

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

NAYARA DOS SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
A Busca Pela Efetivação De Um Direito Fundamental

TAUBATÉ-SP

2019

NAYARA DOS SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

A Busca Pela Efetivação De Um Direito Fundamental

Trabalho apresentado como exigência parcial para o desenvolvimento do Trabalho de Graduação necessário para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Sergio Alberto de Souza Filho

TAUBATÉ-SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

S237j Santos, Nayara dos
Judicialização da saúde : a busca pela efetivação de um direito
fundamental / Nayara dos Santos. -- 2019.
52 f. : il.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Sergio Alberto de Souza Filho, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Judicialização do direito à saúde - Brasil. 2. Juízes - Decisões. 3.
Dignidade (Direito). 4. Direitos fundamentais. I. Universidade de Taubaté.
II. Título.

CDU 34:614(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

NAYARA DOS SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A Busca Pela Efetivação De Um Direito Fundamental

Trabalho de Graduação apresentado como exigência
parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em
Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientação: Prof. Sérgio Alberto de Souza Filho.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela Banca
Examinadora:

Prof. Sérgio Alberto de Souza Filho, Universidade de Taubaté.

Prof. Universidade de Taubaté

Primeiramente, à Deus, por ter me permitido viver tamanha experiência.

À minha mãe, Edneia dos Santos Salles Reis, uma frase: enfim, conseguimos!

À toda minha família, pelo incentivo e carinho sempre dispensados.

À melhor amiga que poderia conquistar durante esses anos, Milena Cesar da Silva.

E ao meu fiel amigo, Lucas Giovani Venceslau Dias, que sempre esteve ao meu lado e foi um dos grandes responsáveis pelo meu ingresso na faculdade de Direito.

Meus mais sinceros agradecimentos à todos.

“Desejo que você
Não tenha medo da vida, tenha medo de não vivê-la.
Não há céu sem tempestades, nem caminhos sem acidentes.
Só é digno do pódio quem usa as derrotas para alcançá-lo.
Só é digno da sabedoria quem usa as lágrimas para irrigá-la.
Os frágeis usam a força; os fortes, a inteligência.
Seja um sonhador, mas una seus sonhos com disciplina,
Pois sonhos sem disciplina produzem pessoas frustradas.
Seja um debatedor de ideias. Lute pelo que você ama.”.

- AUGUSTO CURY.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade se viu diante da possibilidade de pleitear judicialmente o acesso efetivo à saúde, tendo em vista que, por muitas vezes, o Estado se ausentava do cumprimento de seu papel. Assim, frente às novas demandas, o Poder Judiciário passou a adotar posicionamentos geradores de diversas críticas acerca de sua atuação, onde acaba por intervir nas decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, ou ainda, agir em inobservância ao Princípio da Reserva do Possível, priorizando o Mínimo Existencial. Diante de tal cenário, foi necessário propor um confronto entre tais princípios em tópico próprio, a fim de apontar a relação entre ambos. Além da análise de tais pontos, a presente pesquisa se propõe a expor a evolução do texto constitucional em relação ao direito à saúde, as políticas públicas de saúde pátrias regidas a partir da criação do Sistema Único de Saúde, bem como dissertar acerca da tese muito utilizada nas defesas dos Entes Federativos em relação a uma suposta ilegitimidade para compor o polo passivo das demandas judiciais. Por fim, tratar-se-á a respeito da jurisprudência em matéria de saúde no Brasil, a fim de demonstrar o posicionamento atual acerca do tema em questão.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

With the promulgation of the Federal Constitution of 1988, society was faced with the possibility of claiming effective access to health in court, given that, many times, the state was absent from fulfilling its role. Thus, facing the new demands, the Judiciary Branch started to adopt positions that generate various criticisms about its performance, where it ends up intervening in the decisions of the Executive and Legislative Powers, or even acting in breach of the Possible Reserve Principle, prioritizing the Existential Minimum. Given this scenario, it was necessary to propose a confrontation between such principles in their own topic, in order to point out the relationship between them. In addition to the analysis of such points, this research proposes to expose the evolution of the constitutional text in relation to the right to health, the public health policies homelands governed from the creation of the Unified Health System, as well as to dissert about the thesis. used in the defenses of the Federative Entities in relation to an alleged illegitimacy to compose the passive pole of the judicial demands. Finally, it will deal with the case law on health in Brazil, in order to demonstrate the current position on the subject in question.

Keywords: Right to Health. Dignity of the Human Person. Judicialization of Health.

SUMÁRIO

2	EVOLUÇÃO DA SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL	10
2.1	DO INÍCIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	13
2.2	DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO	17
3	PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS	20
3.1	DA RESERVA DO POSSÍVEL	21
3.2	MÍNIMO EXISTENCIAL	24
3.3	DA RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL	27
3.4	DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	29
4	POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL	32
4.1	A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO	35
5	A JURISPRUDÊNCIA ATUAL EM MATÉRIA DE SAÚDE NO BRASIL EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	40
6	CONCLUSÃO	44

1 INTRODUÇÃO

Objetivando a construção de uma sociedade materialmente igualitária, sendo um pressuposto para a plena cidadania, a saúde é uma das condições básicas para a dignidade da pessoa humana.

Destaque no rol de direitos fundamentais em relação a todas as demais Constituições pátrias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez com que o direito à saúde ganhasse destaque ao incluir seu art. 196, determinando sua garantia e promoção por meio de políticas públicas, sendo a saúde direito de todos e dever do Estado.

Neste contexto, a saúde foi incluída como um direito de todos os indivíduos, sendo um dos direitos sociais conquistados e previsto, inclusive, no rol do art. 6º da Carta Magna que ficaria conhecida como “Constituição Cidadã”.

No entanto, em que pese não existam previsões à sua limitação ou restrição, por muitas vezes se encontram dificuldades para a efetivação do acesso à saúde, fazendo com que o cidadão padeça sem acesso a tal direito fundamental.

Em vista disso, a população passou a buscar referido acesso na esfera judicial, pleiteando no Poder Judiciário decisões acerca do reconhecimento e concretização de um direito que, a rigor, deveriam ser tomadas pelos demais Poderes da República, quais sejam, Executivo e Legislativo; obtendo ali desde medicamentos até tratamentos de que necessita.

Esse fenômeno é denominado como Judicialização da Saúde.

A intervenção do Judiciário objetiva neutralizar a omissão estatal, muitas vezes justificada na cláusula da “reserva do possível” – onde este se escusa de fornecer uma prestação, sob a alegação de falta de recursos. Assim, o Poder Judiciário busca assegurar a fruição do direito social básico à saúde, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Sob esse aspecto, geram-se cada vez mais debates, tendo em vista que, de um lado do Poder Judiciário não pode se abster de julgar as causas que lhe são submetidas e, de outro lado, o Poder Público tende a se desequilibrar em razão das decisões que se vê obrigado a cumprir.

Neste contexto, a ineficiência na prestação do serviço público vem acarretando grande volume de demandas judiciais, dando espaço para a judicialização da saúde, que tem possibilitado ao cidadão o fornecimento de medicamentos, tratamentos ou mesmo cirurgias que permitam a manutenção ou restauração de seu estado de saúde.

Considerando esse contexto, é importante analisar a questão da judicialização do direito à saúde como uma maneira de garantir a efetividade deste direito. Para isso, é imprescindível abordar pontos como o Mínimo Existencial, que abarca os direitos necessários para o alcance de uma vida digna.

Ademais, necessário explanar sobre a transferência de poderes que ocorre na judicialização, ou seja, o poder judiciário assumindo responsabilidades que *a priori* seriam dos poderes executivo e legislativo.

Ainda, a partir da análise jurisprudencial pátria, é possível vislumbrar o posicionamento adotado, bem como verificar os princípios que regem as principais decisões que atuaram como marco no acesso dos direitos fundamentais.

Somando-se a isso, ainda, a abordagem doutrinária permite explanar acerca das principais controvérsias relacionadas à judicialização da saúde, tais como o Princípio da Separação dos Poderes e a violação à Reserva do Possível, argumentos amplamente utilizados para criticar a Judicialização do Direito à Saúde.

2 EVOLUÇÃO DA SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A proteção do direito à saúde surge paralelamente ao desenvolvimento do Estado Democrático, sendo, assim, elevado com o advento da Constituição Federal de 1988.

Isto porque, em que pese a existência de normas jurídicas relacionadas à proteção da saúde desde a Constituição de 1824, as demais Constituições anteriores à Carta Magna atual resumiam-se a determinar regras de competência, não contando com uma seção específica a respeito do direito à saúde.

Da análise das Constituições pátrias, é possível, facilmente, vislumbrar o diferente enfoque dado ao direito à Saúde.

No período colonial e imperial, observa-se que diante das condições precárias, das dimensões continentais e do grande fluxo de pessoas chegadas ao Brasil, não houve qualquer incentivo à melhoria das condições sanitárias, decorrendo em problemas de saúde da sociedade que tendiam a se alastrar de forma gradativa.

Diante de tantas mortes em razão das epidemias de doenças graves como varíola e febre amarela, na Constituição de 1824, ocorreram as primeiras menções ao direito à saúde, cumprindo expor seu art. 179, inciso XXXI: “A Constituição também garante os socorros públicos”.

Apesar dos ideais de liberdade, as grandes desigualdades sociais que vigoravam à época dificultaram a noção de necessidade de apontamentos ao direito fundamental aqui tratado.

Posteriormente, em 1891, a segunda Constituição tampouco versava sobre o dever do Estado na organização e fornecimento de serviços à saúde.

Ao citá-la, no entanto, cumpre mencionar que se tratava de momento histórico recente a abolição da escravatura (1888), onde a Monarquia não mais contava com sua base de apoio. Ademais, a criação da nova Constituição foi logo após a Proclamação da República, em 1889.

Diante desse contexto, a Constituição de 1891 teve maior relação de garantias e direitos como liberdade, segurança e de propriedade.

O fato é que nenhuma das Cartas supramencionadas determinou como responsabilidade do Estado a execução de ações e serviços de saúde. Verificando-se apenas depois da terceira década do século XX, na Constituição de 1934, que se deram início às atenções específicas à saúde pública enquanto objeto da Lei Maior do País.

Pioneira na referência ao Direito à Saúde, a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), em seu artigo 10, inciso II, “Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas”, além de garantir aos trabalhadores assistência médica e sanitária, *in verbis*:

Art. 121 [...] §1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante [...] e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. (BRASIL, 1934)

Ademais, dispunha em seu art. 138, alínea f, a incumbência das três esferas de governo de “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” (BRASIL, 1934).

A Carta Magna de 1937, embora evidentemente focada na concentração de poderes no âmbito executivo, trouxe avanços nos direitos sociais.

Apesar da não garantia do Direito à saúde, consagrou a quarta Constituição como competência privativa da União legislar sobre “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança” (art. 16, inciso XXVII).

Naquele mesmo ano, é criado Serviço Nacional de Febre Amarela, o primeiro serviço de saúde pública de dimensão nacional, outorgada por Getúlio Vargas.

A Constituição Federal de 1946 teve notáveis reflexos das conclusões oriundas da 1ª Conferência Nacional de Saúde, em 1941, a qual contava com debates acerca do erro estratégico nas políticas de saúde - quando priorizavam a medicina curativa em detrimento da medicina preventiva.

Especificamente no art. 157, VIII e XIV, mencionou-se expressamente a importância da medicina preventiva aos trabalhadores:

Art. 157 A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

VIII - higiene e segurança do trabalho;

[...]

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante. (BRASIL, 1946)

Em que pese à disposição constitucional continuasse restrita aos trabalhadores, não deixava de se tratar de notória evolução para a época.

Sem demonstrar maiores diferenças da sua antecessora, a Constituição Federal de 1967 também se limitou a garantir proteção à saúde da classe trabalhadora:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

IX - higiene e segurança do trabalho;

[...]

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. (BRASIL, 1967)

Nesse quadro, apenas após o esgotamento do regime militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, implantado o Estado Democrático de Direito, bem como com a consagração do princípio da dignidade humana, é que houve o reconhecimento de que a Saúde é um direito de todos.

Tendo justamente como base referido princípio, o constituinte previu, no art, Assim, o art. 6º, da Carta Magna de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Cumpra, ainda, observar que a Constituição declara, expressamente, que as ações e serviços de saúde são considerados “de relevância pública” (art. 197 da CF).

Desta forma, evidente que cumpre ao Poder Público, dispor, nos termos legais, acerca de sua regulamentação, fiscalização e controle.

O texto constitucional de 1988 foi perseverante ao asseverar a necessidade de presença do Poder Público em tais ações e serviços de saúde, a ponto de minudenciar, no art. 200 e seus incisos, uma série de atribuições a que compete o Sistema Único de Saúde.

Assim, devidamente reconhecido como direito do povo e dever do Estado em promover as ações e serviços de saúde, visando reduzir os riscos à saúde da população, foi criado um Sistema Único, o SUS.

Inobstante às intenções do legislador, no entanto, sabe-se que atualmente o Brasil ainda conta com uma política de orientação preponderantemente assistencial e curativa, tendo em vista que não se adotam políticas públicas suficientes para prevenir o surgimento de doenças.

Neste quadro, com a necessidade de medicamentos, bem como de assistência médica para a cura de enfermidades já adquiridas, assistência a qual, desde a década de 1990 nem sempre era fornecida pelas autoridades competentes, tem-se início uma era de demandas ajuizadas na busca pela obtenção do acesso a um direito extremamente mezinho.

2.1 Do Início da Judicialização da Saúde no Brasil

É cediço que as políticas públicas de saúde, ainda atualmente, não são capazes de atender a população de maneira satisfatória.

Na década de 1990, diante de tal realidade, a população se depara com uma alternativa para o recebimento de medicamentos a partir de demandas judiciais.

Tal movimento respaldou-se justamente no texto constitucional que inscreve a saúde como um direito fundamental e o Estado como instância responsável, sendo notório que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve maior atuação do Poder Judiciário na busca por um direito social.

Contudo, num primeiro momento, o entendimento majoritário dos tribunais era no sentido da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

A título exemplificativo, aponta-se o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAUDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, 'OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA', POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE. (BRASIL, 1996).

Tal mandado de segurança fora ajuizado por uma menor, portadora de síndrome de hipoventilação alveolar central, a qual se encontrava internada desde seu nascimento.

A impetrante pleiteava por um aparelho de marca-passo, importado dos Estados Unidos a um custo de 50 mil dólares, apontando, ainda, a existência de vários requerimentos direcionados ao governador do Estado, desde janeiro de 1994, sempre indeferidos sob o argumento de ausência de previsão legal.

Denegando a segurança, o relator, ministro Demócrito Reinaldo:

In casu, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante invoca, a favor de sua pretensão, regras constitucionais (art. 6º,

195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não têm força para desenvolver-se integralmente” – ou não têm eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior – ou de legislação complementar. (BRASIL, 1996)

A mudança interpretativa no Judiciário nacional começa a partir das demandas específicas de pacientes contaminados com o vírus da imunodeficiência humana (HIV), talvez pelo estigma decorrente da contaminação pelo vírus, vulnerando a própria dignidade da pessoa doente.

Assim, diante do abarrotamento de tais demandas perante o Poder Judiciário, ainda na década de 1990, houve forçosa reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão.

Desta forma, emanando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, no ano de 2000, os tribunais passaram a superar teses como a inaplicabilidade direta do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 e a suposta impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no orçamento público, inovando de posição e adotando novos entendimentos.

A título exemplificativo, imperiosa a citação de um dos julgamentos mais importantes do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema da judicialização da saúde, qual seja, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, em 12/09/2000, demonstrando o mais novo posicionamento da Corte:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE

TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12.09.2000)

Em outras palavras, ao descaso dos órgãos estatais com a saúde pública, é preciso conceber uma solução para os problemas enfrentados, de forma que o Poder Judiciário passa a assumir o papel de efetivador do direito à saúde, fomentando a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há dúvidas de que a divisão de atribuições feitas por normas infraconstitucionais não revoga a Lei Maior, muito menos é capaz de eximir um dos Entes da Federação de suas obrigações, visto que são responsáveis solidários.

Nas palavras de André da Silva Ordacgy (2007):

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

Assim, nota-se que o constituinte procurou inovar radicalmente as normas voltadas à proteção social na Constituição Federal de 1988, podendo a afirmação ser notada na indicação dos direitos básicos da cidadania antes mesmo da apresentação dos deveres civis e das regras estruturais do Estado. A redação adotada pelo constituinte sugere uma proeminência dos direitos que garantem uma vida digna ao cidadão.

Desta forma, é expressivo o crescimento da judicialização no Brasil ao longo dos últimos anos, acompanhada por inegáveis impactos nas finanças públicas. Esse

consequente impacto financeiro tem gerado críticas relativas às injustiças distributivas geradas por essas ações, além da ilegitimidade do poder judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas, sobretudo de saúde, tendo em vista sua falta de aparato técnico-informacional para realizar tal tarefa.

2.2 Da Responsabilidade dos Entes da Federação

Uma das principais teses utilizadas pelos entes federativos em suas defesas se refere a uma suposta ilegitimidade passiva, em que o então requerido tenta atribuir a responsabilidade a outro dos entes federativos, buscando sua exclusão da lide.

Embora se trate de prática comum observada nas contestações de ações em que o pleito se refere à efetivação do direito à saúde, fato é que referido tema já foi exaustivamente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual mantém o entendimento de que os Entes da Federação possuem responsabilidade solidária.

Assim, a título exemplificativo, cita-se a ementa do RE nº 607.381/SC-AgR, onde, conforme foi enfatizado pelo Ministro Luiz Fux, em precedente do Supremo Tribunal Federal, publicado em 17/06/2011:

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.(BRASIL, 2011)

Na percepção do ministro, de acordo com a previsão do artigo 196 da Constituição Federal, é do Estado a responsabilidade de garantir o direito à saúde, sendo que no caso de não suprida a necessidade, poderá o cidadão pleitear à qualquer um dos entes federativos, demonstrando sua necessidade.

O ministro, ainda, esclarece que alegação em contrário se revela como medida protelatória, ou seja, que visa atrasar o processo, retardando a tão esperada solução da demanda.

Em junho de 2012, em seu voto no Agravo Regimental de nº AI-AgR 550530, o Ministro Joaquim Barbosa foi seguido pela segunda turma do STF unanimemente no sentido de que os municípios devem proporcionar o direito à saúde de todos os cidadãos, destacando-se que a responsabilidade entre os entes federativos é solidária. *In verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO. CIRURGIA. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O recurso extraordinário, ao alegar que o acórdão recorrido ofende o preceito do art. 198, versa questão constitucional não ventilada na decisão recorrida e que não foi objeto de embargos de declaração, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). O acórdão impugnado, ao garantir o acesso da agravada, pessoa de insuficientes recursos financeiros, a tratamento médico condigno ao quadro clínico apresentado, resguardando-lhe o direito à saúde, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema. Precedentes. Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do estado e do município providenciá-lo. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2012)

Observa-se que, inobstante admitir que o art. 196 da Constituição Federal, traz norma de caráter programático, o julgado ressalta que tal fato não dá guarida para que os municípios se furtem de proporcionar os meios ao gozo do direito à saúde.

Na mesma seara, o Ministro Roberto Barroso, também destacou que o art. 196 da Constituição Federal se trata de norma de caráter meramente programático, em novembro de 2014, no julgamento do Agravo regimental de nº AI-AgR 810864. Outrossim, ressaltou que o Estado deve prestar a assistência de forma solidária, afirmando, ainda, que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

Não obstante o passar do tempo, nota-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal permanece incólume, conforme se depreende da tese de repercussão geral fixada acerca da matéria constitucional contida no Recurso Extraordinário 855.178, julgado no Plenário Presencial em 23/05/2019.

Aprovado por maioria de votos, dispõe a tese fixada pelo Tema 793:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019)

Assim, vislumbra-se que o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, inobstante aos anos passados, prevalece o mesmo até a atualidade.

3 PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS

A vida é um valor que não pode sofrer restrições, sendo certo afirmar, desta forma, que tampouco existem restrições para o direito à saúde.

É nesse sentido que a jurisprudência dos tribunais e a doutrina contemporânea vêm firmando posicionamento cada vez mais sólido em matérias relativas a direitos fundamentais, afirmando que o Judiciário tem o dever de determinar a efetivação da Constituição, caso esta não seja garantida pelo Legislativo e o Executivo.

Neste sentido, Gisele Cittadino:

O crescente processo de 'juridificação' das diversas esferas da vida social só é compatível com um vínculo entre 'força do direito' e 'fim da política' – ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras -, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representam uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação -, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas. (CITTADINO, 2008, p.84-85).

É que dentre outros papéis assumidos pelo Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, tem-se a interpretação de leis e da Constituição, de forma que proteja a sociedade resguardando direitos e garantias, dando efetividade ao ordenamento jurídico.

Como exemplo, cumpre citar decisões do Supremo Tribunal Federal referentes a interrupção da gestação de feto anencéfalo, ADPF nº 54, bem como equiparação da homofobia e transfobia ao racismo social, ADO 26, ambas tratando acerca de direitos fundamentais, onde garantiu a efetivação de direitos antes praticamente ignorados pelos outros poderes.

É que uma vez observada a omissão do legislativo e executivo, faz-se necessária atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, sendo este, então, constitucionalmente legitimado para tanto.

Em que pese seja indiscutível a importância da garantia dos direitos fundamentais, é necessário ter em mente que o Executivo é, na forma da Lei Maior, competente para concretizar as políticas públicas, notadamente a de saúde, compreendendo prevenção, consulta médica, fornecimento de medicamentos e internação hospitalar.

Referido Poder da União possui, ainda, o condão de cotejar as receitas financeiras disponíveis com as necessidades que demandam despesas e avaliar o gasto de dinheiro público levando em consideração as prioridades.

No entanto, é notório que, na prática, as receitas estatais se mostram insuficientes para cumprir integralmente o que foi proposto pela Carta Magna atual.

Neste quadro, o aspecto financeiro tem sido o mais frequente em debates, tendo em vista que a Administração deve ter como parâmetro a “reserva do possível”, a qual será debatida a seguir.

3.1 Da Reserva do Possível

O direito à saúde, assim como em todos os direitos sociais prestacionais, encontra limitação na reserva do possível.

Conforme ensina o jurista Sarlet (2012):

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Para entender melhor o conceito da teoria aqui tratada, é primordial expor sua conceituação na doutrina. Assim, Barcellos (2001, p. 260) expõe que:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Conforme explana, ainda, o jurista alemão Alexy (2011, p. 69):

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo Razoável da sociedade”.

Para Sarlet (2012), a aplicação da reserva do possível deve considerar uma dimensão tríplice, que abrange:

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

Nesse sentido, o princípio da reserva do possível exige uma melhor aplicação dos recursos disponíveis, a fim de garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais.

De origem alemã, o Princípio denominado, ainda, como Cláusula da Reserva do Possível, conforme exposto acima, caracteriza-se como um limite à atuação estatal, sendo sua existência justificada pela escassez dos recursos disponíveis.

O caso que deu ensejo ao que talvez seja a causa de um dos maiores obstáculos à conquista do direito à saúde ocorreu após uma demanda judicial proposta por estudantes não admitidos em escolas de medicina de Munique e Hamburgo em função da limitação do número de vagas, sob alegação de que, conforme a Lei germânica, os alemães teriam direito de escolher sua profissão e centro de formação.

O Tribunal alemão, como elucida Sarlet (2012), entendeu que o pleito deve considerar o que se pode “[...]razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se

pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Como se observa, a decisão do Tribunal Constitucional alemão foi no sentido de que o direito a determinadas prestações positivas é condicionado pelo Princípio da Reserva do Possível, que não só concerne sobre a existência de recursos financeiros para garantir direitos pleiteados, como também à razoabilidade de satisfação efetiva daqueles direitos em detrimento da execução das demais políticas públicas a serem exigidas do Estado.

Ainda acerca da Reserva do Possível, Olsen (apud MARTINS, 2019):

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

Em breve análise de arestos, tem-se que quando o Poder Público, ou mesmo a Corte Superior, trata da razoabilidade da escolha de satisfação de alguns direitos fundamentais em detrimento de outros, sendo estes coletivos ou individuais, tal ideia não é tomada sob o fundamento da reserva do possível, mas enaltecendo o Princípio da Igualdade, bem como o direito ao acesso à saúde.

Neste sentido, interessante e relevante ao tema, citar trecho no voto do Ministro Marco Aurélio no RE 368.564, no qual fica muito clara a sua posição em relação à Reserva do Possível utilizada como relativização de direitos fundamentais:

Essa denominada reserva do possível, no tocante ao Estado, leva-me à indignação como contribuinte, como cidadão, como juiz, pois, se for realmente empolgada e aceita, teremos desculpa para tudo, porquanto, desde que me conheço, o Estado, em que pese à grande carga tributária, luta com escassez de receita, mas luta porque tem despesas excessivas, principalmente com a máquina administrativa e a dívida interna. (BRASIL, 2011)

Uma das mais importantes decisões, ainda, refere-se à ADPF 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello, segundo o qual:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da

pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele 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.

Cumprir advertir, desse modo, 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 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. (BRASIL, 2014)

Sob este entendimento, a reserva do possível representa o limite entre o atendimento absoluto a qualquer demanda de prestações em direito à saúde e à ociosidade do Estado sob escusa da restrição de recursos, sob os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, depende-se da comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para se alcançar a possibilidade de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais com a denominada Reserva do Possível.

Em outras palavras, deve ser objetivamente demonstrado pelo ente público demandado as contingências que podem significar uma restrição à aplicabilidade do direito à saúde, para que a ausência de razoabilidade do pedido se traduza na aplicação da reserva do possível, não sendo aceitável que tais restrições tenham como causa a própria desarticulação ou má-fé do gestor público.

3.2 Mínimo Existencial

A maior parte dos direitos fundamentais depende de prestações positivas, exigindo gastos financeiros por parte do Estado, que encontra restrições para a total efetivação desses direitos diante da escassez de recursos suficientes.

No entanto, é inadmissível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não de uma parcela mínima de cada direito fundamental social

necessário para garantir a vida digna de cada indivíduo, sob pena de atentar diretamente contra os direitos e garantias constitucionais.

Essa parcela mínima dos direitos fundamentais é o chamado Mínimo Existencial.

Inobstante a ausência de previsão constitucional expressa acerca de tal garantia, deve-se contextualizá-la nos direitos humanos, na ideia de liberdade em todos os seus sentidos e nos princípios da igualdade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, princípio basilar das garantias constitucionais.

Como conceito da dignidade da pessoa humana, disserta Sarlet (2012):

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade.

Ainda em relação ao mínimo existencial, narra o jurista:

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 184)

Além do fundamento constitucional, cumpre destacar que o mínimo existencial está previsto, ainda, no art. 11, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial n. 591, de 6 de julho de 1992. De acordo com o dispositivo:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (BRASIL, 1992)

É nesse sentido que a jurisprudência firmou entendimento o Estado garantir direitos mínimos que sejam capazes de configurar uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Assim, a percepção da Ministra Cármen Lúcia:

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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 684445. Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 17/05/2012).

Acerca do núcleo abrangido pelo Mínimo Existencial, Canotilho (2001, p. 203), expõe:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucionais e internacionalmente impostas.

É necessário, ainda, demonstrar o entendimento doutrinário que reduz a reserva do possível a fim de exaltar o "mínimo existencial".

O doutrinador Treisch (apud LEIVAS, 2006, p. 135) conceitua o mínimo existencial como:

[...] a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o

que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

Nesse diapasão, o Mínimo Existencial se caracteriza como o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste.

Assim, conforme perfeitamente elucidado por Sarlet (2012):

Além disso, a noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais.

Desta forma, parece certo dizer que o Mínimo Existencial consiste em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.

3.3 Da Reserva do Possível X Mínimo Existencial

Diante do quanto elucidado anteriormente, os temas tratados são conflitantes, sendo que, não raras as vezes, uma situação de impasse para que o indivíduo alcance o direito de acesso à saúde.

Tendo o Estado o dever de garantir o mínimo necessário para manter a saúde da coletividade, há, em contraparte, que se observar a eventual ausência de recursos suficientes para o alcance desse fim, de forma que tais princípios atuam como uma balança em situações concretas.

Considerando que a Constituição da República garante saúde a todos, cabe ao Poder Judiciário, na qualidade de órgão responsável por garantir sua efetivação, cumpri-la sempre que acionado por pessoas que tiveram seus direitos desrespeitados.

Entretanto, cumpre considerar que, enquanto um cidadão é atendido, outras centenas de usuários do SUS que estão na fila para alcançar a efetividade de seus

direitos previstos constitucionalmente, restam-se prejudicadas diante do orçamento geral da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Contudo, evidente que a escassez de recursos orçamentários não pode ser reconhecida como impedimento ao Estado condições mínimo de existência humana aos seus indivíduos, sob pena de sacrifício do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, não se trata do Estado negar o exercício de direitos constitucionais, mas limitá-los ao que não há condições de acatar. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012) afirma que:

Como dá conta à problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’, a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público. [...] oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direciona a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais [...] que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. [...] Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes [...]

É patente que a garantia do chamado “mínimo existencial” acaba por construir um padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação.

Isto porque, sem o mínimo essencial à existência, evidente que não existe a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

O objetivo maior do Estado deve ser concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, tendo em vista que indispensáveis à vida humana digna.

Nesse sentido, ainda que diante de ausência de recursos financeiros para satisfazer a necessidade, invocando-se a Reserva do Possível, pelo menos o Mínimo Existencial de cada um desses direitos deve ser garantido ao cidadão, eis que possui prioridade nas destinações orçamentárias.

Assim, disserta Martins (2019):

O critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, utilizado como parâmetro da análise da eficácia das normas programáticas, é o “mínimo existencial” das normas programáticas. Eis o raciocínio: não se pode exigir o cumprimento na íntegra das normas programáticas, mas é possível se exigirem duas coisas: a) a existência de um plano de ação – um conjunto de políticas públicas – destinado a cumprir os objetivos constitucionais; b) o cumprimento de um “mínimo existencial” de suas normas. Não há como se exigir um serviço público de saúde exemplar, sem quaisquer falhas, mas não se pode permitir que pessoas morram nas filas dos hospitais por falta de medicamentos. Entre o ideal e o inaceitável há uma situação intermediária, que é aquela que pode ser exigida pelo Poder Judiciário.

Evidente que nos casos em que se põe em risco a integridade da pessoa humana, é inadmissível que normas burocráticas sejam utilizadas como óbice para o alcance de mínimo existencial devido a todo cidadão.

Parece certo, assim, afirmar que as lides deverão ser resolvidas em respeito aos direitos mínimos devidos a todo cidadão, considerando, contudo, uma análise criteriosa em relação à reserva do possível alegada pelo Estado, quando incapaz de concretizar um direito essencial pleiteado administrativa ou judicialmente, devendo ser comprovada a impossibilidade alegada, não havendo o Ente Federativo de se valer de tal escusa para provocar o padecimento de seus cidadãos.

3.4 Do Princípio da Separação dos Poderes

Uma das maiores controvérsias no que se trata ao tema da judicialização da saúde é no que tange ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido, já na clássica obra de Montesquieu - Do espírito das leis – postaram-se alicerces do que viria a se tornar a teoria da separação dos poderes, sob a qual vigora o entendimento de que os poderes não poderiam concentrar-se nas mãos de um único indivíduo. Nesse sentido:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1979)

A Carta Magna atual, próxima a tal entendimento, dispõe a independência dos poderes no que concerne às suas funções típicas.

Nesse contexto, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2012) ensina que a atribuição do Judiciário “é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo”.

Contudo, conforme disserta Martins (2019), “a distinção entre os Poderes não pode ser feita de forma orgânica, rígida.”.

Nesse sentido, prossegue o Autor (MARTINS, 2019):

Se os poderes públicos, de forma sistêmica, reiterada e generalizada, praticam atos e/ou omissões que violam os direitos fundamentais, está-se diante de um estado de coisas inconstitucional, ensejando uma série de medidas igualmente generalizadas, plurais, envolvendo vários agentes e órgãos públicos, a fim de diminuir a violação aos direitos fundamentais sistematicamente violados. Poder-se-ia questionar a legitimidade do Poder Judiciário para estabelecer quais as tarefas estatais que devem ser cumpridas, quiçá determinando um cronograma de execução. Muitos diriam que tal postura violaria o princípio democrático, já que o Judiciário não foi eleito pelo povo, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, que, em última análise, têm o dever de implantar as políticas públicas e estabelecer quais as prioridades do Estado. Em parte, a crítica está correta. Todavia, não caberá ao Judiciário estabelecer aprimoramentos às políticas públicas eficazes ou ordenar a substituição de uma política pública por outra. O Judiciário, em nosso entender, deve agir, quando descumprido o mínimo existencial dos direitos fundamentais, utilizando-se como parâmetro de aferição o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendemos que, em casos extremos, pode e deve o Judiciário agir, em defesa da Constituição e de sua força normativa.

Dessa forma, diante da omissão do Estado em relação ao seu dever prestacional, especificamente no que tange à área da saúde, implica na inobservância de sua competência e de seu dever, possibilitando a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa.

O chamado “ativismo judicial” no campo das políticas públicas pode, então, ser assumido como vantajoso estímulo para a concretização de um direito tão fundamental, desestimulando, ainda, a inércia do Estado e dificultando o retrocesso social.

No entanto, J.-P. Müller (apud Sarlet, 2012), expõe que:

De acordo com a ponderação do publicista suíço falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o

objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.

O próprio Autor (2012) refuta o argumento, enfatizando que a supressão especialmente dos direitos existenciais vinculados ao mínimo existencial afeta, em muitos casos, o princípio da dignidade da pessoa, o que é evidentemente inadmissível. E completa que “para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.”

É imperioso destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, além de não admitir o argumento de que a atuação do Poder Judiciário violaria o princípio da separação dos poderes, inclusive, já se posicionou acerca da implementação de políticas públicas pelo órgão.

Assim, foi asseverado no julgamento do AI 810.864 AgR/RS, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 810864 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 18/11/2014)

Fica evidente, assim, que frente à ineficiência de políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário aceitável, bem como se mostra crescente, haja vista ser uma esperança ao cidadão que necessita do cumprimento daquele direito pleiteado para a garantia do mínimo existencial.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

A Constituição de 1988 buscou institucionalizar a proteção e promoção do Direito à Saúde em seu art. 196.

É notória a intenção do constituinte em instituir, em seu texto, o modelo básico de organização da prestação do serviço público de saúde no Brasil, sendo um sistema único, descentralizado, responsável por garantir atendimento integral e com participação da população, conforme preconizado no art. 198, incisos I a III, da Carta Magna:

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

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

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

III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Nessa premissa, o funcionamento de tais ações depende da atuação do poder público por meio de políticas públicas que são, nas palavras de Oliveira (2006) “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.”

Diante do reconhecimento da saúde como um direito social fundamental, o fato é que o Estado se restou obrigado a realizar prestações positivas, devendo, neste parâmetro, elaborar e promover políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde da população.

Em solo pátrio, a definição de políticas públicas de saúde se dá sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde, sendo este a institucionalização constitucionalmente prevista das ações e serviços de saúde.

Regulado pela Lei 8.080 de 1990, a qual foi aprovada logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde é regido por disposição infraconstitucional que rege, não apenas acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, mas também a respeito da organização e

funcionamento dos serviços correspondentes, bem como da estrutura e modelo operacional do SUS.

A Lei 8.080 trata também de reforçar e complementar os princípios e diretrizes constitucionais que orientam sua atuação, cumprindo destacar, neste sentido, o Capítulo II do primeiro título, onde se localizam estas diretrizes e princípios – incluindo a universalidade, integralidade, igualdade, descentralização e participação da comunidade.

A Lei prevê, ainda, divisão de funções entre os entes federativos, sendo uma das incumbências da União, prevista expressamente no art. 16, inciso XIII, a cooperação técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tal incumbência, diga-se de passagem, também cabe à direção estadual em relação aos municípios, conforme previsão do art. 17, inciso III da Lei tratada.

Finalmente, no que tange às direções municipais, dentre outros deveres, cabe às direções municipais, por fim, planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde, conforme o art. 18, Lei 8.080/1990.

O princípio da subsidiariedade confere aos municípios função de execução das políticas de saúde, conforme o disposto no art. 7º, incisos I e IX, da Lei nº 8.080/1990.

No mesmo sentido, como sustenta Carvalho (2005), a própria Constituição Federal prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população.

O autor prossegue afirmando que “Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem sua competência administrativa estabelecida na Lei nº 8.080/90” (CARVALHO, 2005).

Em conformidade com os arts. 5º e 6º da Lei 8.080/1990, dentro dos objetivos e atribuições do sistema, cabe a participação na formulação da política de saneamento, e formação de recursos humanos na área da saúde, a vigilância sobre orientação nutricional e alimentar, a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Tal pluralidade é um reflexo da adoção do conceito amplo de saúde no ordenamento jurídico pátrio.

A respeito do tema, salienta o Autor:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras. (CARVALHO, 2005, pag. 816-817).

Acerca da atuação dos entes federativos para a promoção da saúde, ensina Flavia Piovesan (2019):

Dessa maneira, sendo dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde, em casos excepcionais, para execução do mínimo existencial desse direito, podem ser acionados jurisdicionalmente qualquer um desses entes federativos, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE 271.286-AgR, rel. Min. Celso de Mello).

Diante do suscitado, imprescindível tratar, finalmente, da atuação do Poder Judiciário, quando os entes federativos, na condição legislativa e executiva, deixam de cumprir com as disposições constitucionais, deixando de prestar a mínima assistência, configurando conduta omissa que, por derradeiro, acarreta na contrariedade aos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

4.1 A Atuação do Poder Judiciário Frente à Omissão do Poder Público

Conforme já elucidado, em meados de 2000, iniciou-se uma nova etapa da evolução jurisprudencial do direito à saúde, onde a ideia de que o direito à saúde configura parcela do mínimo existencial e que, por esta razão, deve ser obrigatoriamente concretizado pelo poder público.

Contudo, em virtude de tal fundamento, passam-se a se multiplicar decisões extravagantes, condenando o poder público à ações não razoáveis.

Naquela ocasião, então, os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significaria um direito “sem limites”.

Esse momento da jurisprudência se deu em 2009, com a audiência pública n. 4 no STF, a qual foi convocada pelo então presidente, Ministro Gilmar Mendes, nos termos do art. 13, inciso VXII, do Regimento Interno do STF.

Na Audiência Pública foram ouvidos 50 especialistas, sendo discutidos os seguintes pontos (SUPREMO, 2009):

- a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Após a realização de debates nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, foi editada, pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça, em 30 de março de 2010, a recomendação nº 31 (CNJ, 2010).

Tal normatização busca maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a efetivação do direito à saúde, a partir do aprimoramento dos magistrados, bem como demais operadores do direito.

Em outras palavras, pode-se caracterizar a recomendação como uma busca por maior padronização nas sentenças.

A exemplo de tais medidas, tem-se a sugestão aos magistrados que “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

Desta recomendação, ainda, surgiu a Resolução n. 107 do CNJ, em 6 de abril de 2010, a qual instituiu o Fórum Nacional do Judiciário.

De acordo com texto da resolução, em seu art. 2º:

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional: I –o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II –o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III –a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV –a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V –o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (BRASIL, 2010)

Notória, então, a relevância da resolução criada pelo CNJ, vez que estabeleceu o Fórum Nacional do Judiciário composto por magistrados que atuam nas áreas correlatas, podendo contar com o auxílio de autoridades na área.

Passou-se, então, a buscar uma análise minuciosa do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negou aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com os basilares das políticas públicas.

Na mesma linha, em 2016, foi emitida a resolução n. 238 (CNJ, 2016), na qual o Conselho Nacional de Justiça prevê a criação de Comitês Estaduais de Saúde por parte dos TJ's e TRF's, tendo a atribuição de auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário e, ainda, estabelecendo que nos Tribunais, onde houver mais de uma vara da Fazenda Pública, deverá uma das varas ser especializada no atendimento de demandas em saúde pública, sendo recomendado o mesmo a tribunais onde há mais de uma Câmara de Direito Público.

Tais resoluções desempenham papel de suma relevância para a ordem pública, eis que o Poder Judiciário possui o papel essencial de interpretar e aplicar normas, relacionando-se com a política, gerando conflitos quando sua vontade se sobrepõe à dos outros dois poderes.

Isso porque, trata-se de uma das esferas de poder que produz decisões que interferem tanto no legislativo quanto no executivo.

Em linha semelhante, ensina Piovesan (2019):

A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional. Isto porque no Estado Democrático de Direito é o poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do Direito. E, por vezes, por meio de uma atuação contramajoritária, são as Cortes que permitem o triunfo dos direitos humanos, em resposta a conjunturas majoritárias desfavoráveis.

É necessário entender que o juiz, não raras as vezes, precisa interpretar expressões ambíguas, além de tomar decisões passíveis de serem fundamentadas nas mais diversas normas. O Magistrado não se limita à aplicação de uma norma existente, devendo integrar a norma ou mesmo inová-la no ordenamento jurídico.

Não bastasse, ressalta-se que por muitas vezes o poder legislativo não é capaz de pacificar temas reconhecidamente polêmicos e causadores de controvérsias perante a sociedade, de forma a restar como competência do judiciário resolver a questão, haja vista que o juiz não pode invocar a lacuna normativa para não resolver a demanda, necessitando, assim, decidir as matérias ainda que o legislativo não tenha atuado.

Faz-se, então, necessária a aplicação de princípios que balizem a atuação do Poder Judiciário, a fim de que os interesses da sociedade sejam satisfeitos, mas em equilíbrio com a capacidade que o Estado possui de satisfazer essas necessidades, já discorrido na dissertação acerca da Reserva do Possível.

Nesse sentido, a chamada “atuação política” no Poder Judiciário se dá no sentido de criar argumentativamente a norma que irá reger a situação concreta sendo que, por vezes em suas decisões, os magistrados levam em conta fatores extrajudiciais, pessoais e ideológicos, bem como fatores de natureza política.

Oportuno frisar o entendimento de Barroso (apud Martins, 2019), que destaca a legitimação representativa dos juízes e tribunais:

Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas. [...] O poder de juízes e

tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. [...] De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. [...] A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento.

A judicialização se traduz, assim, no sentido de que parte do poder político está sendo transferida ao judiciário. Em outras palavras, significa dizer que o ponto final em relação às questões de largo alcance é dado perante o poder judiciário, atuando em conformidade com o princípio de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída de sua análise.

Isso porque o juiz não pode invocar a lacuna normativa para não resolver uma demanda, devendo, portanto, decidir as matérias mesmo quando o legislativo não tenha atuado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012) se posiciona sobre a eficácia plena dos direitos fundamentais no sentido de que o Poder Judiciário se encontra investido do poder-dever de aplicar de maneira imediata as normas definidores de direitos e garantias fundamentais.

Nesse passo, o jurista afirma que a falta de concretização não pode ser obstáculo para a aplicação imediata pelos juízes e tribunais (art. 5º, §1º, da CF), ressaltando que estes se encontram “na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização”.

Assim, destaca-se o entendimento de Martins (2019):

O Judiciário, em nosso entender, deve agir, quando descumprido o mínimo existencial dos direitos fundamentais, utilizando-se como parâmetro de aferição o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendemos que, em casos extremos, pode e deve o Judiciário agir, em defesa da Constituição e de sua força normativa.

Nessa senda, o papel do Juiz, como garantidor de direitos, tende a ser cada vez mais expressivo, em razão da omissão do Poder Público em implementar políticas que forneçam condições básicas aos cidadãos.

Assim, faz-se notória a importância das resoluções criadas pelo CNJ, eis que servem de base de sustentação para o desenvolvimento de um país justo, apresentando-se como parâmetro para a formação da jurisprudência nos tribunais pátrios.

5 A JURISPRUDÊNCIA ATUAL EM MATÉRIA DE SAÚDE NO BRASIL EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Diante da busca pela garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, somando-se à estipulação de parâmetros bem mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde, é notório o novo momento vivido pela jurisprudência pátria.

Tal fato se resulta das experiências trazidas pela audiência pública sobre direito à saúde e a própria prática anterior da Corte.

Em 2010, tais fatores levaram o STF, em um julgado emblemático, à fixação de parâmetros bem mais definidos para o tema, sendo este do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, *in verbis*:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2010).

A ação judicial pretendia a condenação solidária da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza ao fornecimento do medicamento denominado como Zavesca, para o tratamento de doença rara (doença de Niemann-Pick Tipo C).

Na ocasião, o voto do ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010) apresentou fundamentos, acompanhados de evidências científicas para justificar o pedido, que resultaram na unanimidade pelo plenário da corte. Quais sejam: (i) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (ii) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (iii) a aprovação do medicamento pela ANVISA; (iv) a não configuração de tratamento experimental.

Com tal decisão, buscou-se a uniformização do posicionamento doutrinário. Contudo, é patente que muitos julgados deixam de observar tal entendimento.

Como amostra, cumpre citar o Pedido de Suspensão de Liminar no AReg 815/SP, onde o STF manteve a obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo sem registro na ANVISA a portador de cirrose hepática, *in verbis*:

AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo “C”.

II – Tratamento oferecido no âmbito do Sistema Único de Saúde que não surtiu o efeito esperado. Prescrição da utilização combinada dos medicamentos Sofosbuvir 400 mg, Simeprevir 150 mg e Ribavirina 250 mg, única forma viável de evitar o agravamento da doença.

III – Discussão sobre a possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA.

IV – Repercussão Geral da matéria reconhecida nos REs 566.471/RN e 657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

V – Eficácia do fármaco atestada aprovada por entidade governamental congênere à ANVISA.

VI – Decisão de indeferimento da suspensão que preserva a vida do paciente, ante a constatação da não comprovação do grave risco de lesão à ordem e à economia públicas.

VII – Agravos regimentais a que se nega provimento. (BRASIL, 2015)

O ponto destaque de tal decisão se dá no fato de que, mesmo o medicamento não possuindo registro na ANVISA, contrariando o entendimento proferido no julgamento do STA 175-AgR/CE, o então relator, presidente Ricardo Lewandowski, ressaltou que na análise caso a caso, a regra pode vir a ser relativizada em vistas à realização do direito à saúde e o respeito ao próprio direito à vida. *In verbis*:

Por isso, em que pese a ausência de registro do medicamento pela ANVISA, sua utilização foi aprovada pela entidade governamental dos Estados Unidos da América, responsável pelo controle dos alimentos, suplementos alimentares, medicamentos e demais produtos da mesma espécie. Tal entidade, assim como a congênere brasileira, testa e estuda os medicamentos antes de aprovar a comercialização desses fármacos.

Isso não quer dizer que as normas brasileiras referentes à comercialização de medicamentos devam ser ignoradas.

No entanto, pontualmente, quando há comprovação de que uma medicação ainda não aprovada pela ANVISA é a única eficaz para debelar determinada

enfermidade que coloca em risco a vida de paciente sem condições financeiras, entendo que o Estado tem a obrigação de custear o tratamento se o uso desse mesmo medicamento for aprovado por entidade congênere da agência reguladora nacional. (BRASIL, 2015)

Diante da evidente ausência de uniformização de entendimento do Supremo Tribunal Federal, a fim de novamente buscar a padronização das decisões, no dia 25 de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça fixou parâmetros cumulativos para o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS, no Recurso Especial 1.657.156, no qual foi a seguinte tese fixada:

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

Contudo, é necessário ressaltar que não obstante aos parâmetros fixados, as decisões do Superior Tribunal de Justiça não vinculam o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, em maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou os temas 500 e 793, fixando as seguintes teses, sendo no primeiro:

Tema 500: 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL, 2019)

Já no que tange ao Tema 793, entendeu o Colendo Tribunal:

Tema 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento

conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019)

Nesse quadro, a decisão estabeleceu ser possível o fornecimento e o custeio pelo poder público, por meio de demanda judicial, de medicamento não registrado na ANVISA. No entanto, o deferimento depende do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: que exista pedido de registro do medicamento no Brasil; registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e, por último, a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Assim, nota-se que em relação ao medicamento não registrado na Anvisa, os julgamentos do STF suplantaram, em grande medida, as linhas da STA 175.

Por ora, tais entendimentos são os mais recentes em relação à busca de medicamentos pela via judicial, não havendo de olvidar de mencionar que é nítida a intenção dos Tribunais – STF e STJ - de buscar um aperfeiçoamento de critérios que analisem as ações judiciais que têm como objeto o fornecimento de medicamentos, visando estabelecer diretrizes mais seguras que orientem os Magistrados.

Nesse diapasão, parece certo afirmar que novas decisões com o mesmo intuito estão por vir, indicando novas instruções às instâncias judiciárias ordinárias, a fim de limitar cada vez mais os requisitos para pleitear medicamentos ao judiciário.

6 CONCLUSÃO

Evidentemente distante de se alcançar consenso, a intenção do presente trabalho foi dissertar acerca de polêmicas e problematizar algumas das soluções formadas desde a promulgação da Constituição de 1988, que previu a saúde como um direito fundamental, até este ponto do longo caminho que ainda resta a percorrer em direção à concretização e ao efetivo exercício popular e coletivo do direito fundamental à saúde.

De início, enfrenta-se a questão da timidez do Poder Judiciário frente à nova Constituição, pendendo a tomar decisões baseadas na Carta Magna anterior e dificultando a formação de nova jurisprudência acerca de um direito agora fundamental.

Contudo, em decorrência da grande quantidade de demandas, bem como expressa previsão constitucional, foi necessária uma profunda reflexão a respeito de qual caminho a ser seguido, tendo em vista que, diante das crescentes demandas ajuizadas, era evidente que o Poder Público estava deixando de cumprir seu papel, não sendo admissível a omissão do Judiciário.

Para inibir a atuação judicial, no entanto, foram criadas teses, sendo estas consideradas controvérsias para a obtenção efetiva do acesso à saúde, tais como a separação dos poderes e a reserva do possível.

No primeiro caso, é evidente que se trata de papel do Poder Judiciário buscar o cumprimento da Constituição Federal, sendo que diante do não cumprimento das obrigações pelo Executivo e Legislativo, é indiscutível a atuação do Judiciário a fim de perseguir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não longe disso, no que se refere a reserva do possível, é imperioso destacar que esta deve sempre ser observada para não favorecer um cidadão e em detrimento da coletividade.

Contudo, há que se observar que tal argumento não deve ser utilizado de maneira desordenada, sendo que bem se posiciona a jurisprudência ao entender que tal princípio apenas pode ser invocado diante da devida comprovação de ausência de recursos.

Portanto, diante das controvérsias, bem como empecilhos que efetivamente podem acarretar no indeferimento de ações que busquem o acesso ao direito fundamental aqui tratado, é fundamental a busca da melhora do acesso à saúde por alternativas diversas da judicialização, devendo-se, de rigor, ser o Sistema Único de Saúde mais valorizado.

É patente que a ampliação de políticas públicas que visem à promoção, bem como a prevenção da saúde também se mostram como caminhos viáveis e mais econômicos de se serem objeto de investimento, de forma que a ampliação de recursos para o setor da atenção básica, fortalecendo a prestação de serviços a fim de evitar as demandas em saúde, certamente é menos oneroso aos cofres públicos.

Por outro lado, há de se considerar que após o aumento gradual da judicialização da saúde, o STF e o STJ, foram provocados, oscilando a jurisprudência entre dois extremos até chegarem, atualmente, a um ponto de equilíbrio, exigido diante da necessidade de regulamentações específicas, haja vista que diversas demandas podem ser consideradas fora dos parâmetros da razoabilidade, sendo imprescindível considerar, ainda, a opinião de especialistas de áreas relacionadas, como feito na audiência pública n. 4, em 2009, a fim de que seja alcançada a melhor efetividade possível ao acesso à saúde de maneira justa.

Isto porque, em um primeiro momento, foi demonstrado que a posição majoritária era no sentido de indeferir tais demandas, haja vista o entendimento da norma constitucional que prevê o acesso à saúde ser meramente programática, sendo que as políticas públicas estariam submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Em segundo plano, passou-se a uma posição extremamente liberal, na qual praticamente todas as prestações pleiteadas eram concedidas, sob a ótica de que “tudo pode”, em virtude da necessidade de se resguardar a dignidade da pessoa humana.

Por último, vislumbrou-se a necessidade de se observar critérios estipulados, sem deixar, contudo, de analisar o caso concreto, bem como suas particularidades.

É evidente o direito do cidadão de esperar do Estado a concretização do mínimo existencial, até porque, tal garantia é vital na construção de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, é inegável que o direito fundamental à saúde se mostra mais complexo do que isso, porquanto possui alcance muito maior que a efetivação do mínimo existencial. Configura, nessa perspectiva abrangente, um compromisso de se atingir o máximo possível em termos de promoção, proteção e recuperação da saúde no país, observadas as bases da universalidade e isonomia, verdadeiros pilares do próprio SUS.

Nessa seara, diante dos pilares construídos ao longo desses 31 anos da promulgação da Carta Magna, é evidente que foram estabelecidos diversos parâmetros para a judicialização da saúde que, de rigor, devem ser observados pelos Magistrados no momento do julgamento de cada ação.

A busca pela efetivação desse direito, conclui-se, foi inicialmente complexa se comparada com os dias atuais que, apesar de pressupostos exigidos, busca pela análise de caso a caso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 260.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. **Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes**– 1824. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte** – 1891. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte** – 1934. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União** – 1937. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União** – 1946. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União** – 1967. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União** – 1988. Brasília, 5 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03b/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Julgado em 23/05/1996. Data de Publicação: 17/06/1996. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1657156/RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018. Data de Publicação: 04/05/2018. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607381/SC**. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011. Data de Publicação: DJe 16/06/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 815/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 07/05/2015. Data de Publicação: 05/06/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306971064&ext=.pdf>>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 810.864/RS**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 18/11/2014. Data de Publicação: DJe 07/05/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7589406>>. Acesso em 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550530/SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 26/06/2012. Data da Publicação: DJe 16/08/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. Data de Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 06 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 12/09/2000. Data de Publicação: DJ 24/11/2000. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 368564/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13/04/2011. Data de Publicação:

10/08/2011. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+368564%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+368564%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k59qe3j>>.

Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo**

684445/SP. Relatora: Cármen Lúcia. Julgado em 17/05/2012. Data de Publicação: 25/05/2012. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21819484/recurso-extraordinario-com-agravo-are-684445-sp-stf>>. Acesso em 27 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 657718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 22/05/2019. Data de Publicação: 31/05/2019.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio81.pdf>>. Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 855178**. Relator:

Ministro Luiz Fux. Julgado em 23/05/2019. Data de Publicação: 04/06/2019. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio81.pdf>>. Acesso em 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Arguição de**

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004. Data de Publicação: 04/05/2004. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em 27 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 203.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASA CIVIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília,

1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 1 set. 2019.

CITTADINO, Gisele. **Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito**. In Democracia e Educação em Direitos Humanos numa época de insegurança. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 135.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31**, de 31 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 15 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 107**, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em 15 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 15 set. 2019.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RRT, 2006.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública**. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oupublica.pdf>>. Acesso em 29 set 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Out./2010. Disponível em <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 24 set. 2019.