POSTERIOR + VASOESPASMO (CID: 10: 160). (...) O PROGRAMA HOSPITAL EM CASA, instituído pela Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, além de objetivar a redução dos riscos de infecção hospitalar, tem como escopo garantir um tratamento mais humanizado a pacientes que apresentem quadro clínico que lhes permitam dar continuidade à sua recuperação no âmbito domiciliar. **A negativa do Estado em não fornecer o referido tratamento médico domiciliar sob o argumento de que a apelada não preenche os critérios estabelecidos pela Portaria GM/MS nº 2.529/06 não me convence, porque estamos diante de caso de vida ou morte onde a disponibilização do mencionado tratamento é essencial à vida da apelada. No caso em concreto, a ingerência do Poder Judiciário reputa-se necessária, uma vez que visa assegurar o direito público subjetivo à saúde, garantido através de norma programática inscrita no art. 196, da CF/88**, in verbis: (...) Ademais, por contar com idade já bastante avançada, entendo que o tratamento domiciliar se afigura como a melhor medida a ser adotada no presente caso, haja vista que a retirada do meio hospitalar, bem como o convívio com os familiares poderá trazer reais benefícios à saúde da paciente, uma vez que a mesma apresenta quadro clínico estável, podendo dar continuidade à sua recuperação no âmbito domiciliar. No que se refere à teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, não pode ser invocada como escudo para o Estado se escusar ao cumprimento de suas obrigações prioritárias. **É certo que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.** (...) **O princípio da reserva do possível não deve ser oposto ao princípio do mínimo existencial, pois somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Com isso, tenho que acertou o Juízo recorrido quando concedeu antecipadamente e na sentença, o fornecimento do tratamento médico domiciliar, sob pena de dano irreparável para a apelada.** (...) Feitas essas considerações, NEGO PROVIMENTO a presente apelação, para manter a sentença em todos os seus termos.” Como se depreende desses fundamentos, eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo *a quo* demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, e o exame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Portaria GM/MS nº 2.529/06), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida nas Súmulas 279 e 280 do STF. Nesse sentido: “Agravos regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Plano de saúde. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Matéria infraconstitucional. 4. Violação à cláusula de reserva de plenário. Não ocorrência. O Tribunal de origem cingiu-se a interpretar a norma, sem a declarar inconstitucional ou afastar a sua incidência. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 933.505-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.3.2016). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE CLÁUSULA DE ESTATUTO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.” (AI 610.930/MS-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 20.6.2008). Ademais, na espécie, ressalta-se que a violação do princípio da legalidade demanda necessariamente a análise de atos normativos infraconstitucionais. Aplicável, portanto, *in casu*, a súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressupõe rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, a e b, do Código de

Processo Civil. Deixo de aplicar o art. 85, § 11, do CPC, tendo em vista que não houve prévia fixação de honorários na origem. Publique-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2019. Ministro Edson Fachin Relator. (Grifos nossos)⁹⁶

O Ministro Celso de Mello destacou no julgado abaixo que em razão da responsabilidade solidária dos entes públicos em arcar com as despesas para efetivar o direito à saúde, o STF decidiu que “eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria”. Ademais, compreendeu que se o direito à saúde está previsto, é inaplicável a discussão sobre a concessão ou não do mínimo existencial em razão da reserva do possível, tendo em vista que o Estado não pode se omitir em prestar à população medidas básicas de saúde:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. POSSIBILIDADE. 1. A decisão agravada impôs aos réus, solidariamente, o fornecimento do fármaco VORICONAZOL 200mg a portador de síndrome da imunodeficiência adquirida e de aspergilose pulmonar, fundada na urgência do caso e da responsabilidade do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho em fornecer o medicamento necessário ao tratamento de paciente que se encontra internado em suas dependências. 2. A UFRJ, gestora do HUCFF, **responsável legítimo pelo fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de paciente que se encontra internado em suas dependências e os três entes federativos permanecem no polo passivo para cumprir decisão do STF que, em 25/2/2015, no RE 855178 RG/SE, proclamou a solidariedade passiva dos entes públicos arrolados na inicial, sendo que ‘eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria’**. 3. **A saúde foi conferido o status constitucional de ‘um 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’ (art. 196), disposição cuja clareza solar não permite outra conclusão a não ser a de que o Estado não pode se omitir em prestar à população medidas básicas de saúde**. 4. O autor/agravado, 50 anos, está em tratamento no Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, vinculado à UFRJ, sendo-lhe prescrito o fármaco VORICONAZOL 200mg, não padronizado, de acordo com Nota Técnica nº 00269/2016/CONJUR.MS/CGU/AGU. 5. **Prevalece na jurisprudência o entendimento de que ‘deve o Poder Judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento indispensável para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente da rede pública de saúde e, bem assim, ser ‘inaplicável um debate sobre o mínimo existencial e a reserva do possível se a lei prevê o direito reclamado**. 6. Embora a ineficácia dos tratamentos alternativos oferecidos pelo SUS não tenha sido comprovada, há de se ponderar os aspectos envolvidos na questão, mormente por se

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1189382/PE. Autor da Ação: Antônia Estevam da Silva Oliveira. Réu: Estado de Pernambuco. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília-DF. Julgado em 28/02/2019. Publicado em 06/03/2019, Dje-044. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692177173/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1189382-pe-pernambuco?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

tratar de prescrição de médico do próprio HUCFF e ratificada pelo Parecer da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde. 7. Agravos de instrumento desprovidos.” O apelo extremo em análise não se revela viável, eis que, em situações assemelhadas à destes autos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em reiterados pronunciamentos, tem assinalado não caber recurso extraordinário contra decisões (a) que deferem, ou não, provimentos liminares ou (b) que concedem, ou não, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pelo fato de tais atos decisórios – precisamente porque apenas fundados na verossimilhança das alegações ou na mera plausibilidade jurídica da pretensão deduzida – não veicularem qualquer juízo conclusivo de constitucionalidade, deixando de ajustar-se, em consequência, às hipóteses consubstanciadas no art. 102, III, da Constituição. Cabe assinalar, por necessário, que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já firmaram entendimento no sentido de que o ato decisório – que apenas examina a ocorrência do “*periculum in mora*” e a relevância jurídica da pretensão deduzida pelo autor – não traduz manifestação jurisdicional conclusiva em torno da procedência, ou não, dos fundamentos jurídicos alegados pela parte interessada, inviabilizando, desse modo, a utilização do recurso extraordinário, ante a ausência de contrariedade a qualquer dispositivo constitucional, ainda que o provimento de índole cautelar possa, eventualmente, revestir-se de caráter satisfativo (AI 269.395/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 226.471/RO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 232.068- -AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 234.153/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 239.874-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 272.194/AL, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.): “RE – DEMANDA CAUTELAR – LIMINAR. A liminar concedida em demanda cautelar, objeto de confirmação no julgamento de agravo de instrumento, não é impugnável mediante recurso extraordinário.” (AI 245.703-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei) “Agravo regimental. Não cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar por entender que ocorrem os requisitos do ‘*fumus boni iuris*’ e do ‘*periculum in mora*’. – Em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o ‘*fumus boni iuris*’ e o ‘*periculum in mora*’, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra ‘a’ do inciso III do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Agravo a que se nega provimento.” (AI 252.382-AgR/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei) “RE: cabimento: decisão cautelar, desde que definitiva: consequente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo, confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância ‘a quo’, é insuscetível de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas sim por não ser definitiva.” (RE 263.038/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei) Cumpre referir, ainda, no sentido da presente decisão, a existência de julgamento emanado da colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento, sobre a matéria ora em análise, reiterou a diretriz jurisprudencial que se vem de mencionar, advertindo – mesmo tratando-se de hipótese de tutela antecipatória – não se revelar cabível a interposição de recurso extraordinário, por inócua, em tal situação, “manifestação conclusiva” sobre matéria de índole constitucional (RE 315.052/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES). Não se pode perder de perspectiva, na apreciação da presente causa, que o entendimento jurisprudencial ora referido sempre prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, cuja orientação, na matéria, ao admitir a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão interlocutória, tem

ênfâtizado a necessidade de tal ato decisório revelar-se definitivo (RTJ 17-18/114, Rel. Min. VICTOR NUNES – RTJ 31/322, Rel. Min. EVANDRO LINS): “(...) O recurso extraordinário é admissível de decisão de caráter interlocutório, quando ela configura uma questão federal, encerrada definitivamente nas instâncias locais.” (RTJ 41/153, Rel. Min. HERMES LIMA – grifei) Cumpre acentuar, neste ponto, que essa orientação acha-se presentemente sumulada por esta Corte, como resulta claro da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal, cuja formulação possui o seguinte conteúdo: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” (grifei) Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço do recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 932, III). Não incide, neste caso, o que prescreve o art. 85, § 11, do CPC, ante a ausência de condenação em verba honorária na origem. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2019. Ministro CELSO DE MELLO Relator. (Grifos nossos)⁹⁷

No mesmo sentido, o julgado abaixo do Ministro Gilmar Mendes, no qual consta o entendimento de que não fere a separação de poderes a atuação do Judiciário visando garantir os direitos constitucionalmente previstos e em medidas excepcionais pode determinar que a Administração Pública cumpra com seus deveres, bem como não pode prevalecer o argumento da reserva do possível sem que o Estado comprove a insuficiência de recursos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. SÚMULA 736/STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Nos termos da Súmula 736/STF, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.** Não se diga que a Súmula 736/STF encontra-se superada, uma vez que, nos autos da Rcl 3303/PI, a própria Suprema Corte, em composição plenária, já ratificou a aplicabilidade do referido verbete, mesmo após a decisão proferida na ADI 3.395-MC. Precedente da SBDI-2/TST. 2. ENTE PÚBLICO. SERVIDORES PÚBLICOS. HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. Não há preceito constitucional ou legal que autorize a Administração Pública a descumprir normas que asseguram a higidez do meio ambiente de trabalho, que tem, inclusive, proteção constitucional (art. 200, VIII, da Constituição Federal). De outro norte, a Carta Magna expressamente estendeu aos servidores públicos o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (arts. 7º, XXII e 39, § 3º, da Constituição Federal), sendo certo que esse direito fundamental dos administrados somente pode se materializar pela observância de normas concernentes à higiene e medicina do trabalho. O absoluto descumprimento dessas regras resulta no perecimento desse direito fundamental, o que não se pode admitir, sob pena de se relegar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), vértice axiológico da Constituição Federal e do próprio Estado, a um plano secundário. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (eDOC 6, p. 1-2) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, aponta-se

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1192623/RJ. Autor da Ação: Marcos Valério Cruz de Queiroz. Réus: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Estado do Rio de Janeiro; União; Município do Rio de Janeiro. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília-DF. Julgado em 29/04/2019. Publicado em 06/05/2019, Dje-092. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713114709/recurso-extraordinario-re-1192623-rj-rio-de-janeiro?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

violação aos arts. 2º, 5º, II, LIV, LV, 37, 39, 167 e 175 do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se, em suma, que a Justiça do Trabalho é incompetente, porquanto a matéria diz respeito à relação entre o ente e seus servidores, em flagrante afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.395, e que o acórdão recorrido se imiscuiu o mérito administrativo, providência vedada ao Poder Judiciário. (eDOC 11, p. 13) A Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, emitiu parecer pelo desprovemento do agravo e do recurso extraordinário. (eDOC 38) É o relatório. Decido. Sem razão o recorrente. **O Tribunal de origem, em observância à Súmula 736 desta Corte, consignou que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar o litígio, tendo em vista se tratar de matéria relacionada à saúde do trabalho. Registrou, ainda, que cabe ao Judiciário, em medidas excepcionais, determinar que a Administração atue de modo a assegurar direitos constitucionalmente garantidos, sem que isso viole o princípio da separação dos poderes.** Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado: “Em caso semelhante ao ora analisado, o Pleno do STF já se debruçou sobre a questão na Reclamação nº 3.303-1, proposta pelo Estado do Piauí, contra decisão do Juiz da 2ª Vara de Teresina, nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.002.22.00-6, em que o Juízo se considerou competente para o julgamento da respectiva causa, tendo por *ratio decidendi* o fato de não haver qualquer contrariedade ao que foi decidido na ADI 3.395, porque a ação civil pública, tal como no caso destes autos, tinha por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. (...) O Supremo Tribunal Federal entende que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes, o que se aplica ao caso dos autos, no qual se pretende a melhoria do meio ambiente de trabalho da Secretaria de Infraestrutura do Estado de Roraima.” (eDOC 6, p. 3 e 7) Com efeito, o debate instaurado na origem diz respeito ao cumprimento de normas relativas à higiene, saúde e segurança dos trabalhadores da Secretaria Estadual de Infraestrutura - SEINF, matéria sem identidade com o julgado na ADI 3.395-MC. Neste sentido, confira-se caso semelhante apreciado recentemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl 13.113, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 18.12.2013: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395-MC/DF. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DE HOSPITAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE O ATO RECLAMADO E A DECISÃO PARADIGMA. AGRAVO IMPROVIDO. I Esta Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.395-MC/DF, deu interpretação conforme ao art. 114, I, da Constituição Federal, para excluir da competência da Justiça do Trabalho as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe esteja vinculado por relação jurídico-estatutária. II - O ato reclamado deve ajustar-se com exatidão ao paradigma invocado, a fim de que se verifique afronta à autoridade de decisão deste Tribunal. III - A ausência de similitude entre o ato reclamado e o acórdão indicado como paradigma impede o julgamento da reclamação. IV - No caso, trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, com o fim de apurar o descumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho, especialmente no que se refere ao Hospital 28 de Agosto, localizado em Manaus/AM, o que afasta a competência da Justiça comum. V - Agravo improvido.” (Rcl 13.113, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 18.12.2013) Destaco, ainda, trecho do esclarecedor voto do Min. Celso de Melo, no julgamento plenário da Rcl 3.303/PI, Rel. Min. Ayres Britto: “Na realidade, o próprio fundamento constitucional da pretensão deduzida pelo Ministério

Público do Trabalho, em sede de ação civil pública, reside no inciso II do art. 129 da Constituição. Ora, esse dispositivo, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, qualifica o Parquet como verdadeiro defensor do povo, ao estabelecer que cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. **Entre esses direitos de essencialidade inquestionável, está, por sua clara natureza, o direito à saúde.** Portanto, não estamos discutindo, no fundo, a natureza do vínculo, nem estamos em face de uma ofensa ou transgressão à autoridade da decisão proferida por esta Corte, em sede cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade invocada como paradigma de confronto. Na realidade, o Ministério Público, legitimado ativamente ao ajuizamento da ação civil pública, invoca a proteção jurisdicional a direitos e a interesses transindividuais, com apoio numa cláusula da Constituição que lhe assegura uma das mais relevantes funções institucionais: a de atuar como verdadeiro defensor do povo.” **Por fim, quanto ao valor da astreinte e violação à reserva do possível, o Tribunal de origem registrou que o recorrente não refutou os argumentos lançados no acórdão recorrido e não comprovou insuficiência de recursos,** motivo por que, para dele divergir, indispensável o revolvimento do conjunto-fático probatório dos autos, providência inviável nesta Corte extraordinária. (eDOC 6, p. 11) Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, VIII, do NCPC c/c art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 21 de março de 2019. Ministro Gilmar Mendes Relator. (Grifos nossos)⁹⁸

A decisão abaixo da Ministra Cármen Lúcia, a qual discute as instalações de uma escola municipal com o propósito de assegurar direitos como o da saúde, acessibilidade e dignidade da pessoa humana, também está em consonância com os julgados expostos anteriormente. E mais, constou no acórdão abaixo que não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário busca corrigir uma situação concreta de omissão do Poder Público, a fim de garantir direitos fundamentais. Destacando que a jurisprudência do STF é pacífica ao definir que o Judiciário tem legitimidade para implementar políticas públicas visando a efetivação de direitos fundamentais essenciais e, que se encontram “impossíveis de serem efetivados pela ausência de condições materiais imprescindíveis”:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO DE PROVIDENCIAR INSTALAÇÕES EM ESCOLA MUNICIPAL: INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Sergipe: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PEDIDO PARA PROVIDENCIAR INSTALAÇÕES ADEQUADAS EM ESCOLA MUNICIPAL DE ARACAJU. PROCEDIMENTO

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1062324/RR. Autores da Ação: Ministério Público do Estado de Roraima; e Ministério Público do Trabalho. Réu: Estado de Roraima. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF. Julgado em 21/03/2019. Publicado em 26/03/2019, Dje-059. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692159101/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1062324-rr-roraima?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

ADMINISTRATIVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE APONTA IRREGULARIDADES FÍSICAS E PROBLEMAS DE ACESSIBILIDADE. SAÚDE, VIDA, DIGNIDADE, INTEGRIDADE E CIDADANIA DOS DOCENTES, DISCENTES E DEMAIS SERVIDORES AMEAÇADAS E VIOLADAS. DEVER DO ENTE PÚBLICO EM PROMOVER MEDIDAS QUE ASSEGUREM O CUMPRIMENTO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS E DE PRESTAR EDUCAÇÃO DE QUALIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, E DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO EM CUMPRIR DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NOTADAMENTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER IMPOSTA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME” (fl. 1, doc. 5). 2. No recurso extraordinário, alega-se ter o Tribunal de origem contrariado o art. 2º da Constituição da República. 3. O recurso extraordinário foi inadmitido ao fundamento de harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (doc. 12). O agravante sustenta que, “no caso dos autos, deve prevalecer a regra, ou seja, o princípio da separação dos poderes. As circunstâncias da contenda travada na Ação Civil Pública n. 201611200891 impõem a preservação da Separação dos Poderes, sob pena de se fazer letra morta desse princípio estruturante da nossa República, desorganizando-se a atividade da Administração Pública” (fl. 6, doc. 16). Assevera que, “somente em caráter excepcional, admite-se a intervenção do Judiciário no Executivo. Somente quando a Administração Pública se abster, sem justo motivo objetivamente aferível, de promover o núcleo de direitos essenciais constitucionalmente assegurados” (fl. 7, dc. 16). Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste ao agravante. 5. O Tribunal de origem assentou: “De pronto, afirmo que não merece prosperar a alegação do Princípio de Separação dos Poderes, visto que a execução dos reparos/obras (adequação dos banheiros disponíveis aos usuários do prédio onde funciona a Escola Municipal Otília de Araújo; disponibilizar paginação de piso tátil em todas as áreas de uso comum da escola, regularizando a já existente; e adequação das rampas, corrimãos e guarda-corpos que já existem no local, bem como a implantação desses itens de acessibilidade nos locais onde houver desnível a ser vencido por pessoas com mobilidade reduzida), na escola municipal, não se trata de mera discricionariedade da administração, constituída no mérito administrativo, mas sim, de ato vinculado diante das falhas na estrutura física da escola. **É fato que, há muito que as políticas públicas para atender as demandas referentes aos preceitos fundamentais do cidadão deixaram de ser a prioridade do Poder Público. E, ainda, é patente mais uma omissão do poder público na implementação de políticas relativas aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.** Não se pode olvidar que a Administração Pública rege-se por princípios próprios e dentre eles destaco a indisponibilidade dos interesses públicos e o princípio da legalidade, no entanto, a demanda instaurada reveste-se de extrema relevância, por envolver preceitos fundamentais que se encontram incorporados ao patrimônio de cada indivíduo, e que se forem olvidados pelo Município de Aracaju trará danos irreversíveis para toda a sociedade. Há sim uma violação expressa aos preceitos constitucionais, e não se pode pensar em Município desenvolvido se este não garante aos seus jovens, dentro de uma escola pública garantias mínimas de segurança. **Não há que se falar sobre a violação ao princípio da separação de poderes, já que em se tratando de políticas públicas que visam à correção de uma situação concreta em que se discute a omissão do Poder Público na garantia dos direitos fundamentais da população, não se configura violação ao aludido princípio**” (fl. 3, doc. 5). Este entendimento harmoniza-se com a

jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, quando se cuida, como na espécie, de adoção de providências específicas, garantidoras de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, impossíveis de serem efetivados pela ausência de condições materiais imprescindíveis. Assim por exemplo: “**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO**” (RE n. 700.227-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 31.5.2013). “**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**” (RE n. 763.667-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.12.2013). “**Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido**” (AI n. 708.667-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 10.4.2012). 6. A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, procedimento incabível de ser adotado validamente em recurso extraordinário, conforme se dispõe na Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal: “**DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 31.01.2012. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido**” (RE n. 696.077-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 17.6.2015).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido” (AI n. 777.502 AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.10.2010). Nada há a prover quanto às alegações do agravante. 7. Pelo exposto, nego provimento ao presente recurso extraordinário com agravo (als. a e b do inc. IV do art. 932 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 18 de março de 2019. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (Grifos nossos.)⁹⁹

Conforme se verifica da jurisprudência do STF analisada acima, pelo menos no ano de 2019, no que se refere às demandas que visam a concretização do direito à saúde, o STF tem proferido decisões que possuem a mesma linha de entendimento, havendo consolidação jurisprudencial sobre os seguintes aspectos: (i) as decisões judiciais que determinam que o Estado efetive o direito à saúde não fere o princípio da separação de poderes; (ii) o conceito da reserva do possível não pode ser meramente alegado pelo Estado, devendo ser comprovada a insuficiência de recursos; (iii) o Estado deve garantir o mínimo existencial, e apenas após garantido o mínimo essencial do direito à saúde é que poderá ser discutida a reserva do possível; (iv) os entes da federação possuem responsabilidade solidária quanto a concretização do direito à saúde; e (v) a ausência de prestação pelo Estado de medidas que assegurem o direito à saúde configura em omissão inconstitucional que merece decisão judicial para saneamento.

6. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho foi possível verificar que a tutela constitucional do direito à saúde é uma conquista social histórica, resultante de inúmeras transformações jurídicas, políticas e sociais. Antigamente no Brasil não existia

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1189118/SE. Autor da Ação: Ministério Público do Estado de Sergipe. Réu: Município de Aracaju. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília-DF. Julgado em 18/03/2019. Publicado em 27/03/2019, Dje-060. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692167142/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1189118-se-sergipe?ref=serp>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

previsão legal sobre direito à saúde, sendo que apenas uma parcela muito pequena e privilegiada da população obtinha acesso a médicos, tratamentos e medicamentos, pode-se dizer, portanto, que a saúde era elitizada e mercantilizada.

Entretanto, com o surgimento do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira as discussões populares visando a democratização da saúde ganharam força, pois membros da elite passaram a também defender o ideal de saúde pública, como médicos, donos de hospitais, políticos, pesquisadores, entre outros que possuíam maior visibilidade política, os quais se reuniram na 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986, um ano após o fim da ditadura militar, e debateram a necessidade de transformar o sistema de saúde, para garantir o direito à saúde a todos os cidadãos de forma universal, tendo em vista que a saúde é um bem público, bem como para atribuir ao Estado o dever de garantir tal direito.

Percebeu-se na época que não é viável defender a garantia da saúde limitada à parcela da população, de forma individualizada, focada em apenas quem pode arcar com os altos custos médicos do período, pois evidentemente que na vida em sociedade o indivíduo não vive isolado, e doenças são transmissíveis, bem como estão relacionadas com outros direitos como o de saneamento básico, de modo que não há como se obter a tutela da saúde individual sem cuidar da saúde pública (coletiva).

Assim, defendeu-se que "democracia é saúde" ou "saúde é democracia", sendo que o sistema democrático brasileiro exige que a saúde seja vista como um direito coletivo além de um direito individual. Por certo que grande parte da população não consegue arcar com os custos médicos, tendo havido a necessidade da criação de um sistema público para concretização desse direito de forma ampla e abrangente, por meio da distribuição dos recursos públicos financeiros.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde como um direito fundamental de relevância pública, cujo dever de concretização é do Estado, criando toda a sistemática necessária para a concretização desse direito, seja através da criação do SUS, seja através da criação de normas que estabelecem competências, responsabilidades e que estruturam toda a questão orçamentária necessária para a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, no primeiro capítulo foi demonstrado que a legislação brasileira determina que o orçamento público seja muito bem planejado e organizado

com base nas prioridades e metas do governo, e caso haja a ausência de recurso para efetivação de algum direito existem mecanismos legalmente previstos que podem ser adotados, a fim de buscar atingir ao quanto disposto na Constituição Federal.

Em se tratando de direito à saúde, viu-se que o mais comum é que na ausência de recursos seja realocado parte do orçamento destinado a própria área da saúde para atender o direito não atingido, bem como foi analisado o fato de que a Administração Pública nem sempre consegue prever as despesas provenientes da judicialização da saúde, pois não dá para se projetar quantas pessoas ingressarão com ações judiciais no ano seguinte e qual o custo dos pedidos, o que causa uma lacuna no planejamento orçamentário relativo à área da saúde.

Verificou-se que a LRF, o PPA, a LDO e a LOA, preveem que todo gasto público deve ser compatível com a programação dos orçamentos e metas do governo, pois os recursos financeiros do Estado são limitados e precisam ser bem planejados de acordo com as prioridades estabelecidas. Assim, em regra um pleito judicial relacionado à saúde deve ser atrelado a um programa social pré-existente, cuja pré-existência pressupõe que recursos financeiros tenham sido destinados à implementação dessa política pública, e tal recurso está dentro do planejamento financeiro estatal.

Ocorre que na prática há uma insuficiência de recursos públicos para efetivação do direito à saúde (e de outros direitos sociais também), a qual é consequência de diversos fatores, dentre eles pode-se citar: (i) a corrupção que desvia o dinheiro público; (ii) a má-administração e o mau planejamento dos gastos públicos (como dito acima, os próprios gastos com a judicialização da saúde não são planejados como deveriam); e (iii) questões políticas que influenciam nas prioridades estabelecidas pelo governo, as quais nem sempre são racionais de acordo com as necessidades dos brasileiros.

Dessa forma, o que ocorre na prática é que o orçamento público que é utilizado no cumprimento de demandas judiciais é proveniente em sua grande maioria da realocação de recursos, como do próprio SUS, e em razão da escassez desses recursos, eles acabam funcionando como um "cobertor curto", pois quando cobre-se de um lado, o outro lado é descoberto, ou seja, quando atende-se uma demanda individual para concessão de insumos da saúde, por exemplo, retira-se dinheiro para

concessão de insumos para a coletividade, fazendo com que haja uma redução no investimento que seria destinado ao coletivo e, por consequência mais indivíduos que buscaram a efetivação do seu direito nas políticas públicas poderão ter o seu direito não atendido, o que pode gerar mais demandas judiciais, resultando em um "ciclo".

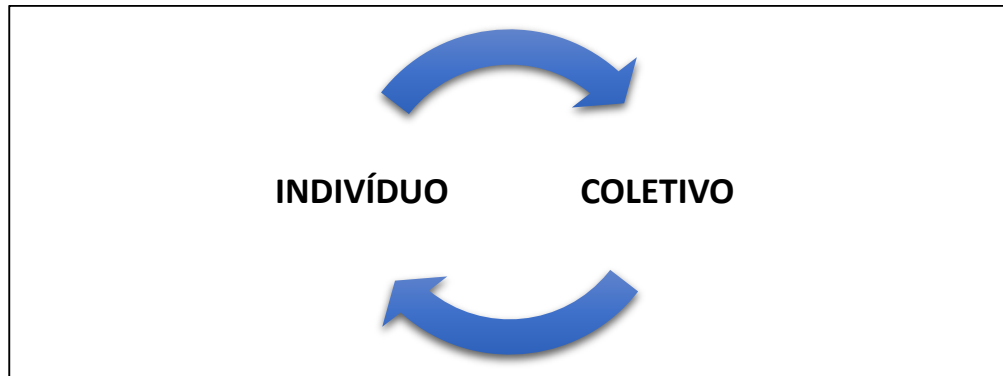


Figura 2: Ciclo da efetivação do direito à saúde em meio à escassez de recursos públicos.

Fonte: elaboração própria.

Constatou-se que a maioria da população que ajuíza ação de pleito relacionado à saúde possui melhores condições financeiras e são mais instruídas do que a população que não ingressa e fica à mercê do SUS, de modo que a concessão da demanda individual que prejudica o orçamento do coletivo, afeta em sua grande maioria a população mais carente. Além disso, a análise da jurisprudência do STF permitiu averiguar que a condição material do indivíduo que entra com a ação na maioria das vezes sequer é analisada pelo julgador, afinal o direito está constitucionalmente previsto, e ele não possui óbice na condição social financeira do indivíduo, por isso entende-se o Judiciário que não convém analisar se o cidadão possui ou não meios de arcar com o seu pedido no sistema particular.

Em virtude da escassez dos recursos financeiros públicos, foi analisado no capítulo dois, o conceito da reserva do possível, verificando-se que o Estado não está obrigado a fornecer a todos os cidadãos os direitos sociais, pois a concessão ilimitada de demandas individuais não se relaciona com o próprio conceito de Estado Social (priorizar a coletividade), tendo em vista que é o orçamento do próprio Estado que custeia esses direitos. Deve-se, portanto, ser analisada a razoabilidade e racionalidade da demanda individual, a fim de preservar o equilíbrio econômico global da prestação daquele direito pelo Estado em relação a todos os cidadãos.

A reserva do possível não é uma limitação ao direito, mas a elucidação dos reais limites existentes na prestação do direito social pelo Estado, os quais não podem ser ignorados, devendo sempre ser levado em consideração o orçamento público e o interesse coletivo, analisando-se a disponibilidade jurídica e fática de recursos e a proporcionalidade e razoabilidade da exigibilidade da prestação do direito social, e ainda ser averiguada a condição material do indivíduo para arcar sozinho com o que está sendo pleiteado.

Nesse sentido, em 2018 houve uma alteração na LINDB e seus artigos 20 e 22 passaram a impor que as esferas judicial e administrativa decidam com base em valores jurídicos concretos e que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, considerando os obstáculos e as dificuldades do gestor nas exigências das políticas públicas, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Convém ressaltar que o Estado deve comprovar a insuficiência de recursos para fundamentar a sua omissão em concretizar o direito à saúde com base na reserva do possível.

De outro lado, no capítulo três, discorreu-se sobre o conceito do mínimo existencial surgido na Corte alemã, que enfatizou que o padrão do mínimo indispensável não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como um sistema acabado de solução, pois é preciso uma análise cautelosa do caso concreto. Ademais, a delimitação do mínimo existencial possibilita estabelecer as prioridades dos gastos públicos, pois somente após conferido o mínimo existencial para a manutenção da vida digna, é que o saldo remanescente servirá para cobrir o que não for "essencial", posto que o orçamento público não consegue custear tudo.

Nota-se que o conceito de um mínimo existencial vem como uma possível solução para a ausência de um marco legal da integralidade, pois de acordo com esse conceito o Estado não é obrigado a conceder tudo, a qualquer pessoa, em qualquer tempo, mas sim garantir ao menos o mínimo existencial, causando um limitador ao princípio da integralidade, pois a integralidade do SUS precisaria estar voltada inicialmente ao cumprimento do mínimo existencial.

Observando a jurisprudência do STF do ano de 2019 exposta no capítulo cinco, notou-se que o STF tem julgado as decisões sob uma ótica mais garantista, visando cumprir com a função social do Judiciário, pois majoritariamente concedeu a tutela da saúde requerida pela parte autora.

Os ministros do STF entendem que o Estado deve comprovar a insuficiência de recursos para cumprir com o quanto pleiteado na ação, porém em quase todos os julgados analisados o Estado não comprovou a ausência de recursos, isso pode ocorrer ou em razão da dificuldade de se comprovar a ausência de recursos, dada a amplitude do orçamento público, o qual muda os números diariamente, ou em razão de haver recursos, porém eles já estarem alocados para outra destinação, o que o Magistrado provavelmente não iria acatar como "reserva do possível", ou porque de fato o Estado utilizou o conceito de "reserva do possível" como uma desculpa para o não cumprimento do pedido.

De todo modo, as primeiras hipóteses demonstram que embora o Estado possua uma justificativa para se omitir no cumprimento do seu dever, esta depende de comprovação, a qual é de difícil produção pelo Estado. Igualmente difícil é a alocação de recursos de outros setores para a judicialização da saúde, tal prática não deveria ser comum, pois afeta o direito coletivo.

Destaca-se que o STF ainda não tem analisado as demandas com base nas alterações trazidas pela LINDB. Na realidade observa-se que as decisões caminham no sentido contrário da LINDB, pois o conceito do mínimo existencial não é de fato analisado no caso concreto, e, portanto, ele é utilizado como um valor jurídico abstrato, pois não é verificado o que de fato é essencial de ser garantido pelo Estado. Além disso, observa-se que em um dos julgados mesmo o Estado tendo comprovado a impossibilidade de cumprir com o seu dever, a ação foi julgada procedente, sob o fundamento de que o Estado incorreu em omissão inconstitucional.

Ademais, no julgado da Ministra Cármen Lúcia constou que a jurisprudência do Supremo Tribunal entende que há a possibilidade de intervenção excepcional do Judiciário na implementação de políticas públicas, quando se cuida da adoção de providências específicas, garantidoras de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, impossíveis de serem efetivados pela ausência de condições materiais imprescindíveis.

Em outras palavras, a jurisprudência do STF entende que o Judiciário possui legitimidade não apenas para determinar que a Administração Pública concretize uma política pública já existente, mas também para intervir "excepcionalmente" na implementação de políticas públicas, como um legislador positivo, intervindo tanto na competência do Legislativo, quanto na competência do Executivo, em violação ao

princípio da separação de poderes, e ainda mais grave: quando "impossível de serem efetivados pela ausência de condições materiais imprescindíveis".

Ou seja, a jurisprudência do STF permite que o Judiciário ultrapasse as suas competências criando ou intervindo na implementação de políticas públicas, mesmo quando verificada a impossibilidade de concretização pelo Estado do direito pleiteado pela parte autora da ação, fundamentando tal entendimento no dever do Estado em garantir o mínimo existencial. Tal entendimento vai contra a legislação vigente, de que a concessão do direito só poderá ocorrer quando o direito pleiteado estiver relacionado a uma política pública pré-existente, cujos recursos para implementação foram provisionados.

E ainda, no julgado do Ministro Celso de Melo consta o entendimento de que questões relativas ao repasse de verbas do SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria, ou seja, cumpra-se com a decisão judicial e depois resolva a questão orçamentária. Tal entendimento é contrário a legislação que prevê que primeiro planeja-se o orçamento e depois gaste-se.

É clara a predileção aos direitos do cidadão e não aos argumentos do Estado para deixar de cumprir com o seu dever, mesmo que seja um argumento real e comprovado, pois o Judiciário busca dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Ocorre, porém, que a carência de uma análise cautelosa do caso concreto faz com que haja um desvirtuamento da própria intenção do julgador, pois ele concede um benefício a um cidadão em detrimento de outros cidadãos.

Em vista do exposto, é possível verificar da jurisprudência do STF que o conceito de reserva do possível possui praticamente nenhuma aplicação prática, seja pela falta de comprovação pelo Estado da insuficiência de recursos, seja pela falta de análise da razoabilidade e proporcionalidade do pedido no caso concreto. E ainda, verificou-se uma ampliação do mínimo existencial, pois o mínimo existencial é o que é essencial de um direito para a manutenção da vida digna em sua dimensão física e espiritual, porém segundo os julgados analisados do STF o direito fundamental da saúde por ser um "direito essencial" torna-se o próprio mínimo existencial.

Entretanto, essa não deveria ser a realidade das decisões do STF, pois o mínimo existencial é parte do direito fundamental e não representa o seu todo, pois caso assim fosse não seria necessária a criação desse conceito, pois todos os direitos fundamentais são essenciais à vida humana. A delimitação do mínimo existencial é

necessária, e a sua expansão agrava ainda mais o problema orçamentário de implementação de políticas públicas.



Figura 3: Delimitação do mínimo existencial.

Fonte: elaboração própria.

Esta pesquisa permitiu constatar que o entendimento da jurisprudência do STF do ano de 2019 não utiliza os preceitos de reserva do possível e do mínimo existencial da forma como eles foram conceituados pela doutrina, pois ora ignora a reserva do possível, ora expande a abrangência do mínimo existencial.

Diante do exposto, resta claro que os conflitos relacionados à efetivação do direito à saúde não são legislativos, pois a constituição e a legislação infraconstitucional defendem esse direito e criam mecanismos fartos para a sua concretização pelo Estado, de forma que esses conflitos são gerados ou agravados por questões políticas e administrativas, como a corrupção e má-administração de verbas.

Quanto ao Judiciário, o problema também não está na lei, está na aplicação dos conceitos que precisa ser mais criteriosa e cautelosa, para que a intenção do julgador não seja desvirtuada, tendo em vista ainda que a maior parte das demandas não são propostas pela população que mais precisa da efetividade do direito à saúde.

Apesar disso, o Judiciário deve continuar garantindo para que os direitos fundamentais não sejam violados e que o Estado cumpra com o seu dever, pois quem paga a conta são os cidadãos, e má gestão de recursos encarece ainda mais a implementação de políticas públicas, por motivos que deveriam fugir da intervenção do Judiciário. Mais uma vez nota-se a questão política influenciando, pois, a

população vota em que gere os recursos públicos, os quais muitas vezes são mal planejados, e não atendem as prioridades reais do povo brasileiro.

Assim, o discurso que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988 continua sendo atual, mesmo existindo um grande avanço na tutela dos direitos sociais, como a previsão do direito à saúde como um direito fundamental universal, e a criação do SUS que atende milhões de brasileiros, ainda há resquícios de uma saúde elitizada e mercantil. A diferença é que antes apenas quem possuía condições financeiras possuía acesso à saúde e hoje quem tem condições financeiras tem o seu acesso facilitado e, acesso aos melhores tratamentos, aos medicamentos mais caros, dentre outros.

Portanto, uma solução quase que utópica para reduzir os problemas do atual sistema público de saúde seria aplicar a legislação da forma correta, planejando e gerindo os recursos públicos com responsabilidade, cautela e dentro da realidade brasileira, extinguindo a corrupção que desvirtua o dinheiro público, deixando pender pra um outro ou para o outro (coletivo x individual), resolvendo os conflitos com imparcialidade, e visando o equilíbrio global, sem medo de cortar o que não é de fato necessário, pois não há saúde individual sem a saúde coletiva e vice-versa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmin; NASCIMENTO, Paulo Roberto; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e incorporação tecnológica.** Artigo Original em R. Dir. sanit., São Paulo v.15, n.1, p. 10-39, mar./jun. 2014, p. 15. Acesso disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

ALMEIDA, Andrija Oliveira. FREIRE, Marco Valério Viana. **Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.** Salvador, Bahia. R. Dir. sanit., São Paulo v.19, n.2, p. 55-77, jul./out. 2018, p. 64. Acesso disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

ANDRADE, Eli Iola Gurge; MACHADO, Carlos Dalton; FALEIROS, Daniel Resende; SZUSTER, Daniele Araújo Campos; GUERRA JUNIOR, Augusto Afonso; SILVA, Grazielle Dias; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ACÚRCIO, Francisco de Assis. **A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça.** Rev. Med. Minas Gerais 2008; 18(4 Supl 4): S46-S50. Acesso disponível em <<http://rmmg.org/exportar-pdf/1268/v18n4s4a08.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

AROUCA, A. S. **Democracia é saúde. In: 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986.** Brasília. Anais. Ministério da Saúde. Brasília: DF, 1986. p. 35-42.

ASENSI, Felipe. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação.** Curitiba: Juruá, 2013. pág. 143.

BANCO MUNDIAL. **Propostas de Reformas do Sistema Único de Saúde Brasileiro.** 2018. p. 13. Disponível em:<<http://pubdocs.worldbank.org/en/545231536093524589/Propostas-de-Reformas-do-SUS.pdf>>. Acessado em 15 de outubro de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246 e 278.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais.** In: SARLET, I. W. Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-134.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 148.

BRASIL. **8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986.** Relatório final disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf> Acessado em 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do Governo Brasileiro. **CHAMORRO, Roberto, da Agência Saúde. Juízes já podem acessar serviço de teleconsultoria em ações judiciais.** 23 de agosto de 2019. Acesso disponível em <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45708-juizes-ja-podem-acessar-servico-de-teleconsultoria-em-acoes-judiciais-de-saude>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do Governo Brasileiro. **PENIDO, Alexandre, da Agência Saúde. Ministério da Saúde adota medidas para garantir oferta de medicamentos para doenças raras.** 07 de março de 2018. Acesso disponível em <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45708-juizes-ja-podem-acessar-servico-de-teleconsultoria-em-acoes-judiciais-de-saude>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. **Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde.** In: Coletânea Direito à Saúde Volume II. Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde. CONASS. Brasília, 2018, 1ª Ed., p. 37. Acesso disponível em: <<https://goo.gl/JcJLN8>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **O direito dos pobres no ativismo judiciário.** In Canotilho JG, et al. organizador. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35.

FIGUEIREDO, M. F.; SARLET, I. W. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: TIMM, L. B.; SARLET, I. W. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27 - 30.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69 - 72.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre, RS: Fabris, 2002. p. 61 – 62 e 107-109.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 247.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 83.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**. MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 663-658.

MENDES, Áquilas. **A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana**. In: MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Orgs.). **Tempos radicais da saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 116-117.

MORAIS, Fausto Santos; REDIN, Giuliana. **O controle Judicial da Efetividade dos Direitos Sociais: A perspectiva da teoria filosófico-política da condição humana e espaço público e da crítica hermenêutica do direito**. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

MOREIRA, Alinie da Motta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à Saúde e Acesso a Medicamentos: Em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 146.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 90 - 117.

OLIVEIRA, Jeandro Silva. **Judicialização do direito à saúde: o impacto orçamentário das ações judiciais sobre medicamentos no município de Vitória da Conquista – BA (2010-2014)**. Dissertação de Mestrado na Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Vitória da Conquista - BA, 2016. In: BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. **Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. 2018, p. 37.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Acesso disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Que SUS para 2030?**. 2018 p.10. Acesso disponível em <<https://apsredes.org/wp-content/uploads/2018/10/Serie-30-anos-001-SINTESE.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar. **Reforma sanitária brasileira em perspectiva e o SUS**. In: PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar (Orgs.) **Saúde coletiva: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Medbook, 2014. p. 205.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 191.

PORTUGAL. **Constituição Política da Monarquia Portuguesa. 1822**. Lisboa. Disponível em: <<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7511.pdf>> Acessado em 15 de outubro de 2019.

Revista da CAASP. Nº 41, ano 8. **Entrevista com Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. Setembro de 2019. Acesso disponível em <https://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed41/page_27.html> Acessado em 20 de outubro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Direito do Estado**. N. 11, set/out/nov de 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2001, p. 60.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In CANOTILLHO, José Gomes, et al. Organizador. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva; 2010. In: BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. **Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. 2018, p. 37.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/novembro, 2007, p. 13. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 16 de outubro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), 2007, p. 25. Acesso disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acessado em 16 de outubro de 2019.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27 e 411.

SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. 2007. p. 168.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013, p. 2012. Acesso disponível em <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 387. In: RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 3 - p. 447- 460 / set-dez 2010, p. 449. Acesso disponível em: <www.univali.br/periodicos> Acessado em 17 de outubro de 2019.

TEIXEIRA, S. M., **Cidadania, Direitos Sociais e Estado**. In: **8ª Conferência Nacional de Saúde, de 17 a 21 de março de 1986**, Brasília. Anais. Ministério da Saúde. Brasília: DF, 1986. p. 110.

TORRES, Ricardo Lobo, *et al.* **Legitimação dos Direitos Humanos** Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35, 36.

VENTURA, M.; SIMAS, L.; PEPE, V. L.; SCHRAMM, F. R., **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Acessível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso> Acessado em: 14 de out. de 2019.