

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
DOUTORADO EM DIREITO

ELTO ABREU DA SILVA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DA
SUPRAESTABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

São Paulo
2023

ELTO ABREU DA SILVA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DA
SUPRAESTABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, como requisito principal para obtenção do Título de Doutor. Linha da pesquisa: Ciências Sociais Aplicadas.

Orientador: Profº. Dr. Renato Gugliano Herani.

São Paulo
2023

ELTO ABREU DA SILVA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DA SUPRAESTABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, como requisito principal para obtenção do Título de Doutor. Linha da pesquisa: Ciências Sociais Aplicadas.

Orientador: Profº. Dr. Renato Gugliano Herani

São Paulo, 20 de Novembro de 2023

Banca Examinadora:

Dr. Renato Gugliano Herani (Orientador)

Dr. Felipe Mendonça Examinador (a)

Dra. Daniela Bucci Okumura Examinadora (b)

Dr. Carlos Eduardo Ferreira Costa - Doutorado pela FADISP
Universidade Estadual do Tocantins – Unitins

Drª. Márcia da Cruz Girardi - Doutorado pela FADISP
Universidade Estadual do Tocantins – Unitins

Nada mais perigoso do que fazer-se
Constituição sem o propósito de cumpri-la.

Pontes de Miranda

Para chegar até aqui, muitas lágrimas chorei
Quantas noites acordado, alto preço eu paguei
Foram lutas e vitórias, sofrimentos e alegrias
E novas experiências, conquistando a cada
Tive muitas aflições, mas venci nas orações
Em segredo com Deus eu falei, em gemidos eu desabafei
Quem escreveu minha história sabe tudo sobre mim
Cada erro, cada acerto para chegar até aqui
O Deus que me conhece sabe o que mereço
E o que necessito para prosseguir
Conhece os desejos que tenho na alma
Nas minhas fraquezas Deus cuida de mim
Até meu silêncio para Ele é um grito
Em todos os meus passos comigo Ele vai
E quando tropeço, me pega nos braços
Quando estou aflito, Ele vem, me dá paz
A minha história Deus já escreveu
Ele me ungiu só para o Seu louvor
Posso ter mil defeitos, porém Deus me ama
Sou mais que vencedor
Fui escolhido e ungido pelo meu Senhor
Sou protegido e amado do meu Criador
Sou instrumento usado nas mãos do Deus vivo
E em todo momento comigo Ele está
E com Ele vou até o fim
Pois só Ele sabe tudo sobre mi

Composição: Vanilda Bordieri.

AGRADECIMENTOS

Ao grande arquiteto do universo, “Deus”, por ter me concedido a vida, a oportunidade de crescer, a coragem de lutar pelos meus sonhos, a capacidade de revigorar a minha esperança em meio aos obstáculos encontrados no decurso desta trajetória acadêmica.

À minha Família, em especial à minha mãe Edileuza Abreu, por ter acreditado na minha capacidade de conquistar sonhos nunca dantes sonhados, por sua doação incondicional, tornando tamanha a emoção de cada conquista, por esta vitória. Aos meus irmãos, Ediléia Abreu, Edineia Abreu, Edcarlos Abreu e Ana Thelma. À minha princesa, Anna Lyz, minha inspiração diária. Essa vitória vos pertence. Ela é tão minha quanto vossa. Obrigado pelas palavras de incentivos, pelas orações... A participação de vocês na minha vida foi essencial para a conquista deste sonho.

À Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS, professores, coordenadores, funcionários do corpo técnico administrativo e nobres acadêmicos do curso de Direito, por terem me concedido a oportunidade de concretizar mais essa conquista acadêmica.

Aos meus professores, Doutores e Doutoradas da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Que em cada momento desta jornada acadêmica souberam semear conhecimentos, que em cada desafio ensinaram-me a vencê-los com sabedoria, regando-me todos os dias com sua dedicação, podando as minhas falhas e equívocos, vendo-me crescer a cada descoberta. Sou hoje fruto desse processo, que chamo de Educação.

Por fim, meu agradecimento, de forma especial, ao meu Orientador Dr. Renato Gugliano Herani, pela sua importante orientação no sentido de tornar este trabalho uma realidade.

SILVA, Elto Abreu da. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DA SUPRAESTABILIDADE DO DIREITO SOCIAL A SAÚDE.** 453 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2023.

RESUMO

A Constituição Cidadã de 1998, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da República Federativa do Brasil, positivou o direito social à saúde como um dever constitucional do Estado Democrático de Direito, em obediência aos mandamentos constitucionais, e criou o Sistema Único de Saúde, com a finalidade de garantir serviços de saúde universais, igualitários e integrais, indispensáveis para o exercício do direito à vida e à dignidade, independentemente dos custos para os cofres públicos, e sem ofensa ao princípio da separação dos poderes. A ineficácia do Estado em proporcionar políticas públicas em saúde possibilitou a interferência do poder Judiciário em todas as suas instâncias, através de ações individuais coletivas, requerendo, em regra, medicamentos e tratamento de saúde. A presente tese tem por objetivo analisar a supraefetivação do direito social à saúde, pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de Judicialização da Saúde, analisando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas a esse direito. Realizamos uma pesquisa retrospectiva das temáticas como mínimo existencial, reserva do possível, medicamentos com e sem registros na ANVISA, medicamentos experimentais, medicamento de alto custo e doenças raras e tratamento domiciliar home care, registradas nas decisões monocráticas ou nos acórdãos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, objetivando descrever as teses construídas ao longo do tempo sobre essa temática, buscando compreender o fenômeno da Judicialização da saúde como realidade prática. A intervenção do Poder Judiciário na Judicialização do Direito à Saúde no Brasil é um tema relativamente recente na literatura científica. As discussões no campo mostram-se, ainda, divergentes, em grande parte, fruto da escassez de dados sistematizados para sustentá-las. Entretanto, é pacífico o posicionamento do Superior Tribunal Federal que o direito fundamental à saúde não pode estar condicionada à “reserva do possível”, por constituir o mínimo existencial e à dignidade humana. Em conclusão, verificou-se que as ações judiciais tramitadas no Supremo Tribunal Federal como regra geral está relacionada com medicamentos não previstos nos protocolos clínicos do SUS e nas relações de medicamento do RENAME, sem registro na Anvisa, importados e experimentais, tendo por pressuposto básico as prescrições médicas, ocasionando impacto orçamentário e desorganização nas unidades federativas. O trabalho explora metodologia qualitativa, do tipo exploratória, por coleta de dados. Consolida-se a presente tese em defender o status de supraestabilidade do direito à saúde, por ser indissociável ao direito à vida e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que a saúde possui caráter de fundamentalidade de direitos que compõem o mínimo existencial.

Palavras-chaves: Direito social a saúde, Dignidade da pessoa humana, Mínimo existencial, Reserva do possível e Supremo Tribunal Federal.

SILVA, Elto Abreu da. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DA SUPRAESTABILIDADE DO DIREITO SOCIAL A SAÚDE**. 453 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2023.

ABSTRACT

The Citizen Constitution of 1998, having the dignity of the human person as a guiding principle of the Federative Republic of Brazil, posited the social right to health as a constitutional duty of the Democratic State of Law in obedience to the constitutional commandments and created the Unified Health System with the purpose of to guarantee universal, egalitarian, and integral health services, indispensable for the exercise of the right to life and dignity. Regardless of the costs to public coffers, and without offending the principle of separation of powers. The ineffectiveness of the State in providing public health policies allowed the interference of the Judiciary power in all its instances through collective or individual actions requiring, as a rule, medication, and health treatment. This thesis has the goal of analyzing the supra-effectiveness of the social right to health by the Federal Supreme Court in the process of Judicialization of Health, analyzing the constitutional and infra-constitutional norms related to this right. We carried out retrospective research on themes such as the existential minimum, reserve of the possible, drugs with and without registration at ANVISA, experimental drugs, high-cost drugs and rare diseases, and home care registered in monocratic decisions or in judgments issued by the Ministers of the Supreme Court Federal, since the enactment of the Federal Constitution of 1988 to the present day, aiming to describe the theses built over time on this theme, seeking to understand the phenomenon of Judicialization of health as a practical reality. The intervention of the Judiciary Power in the Judicialization of the Right to Health in Brazil is a relatively recent topic in the scientific literature. Discussions in the field are, not without surprise, still divergent, largely as a result of the scarcity of systematized data to support them. However, the position of the Superior Federal Court is peaceful that the fundamental right to health cannot be conditioned to the “reserve of the possible”, as it constitutes the existential minimum and human dignity. In conclusion, it was verified that the lawsuits processed in the Federal Supreme Court, as a general rule, are related to drugs not foreseen in the SUS clinical protocols and in the RENAME drug lists, without ANVISA registration, imported and experimental, having as a basic assumption medical prescription, causing budgetary impact and disorganization in the federative units. The work explores a qualitative methodology, of the exploratory type, through data collection. This thesis is consolidated in defending the supra-stability status of the right to health as it is inseparable from the right to life and the constitutional principle of human dignity, given that health has the character of fundamental rights that make up the existential minimum.

Keywords: Social right to health, Dignity of the human person, Existential minimum, Reserve of the possible, and Federal Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS

Agência Nacional de Saúde - ANS

Ata de Registro de Preços – ARP

Base Nacional de Dados do Poder Judiciário - DataJud

CF – Constituição Federal

Confederação Nacional de Municípios – CNM

Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul - CREMERS,

Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS

Instituto Nacional de Seguro Social - INSS

Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO

Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS

Ministério da Saúde – MS

Norma Operacional Básica - NOB

OMS – Organização Mundial da Saúde

Organização Mundial da Saúde – OMS

Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME

Sistema Único de Saúde – SUS

Supremo Tribunal Federal – STF

Unidade de Cuidados Intensivos - UCI.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Teoria da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal-----	211
Gráfico 2. Produção de Acórdãos sobre Reserva do Possível Supremo Tribunal Federal-----	212
Gráfico 3. Relatoria dos Acórdãos sobre Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal-----	215
Gráfico 4. Decisões Monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	231
Gráfico 5. Modalidade de Ações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	235
Gráfico 6. Principais causas identificadas para o desabastecimento de medicamentos em %-----	259
Gráfico 7. Principais assuntos judicializados nos processos de saúde entre 2015 a 2020-----	263
Gráfico 8. Existência de gerência ou procurador para demandas judiciais de saúde por Secretaria de Saúde-----	265
Gráfico 9. Existência de gerência ou procurador para demandas judiciais de saúde nas Secretarias de Saúde Municipais por Região Geográfica-----	266
Gráfico 10. Quantidade total de casos novos ingressados sobre medicamentos segundo o segmento da justiça, 2015 a 2020-----	267
Gráfico 11. Referência ao Sistema Único de Saúde pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal-----	327

LISTA DE QUADROS/TABELAS

Quadro 01. Retrocessos sociais da efetivação ao direito à saúde-----	50
Quadro 02. Acórdãos sobre Reserva do Possível da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal-----	213
Quadro 03. Acórdãos sobre Reserva do Possível pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal-----	214
Quadro 04. Acórdãos sobre Reserva do Possível na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal-----	214
Quadro 05. Relatoria de Acórdãos Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	215
Quadro 06. Relatoria de Acórdãos Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	216
Quadro 07. Relatoria de Acórdãos Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	216
Quadro 08. Relatoria de Acórdãos Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	217
Quadro 09. Relatoria de Acórdãos Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	217
Quadro 10. Relatoria de Acórdãos Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	217
Quadro 11. Relatoria de Acórdãos Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	218
Quadro 12. Relatoria de Acórdãos Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	218
Quadro 13. Relatoria de Acórdãos Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	218
Quadro 14. Referência dos Ministro do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível-----	230
Quadro 15. Casos novos de saúde ingressados entre 2015 e 2020 por de Tribunal---	261
Quadro 16. Quantidade processo de saúde entre 2015 a 2020 por Estado da Federação-----	262
Quadro 17. As cinco especialidades médicas mais judicializadas segundo os Municípios e Estados 2015 a 2020-----	264

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO-----	14
2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS AO DIREITO À SAÚDE-----	19
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana-----	22
2.1.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana-----	27
2.1.2 Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República-----	30
2.1.3 Esse princípio é de caráter absoluto?-----	33
2.2 Princípio da Proibição de Retrocesso Social-----	38
2.3 Princípio da Proporcionalidade-----	51
2.4 Princípio da Efetividade dos Direitos Sociais-----	59
2.5 Princípio da Igualdade-----	64
3. DIREITO SOCIAL À SAÚDE-----	72
3.1 Conceito de Saúde-----	72
3.2 Direitos Sociais-----	76
3.3 Direitos Sociais e Cláusulas Pétreas-----	81
3.4 Titularidade dos Direitos Sociais-----	86
3.5 Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras-----	92
3.6 Constitucionalização e jusfundamentalidade dos Direitos Sociais-----	102
3.7 Eficácia das Normas Constitucionais sobre Direitos Sociais a Saúde-----	106
3.8 Direito à Saúde ou Proteção à Saúde-----	114
3.9 Núcleo essencial do Direito à Saúde-----	117
3.10 Políticas públicas para efetivação do direito à saúde no Brasil-----	121
3.11 Serviço Público de Saúde e Sistema Único de Saúde no Brasil-----	124
3.12 População Idosa e Sistema Único de Saúde no Brasil-----	137
4. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL X TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL----	143
4.1 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL-----	143
4.1.1 Origem da Teoria Mínimo Existencial-----	143
4.1.2 Mínimo Existencial no Brasil-----	146
4.1.3 Definição e Características do Mínimo Existencial-----	153
4.1.4 Conteúdo do Mínimo Existencial dos Direitos Sociais-----	159
4.1.5 Mínimo Existencial e a falta de Recursos Financeiros do Estado-----	165
4.1.6 Mínimo Existencial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal-----	170

4.2 RESERVA DO POSSÍVEL-----	184
4.2.1 Origem da Teoria Reserva do Possível na Alemanha-----	185
4.2.2 Teoria Reserva do Possível no Brasil-----	189
4.2.3 Definição e objetivo da Teoria Reserva do Possível-----	195
4.2.4 Teoria Reserva do Possível e Recursos Públicos-----	198
4.2.5 Teoria da Reserva do Possível e o Poder Judiciário Brasileiro-----	205
4.2.6 Teoria da Reserva do Possível e o Supremo Tribunal Federal-----	208
5. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE-----	242
5.1 Origem da Judicialização do Direito Social à Saúde no Brasil-----	245
5.2 Definição de Judicialização da Saúde-----	250
5.3 Causas da Judicialização-----	253
5.4 Judicialização da Saúde em Números-----	260
5.5 Posicionamento Doutrinários contrários a Judicialização-----	268
5.5.1 Invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas-----	268
5.5.2 Existência de critérios subjetivos para controle judicial-----	269
5.5.3 Inaplicabilidade do princípio da reserva do possível-----	270
5.5.4 Ações Individuais nas demandas de saúde-----	271
5.5.5 Falta de conhecimento do Judiciário em relação às políticas públicas-----	273
5.6 Teoria da Separação dos Poderes no Supremo Tribunal Federal-----	276
6. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO SOCIAL A SAÚDE-----	299
6.1 Análise do Artigo 196 no Supremo Tribunal Federal-----	311
6.2 Audiência Pública N. 04 no Supremo Tribunal Federal-----	317
6.3 Proposições do Supremo Tribunal Federal sobre Sistema Único de Saúde-----	323
6.4 Diferença de Classes no SUS na perspectiva do Supremo Tribunal Federal-----	327
6.5 Responsabilidade Solidária dos Entes Federativo no Tratamento a Saúde-----	334
6.6 Medicamentos e Manifestação do Supremo Tribunal Federal-----	347
6.6.1 Medicamentos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-----	350
6.6.2 Medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-----	354
6.6.3 Medicamentos Experimentais no Supremo Tribunal Federal-----	363
6.6.4 Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e Doenças Raras-----	376
6.7 Serviço de Atendimento Médico Domiciliar - Home Care-----	419
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	424
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	437

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito surge como forma de superação dos modelos do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, diante da necessidade de nova postura do Estado na satisfação de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos.

Assim, a origem do Estado de Direito tem por premissa o princípio da legalidade, como forma de direcionar as normas diretivas das relações e das condutas humana, posto que a lei, de forma imperativa, determinava como deveria ser o comportamento das pessoas e quais as possíveis punições em caso de desrespeito às normas impostas à coletividade em geral.

Importante compreendermos que a lei não se representa somente no ato reproduzido pelas autoridades competentes do estado de direito, consolidando-se também como meio eficaz para a realização dos fins constitucionais, na promoção de direitos fundamentais, através da participação representativa, democrática e da dignidade da pessoa humana.

Na efetivação do direito social, precipuamente relacionado à saúde, a análise detida dos princípios jurídicos é fundamental para requerer de todos os poderes constituídos sua efetividade como direito assegurado pelo constituinte originário.

Partindo desse pressuposto, apresenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da efetividade, princípio do não retrocesso social e princípio da solidariedade como postulados jurídicos defensores do direito constitucional à saúde no Brasil.

Considera-se, então, que os princípios mencionados representam a base do ordenamento jurídico brasileiro e do sistema constitucional, com a finalidade de proporcionar garantias vitais para a sobrevivência do indivíduo, servindo de vetores interpretativos para aplicação das normas da Constituição, possuindo ainda um papel argumentativo no processo de solução de controvérsias entre normas de âmbito constitucional.

Em face do cenário contemporâneo no que se refere à efetivação do direito à saúde no Brasil, por vezes recorre-se aos princípios jurídicos como forma argumentativa e hermenêutica de impor à administração pública a garantia desse direito no cotidiano das pessoas.

Assim, verifica-se que o direito social à saúde passou por inúmeras transformações na evolução da sociedade, às vezes progredindo ou não, com o propósito de atender às necessidades básicas das pessoas.

A importância da acessibilidade aos serviços públicos em saúde ofertados pelo Sistema Único de Saúde, de forma universal e isonômica no Brasil, representa um pressuposto de fato e de direitos imprescindíveis para uma vida digna aos brasileiros sem poder aquisitivo de arcar com despesas médicas, seja na aquisição de medicamentos, seja na realização de tratamentos de saúde na rede privada. Essas preposições representam a justificativa do estudo proposto nessa tese, com a finalidade de apresentar soluções práticas e possíveis para suprafetividade do direito social à saúde em todas as unidades da Federação.

Diante do exposto, apresentamos o problema central da pesquisa. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações que exigem, por parte do Estado, a efetivação do direito social à saúde, consolidado no princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido satisfatória ou negativo ao direito fundamental de acesso aos serviços de saúde dos brasileiros sem condições financeiras de pagarem por determinados medicamentos, ou tratamentos de saúde?

A pesquisa tem por objetivo geral investigar o fenômeno crescente no Brasil da judicialização do direito social à saúde, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal e os critérios apresentados em suas decisões, examinando sua conexão com o princípio da dignidade humana.

Partimos da premissa de que todas as pessoas são titulares dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal. Entretanto, parte da doutrina entende que o Estado somente seria obrigado a disponibilizar os serviços de saúde para as pessoas que se encontrarem em condições de vulnerabilidade social, sem condições financeiras de pagarem por seus tratamentos médico-hospitalares ou na aquisição de medicamentos. Somente nessas circunstâncias poderia o poder judiciário obrigar o Estado ao cumprimento dessa norma constitucional na efetivação do direito social à saúde.

Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa qualiquantitativa, de cunho teórico-bibliográfica e documental, consolidando-se em análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, que permitiram uma abordagem crítico-epistemológica do tema proposto.

Realizou-se consultas em plataformas de artigos científicos, SciELO, Google Acadêmico, Revistas dos Tribunais, Revista de Direito Sanitário, Portal de Periódicos da Capes e Bibliotecas digitais específicas de Teses e Dissertações jurídicas relacionadas ao direito social à saúde e posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

As decisões monocráticas e os acórdãos referenciados na pesquisa foram analisados integralmente a partir do sítio eletrônico do STF: <www.stf.gov.br>, utilizando -se do link de jurisprudência. Nesse contexto, a busca de informações foi realizada a partir das expressões: estado social de direito, direito à saúde, separação dos poderes, reserva do possível, mínimo existencial, medicamentos, medicamentos de alto custo, medicamentos sem registro na ANVISA, doenças raras e Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, a judicialização do direito social a saúde perante o Poder Judiciário brasileiro representa uma oportunidade específica em que a sociedade acredita ser efetivado essa garantia fundamental diante da inércia do poder executivo no cumprimento de suas funções constitucionalmente determinadas.

Como base teórica e jurisprudencial, esse trabalho consolida-se na defesa de que a garantia do mínimo existencial, como requisito básico para a sobrevivência humana, está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil na concretização do acesso ao direito social à saúde.

Está consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, posto que, sua função precípua é zelar pelas normas da Constituição da República Federativa do Brasil, impondo aos membros do poder judiciário o compromisso da efetivação dos direitos sociais relacionados à saúde de todos os indivíduos carentes da tutela jurisdicional do estado, para a efetivação desse direito como forma de proporcionar vida digna.

O trabalho está organizado em capítulos e sistematizado da seguinte forma: Inicialmente, no Capítulo 2 - Princípios jurídicos aplicáveis ao direito social à saúde, apresentaremos os princípios jurídicos constitucionais e infraconstitucionais que podem ser considerados como fonte de inspiração para a efetividade do direito social à saúde. A análise detida dos princípios jurídicos é fundamental para requerer de todos os poderes constituídos sua efetividade como direito assegurado pelo constituinte originário. Partindo desse pressuposto, apresenta-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Proibição de Retrocesso Social; Princípio

da Proporcionalidade; Princípio da Efetividade dos Direitos Sociais e por fim o Princípio da Igualdade.

Em sequência, no Capítulo 3 – Direito Social Fundamental a Saúde, apresentaremos as definições doutrinárias e legais para saúde e direitos sociais, decorrendo sobre a origem e a evolução dos Direitos Sociais nas Constituições Brasileira, e o processo da constitucionalização e jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. Analisando o Direito Social à Saúde, núcleo essencial do Direito à Saúde, concluindo com as políticas públicas brasileiras para efetivação do direito à saúde.

No Capítulo 4 - Teoria do Mínimo Existencial X Teoria da Reserva do Possível, iniciaremos este capítulo analisando a Teoria do mínimo existencial, descrevendo sobre a origem da Teoria do Mínimo Existencial em nível mundial e adoção do Mínimo Existencial no Brasil, apresentando sua definição e características, bem como o conteúdo do mínimo existencial dos direitos sociais. Enfatizando o mínimo existencial e a falta de Recurso Financeiros do Estado e ao término mencionando a adoção jurídica do mínimo existencial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

Na segunda parte desse capítulo, descreveremos sobre a Teoria da Reserva do Possível, apresentado a origem da Teoria Reserva do Possível na Alemanha e, posteriormente, no Brasil, analisando a definição e objetivo da Teoria Reserva do Possível e sua relação com os recursos públicos, e na conclusão dessa temática, mencionaremos os julgados sobre a Teoria da Reserva do Possível realizados pelo Poder Judiciário e sua incidência nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No Capítulo 5 - Intervenção do Poder Judiciário na Efetividade do Direito à saúde, momento em que apresentaremos a origem da Judicialização do Direito Social à Saúde no Brasil, fazendo referência à definição e causas da Judicialização da Saúde, pontuando sobre as teses de invasão do poder judiciário de competências constitucionais que não lhe foram reservadas. Analisando os seguintes aspectos: Existência de critérios subjetivos para controle judicial; Inaplicabilidade do princípio da reserva do possível; Ações Individuais nas demandas de saúde; Falta de conhecimento do Judiciário em relação às políticas públicas; Judicialização da Saúde em Números; Posicionamento Doutrinários contrários a Judicialização da Saúde; Teoria da Separação dos Poderes na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

No Capítulo 6 - Supremo Tribunal Federal e Direito Social à saúde, apresentaremos inicialmente a análise do Artigo 196 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e os assuntos abordados na Audiência Pública N. 04, sobre

Direito Social à Saúde na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, descreveremos sobre as proposições do Supremo Tribunal Federal sobre Sistema Único de Saúde e a possibilidade de diferença de classes no SUS, bem como as regras pertinentes sobre a Responsabilidade Solidária dos Entes Federativo no tratamento à saúde, e, por fim, abordaremos as questões pertinentes à disponibilização de Medicamentos e Manifestação do Supremo Tribunal Federal diante das hipóteses de requerimentos de medicamentos com registro ou medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Abordando a questão dos medicamentos experimentais, fornecimento de medicamentos de alto custo e doenças raras, bem como o serviço de atendimento médico domiciliar - Home Care, na perspectiva da Corte Suprema.

Entendemos que esta tese servirá de subsídios aos acadêmicos, juristas, médicos, membros do poder judiciário e agentes públicos e políticos que desenvolvem atividades pertinentes à efetivação do direito social à saúde no território brasileiro.

2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS AO DIREITO À SAÚDE

Na efetivação dos direitos sociais, precipuamente relacionados à saúde, a análise de determinados princípios jurídicos constitucionais é de fundamental importância para requerer de todos os poderes constituídos sua efetividade como direito assegurado pelo constituinte originário.

Partindo desse pressuposto, analisaremos o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da efetividade, princípio do não retrocesso social e princípio da solidariedade como postulados jurídicos defensores do direito constitucional da saúde no Brasil.

Conforme Marçal Justen Filho¹, o princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada, produzindo, assim, uma delimitação genérica das condutas reputadas como compatíveis com a ordem jurídica.

Com o propósito de definir o conceito e a relevância dos princípios na contextualização da efetivação dos direitos sociais à saúde, passa-se a apresentar a acepção de princípio em conformidade com a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se com o entendimento apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello², na forma seguinte:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Assim, os princípios consolidam-se como base do sistema jurídico pátrio, servindo de alicerce fático para a efetividade de direitos fundamentais reconhecidos como postulados constitucionais a serem disponibilizados a todo cidadão, como instrumento eficaz na consolidação do direito à saúde pelos poderes constituídos.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. Revista dos Tribunais, 2022, p. 31.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Malheiros. 2021, p. 89.

Por sua vez, evidencia-se a importância dos princípios na construção de valores supremos no contexto do ordenamento jurídico, como pondera o Ministro Luís Roberto Barroso³.

Os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico.

Acrescenta-se que os princípios constitucionais, no contexto atual, podem ser proclamados como enunciado lógico, servindo de parâmetro de interpretação da Constituição, com o propósito de promover uma máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, os princípios devem ser considerados como alicerces do sistema constitucional, desempenhando múltiplas funções, configurando-se em verdadeiros vetores para a interpretação e aplicação das demais normas da Constituição, além de possuírem um papel argumentativo na resolução das controvérsias constitucionais⁴.

Em face do cenário contemporâneo, no que se refere à efetivação do direito à saúde no Brasil, recorre-se aos princípios jurídicos como forma argumentativa e hermenêutica de impor à Administração Pública a garantia desse direito no cotidiano das pessoas.

Isso é possível, porque os princípios jurídicos condensam os valores fundamentais da ordem jurídica. Em virtude de sua fundamentalidade e de sua unicidade, os princípios se irradiam sobre todo o sistema jurídico, garantindo-lhe harmonia e coerência⁵.

Pode-se afirmar, então, que na consagração do direito fundamental à saúde, os princípios são fontes reconhecidas de forma doutrinária e jurisprudencial, como mecanismo eficaz na concretização desse direito, como define Mariana Filchtiner Figueiredo⁶.

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 414.

⁴ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. 29ª. Ed. 2021. p.122.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 10ª. Ed. Método, 2022, p.13.

⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. Direito à saúde. 2010. p, 221.

A consagração dos princípios e diretrizes pelos quais deve ser concretizada a estrutura institucional de implementação do direito à saúde, notadamente pela amplitude e, ao mesmo tempo, pelo detalhamento levado a efeito já ao nível constitucional, permitem que se sustente, para além do direito fundamental à saúde, que o próprio Sistema Único de Saúde (SUS) se caracteriza como garantia institucional fundamental.

Nessa linha de intelecção, e, como mencionado, sobre a importância dos princípios na efetivação do direito social a saúde, George Marmelstein⁷ acrescenta que o pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigirem que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os indivíduos com igual consideração, respeito e dignidade.

Ressalto a tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, ao afirmar que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. Evidencia-se a importância da análise dos princípios na efetivação do direito fundamental à saúde, compreendendo que desrespeitar um princípio implica ofensa não apenas a um específico direito constitucionalmente reconhecido, mas uma afronta a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Mediante o exposto, indubitavelmente, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, neste caminho, passam a ter posição de destaque na ordem constitucional, pois as Constituições procuram valer-se cada vez mais dos princípios como forma de amoldar, nos seus textos, interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.

Justifica-se essa proposição porque o caráter aberto das normas principiológicas evita o congelamento da atuação dos poderes constituídos e a necessidade de se efetuarem constantes alterações formais no texto da Constituição, o que desvalorizaria, inclusive, a sua força normativa⁹ e a segurança jurídica para a sociedade. Em vista dos apontamentos apresentados, a seguir, analisaremos e discorreremos de forma sistemática sobre os princípios que servirão de norte para a consolidação da supraestabilidade na efetivação do direito fundamental e social à saúde no Brasil.

⁷ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 10.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Malheiros. 2021, p. 38.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Método, 2022, p.13.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Iniciaremos com a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando esse atributo como qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano, constituindo-se como titular de direitos e garantias que devem ser respeitados pelo Estado Democrático de Direito¹⁰.

Assim, todo indivíduo é sujeito de direitos, possuindo, em virtude desse marco referencial, distinção jurídica em relação aos objetos e seres inanimados. Assumindo o protagonismo de toda e qualquer relação social, justificando-se a dignidade da pessoa humana como marco universal, tendo suas origens no início do Século XX, como resultado das Constituições do período pós-guerra, adquirindo, a partir desse contexto histórico, status de direito constitucional.

Sobre essa temática, Alexandre de Moraes¹¹, afirma que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Acrescenta Flávio Martins Alves Nunes Júnior¹² que, durante o século XIX, com exceções pouco significativas, a dignidade permanece ausente dos textos jurídicos e constitucionais e, mesmo durante a primeira metade do século XX, o surgimento é esparso e muito tímido.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ realça que o respeito à dignidade humana integra o acervo histórico e cultural de um povo, como patrimônio de suprema valia,

¹⁰ A noção de Estado Democrático de Direito apresenta-se indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É dessa ligação indissolúvel que emerge o que pode ser denominado de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Portanto, mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito apresenta uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, como, por exemplo: igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. SOUTO, Ricardo dos Santos. A dignidade da pessoa humana como um valor absoluto no Brasil. *Rev. NUFEN* [online]. 2019, vol.11, n.3 Citado 2023-09-29], pp.170-186. ISSN 2175-2591

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 18.

¹² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso Direito Constitucional*. Saraiva. 2019. p.2113.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das n. constitucionais e dir. sociais*. 2009, p. 36

asseverando que o Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.

Observa-se que após a Segunda Guerra Mundial, as constituições europeias consolidam-se como defensoras da dignidade da pessoa humana, tornando-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições¹⁴.

Essa nova perspectiva pode ser verificada nas constituições de inúmeros países, dentre eles podemos mencionar, Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Israel, Hungria e Suécia, incluindo-se nesse contexto a Constituição do Brasil.

Exemplificando, o artigo 1º da Constituição Alemã de 1949 considera que a dignidade da pessoa humana é intangível e que é obrigação do poder público respeitá-la e protegê-la.

No mesmo diapasão, o primeiro artigo da Constituição portuguesa afirma que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Assim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso¹⁵ considera que o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana. Importante mencionar que a dignidade figura em praticamente todas as declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, e está consagrada em nada menos que 149 constituições nacionais, das 194 que hoje estão em vigor¹⁶.

Os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁷ mencionam que a dignidade é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, e é o Estado que passa a servir como

¹⁴ Flávio Martins Alves Nunes, apresenta que segundo o Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, a dignidade humana se encontra no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos dispositivos constitucionais deve ser interpretado. Outrossim, a dignidade da pessoa humana seria o fundamento constitucional de todos os direitos fundamentais relacionados à pessoa humana, possuindo, também “dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 2019. p.2113.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 240.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p.14.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional /, Daniel MITIDIERO. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.118.

instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas, individual e coletivamente consideradas¹⁸.

Enquanto fundamento do Estado contemporâneo, a dignidade da pessoa se consolida como pilar estruturante do ordenamento jurídico, como fase importante do processo evolutivo do constitucionalismo, em garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais ponderamos de forma significativa o direito social à saúde.

É possível ainda compreendermos, conforme defende Marçal Justen Filho¹⁹, que não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida na sua integralidade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. E que a dignidade está relacionada com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais.

Pondera nesse sentido, José Afonso da Silva²⁰, que a dignidade da pessoa humana “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural, constituindo-se sua natureza em valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Assim, nessa conjectura, a dignidade representa um valor supremo, tornando-se a base da sociedade, por defender aspectos físicos e imateriais inerentes ao ser humano e necessários à sua sobrevivência como cidadão com direitos fundamentais garantidos pelo Estado.

Ainda convém lembrar que o Ministro Luís Roberto Barroso²¹, por seu turno, buscou construir um conceito universal da dignidade humana – tarefa diferente daquela a que se propõe este estudo, que se volta para a sociedade e para o Direito brasileiros. Ele decompôs o que chamou de “conteúdo mínimo da dignidade humana” em três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

1. O valor intrínseco concretiza a ideia de nunca tratar a pessoa como apenas um meio e compreende vários direitos básicos, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.
2. A autonomia envolve tanto a sua dimensão privada, consistente no “autogoverno do indivíduo”, como a pública, correspondente à

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 52.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13ª. Revista dos Tribunais, 2022, p. 59.

²⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Poder constituinte e poder popular. Op. cit., p. 147.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Op. cit.

- participação nas deliberações democráticas. Ela abarca, ainda, o mínimo existencial, que assegura os pressupostos materiais para o exercício das liberdades.
3. E o valor comunitário confere à dignidade uma dimensão heterônoma, ensejando restrições às liberdades individuais voltadas à proteção de direitos de terceiros, da dignidade do próprio indivíduo e de valores morais compartilhados na sociedade.

Pondera-se que a dignidade ocupa posição de superioridade quanto aos demais princípios e valores – o que significaria sua transcendência em relação aos demais. Ou seja, a dignidade humana não é apenas transcendente. Ela é transcendental.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana é a espinha dorsal do ordenamento jurídico²².

Sua transcendentalidade quer dizer que a dignidade é condição de possibilidade de existência e compreensão do sistema jurídico. Ou seja, todo o sistema jurídico desenvolve-se a partir da intangibilidade da dignidade da pessoa humana; adquire somente sentido e se torna compreensível em virtude dele. Ele não apenas está acima das demais normas; está antes delas. A antecedência é referida não no sentido cronológico, mas lógico.

Essa transcendentalidade fica evidente no posicionamento do constituinte originário ao determinar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federal do Brasil e o direito social à saúde como direitos fundamentais colecionados como valores supremos da Constituição Federal de 1988, inovando, assim, de forma significativa o ordenamento jurídico brasileiro.

Entende Luís Roberto Barroso²³, que a dignidade humana é um valor fundamental, representada por valores, sejam políticos ou morais, que ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. Devendo ser considerada como um princípio jurídico de status constitucional.

²² A diferença entre transcendência e transcendentalidade é bastante simples em termos filosóficos, especialmente após Kant. Transcendência significa uma posição de superioridade; transcendentalidade indica precedência lógica ou condição para que algo possa existir. Nas palavras de Kant: “Chamo transcendental a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objectos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível a priori” (Crítica da razão pura, 3. ed., p. 53). Justen Filho, Marçal. Curso de dir. administrativo. R. Tribunais, 2022, p. 59

²³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.244.

Assim, como valor e como princípio, a dignidade humana funciona sobre duas vertentes, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, representando valor supremo da democracia.

Em decorrência desse entendimento, Pedro Lenza²⁴ declara que:

O princípio da dignidade da pessoa humana, representa um núcleo que preconiza a defesa da existência de fato e de direito mínimo existencial, enquanto conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade, entendendo que tal mínimo existencial deve ser dotado de eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é, as prestações que o compõem poderão ser exigidas de forma direta, mediante tutela específica.

Como ponto norteador dessa tese, defende-se que a dignidade da pessoa humana deve proporcionar às pessoas condições mínimas de sobrevivência, conforme os direitos fundamentais elencados no texto constitucional, a partir da efetivação de alguns direitos, tais como serviços públicos de saúde, assistência aos necessitados e acesso à justiça. Essa é a ideia defendida pela doutrina majoritária no Brasil como sendo o mínimo existencial, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça²⁵.

Os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero²⁶ defendem que a trajetória vitoriosa da dignidade humana, no âmbito da gramática jurídico-constitucional contemporânea, confere ao Estado Constitucional Democrático da atualidade um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.

²⁴ LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. Saraiva Jur. 2022. p. 1737.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p.305.

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional /, Daniel MITIDIERO. – 10ª. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.118. p.117.

2.1.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana

Não seria uma missão fácil, apresentar uma definição uníssona sobre o significado do termo dignidade da pessoa humana, uma vez que a doutrina majoritária não se utiliza de uma única fonte ou de um autor específico para fundamentar essa definição.

Outro aspecto que tem dificultado na construção de significado para o termo dignidade da pessoa humana é considerar que o mesmo representa, no direito pátrio, um conceito aberto ou ainda indeterminado, uma vez que não há uma definição legal no texto Constituição ou por parte da doutrina. Nesse contexto, apresentaremos, inicialmente, os conceitos apresentados por diversos doutrinadores, para em seguida analisarmos o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, em suas manifestações jurisprudenciais.

Assim, iniciamos pelo posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, considerando que não há um conceito específico de dignidade da pessoa humana. Entendemos que tal expressão tem significado indeterminado, aplicável às mais variadas áreas dos direitos individuais, por trata-se de um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir. Com efeito, todos nós temos consciência de que cada ser humano tem sua individualidade, suas crenças, seus sonhos, suas esperanças, sua fé.

Corroborando com essa discussão, Flávio Martins Alves Nunes Júnior²⁸ compreende que a dignidade da pessoa humana é a fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao considerar que o ser humano é titular de direitos e garantias, e, conseqüentemente, deve ser tratado dignamente.

Sobre essa premissa, a dignidade humana, conforme ensina Norberto Bobbio²⁹ representa um princípio constitucional que possui características de irrenunciabilidade e intransmissibilidade e retrata o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica, servindo de parâmetro para o Estado Democrático de Direito na elaboração de políticas públicas em saúde.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 14.

²⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso Direito Constitucional. Saraiva 2019, p.537.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 54.

Nas palavras de José Afonso da Silva³⁰, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Acrescentando que:

Como valor supremo, a dignidade da pessoa humana “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Por isso é que a Constituição o prevê nos capítulos da ordem social e econômica, dando um “conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”.

Ainda com esse propósito conceitual, Ingo Wolfgang Sarlet³¹ refere-se à dignidade da pessoa humana, ponderando que:

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

As várias tentativas de conceituação da dignidade da pessoa humana se valem, sobretudo, da etimologia do termo *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima ou nobreza³².

Por outro lado, Motta Sylvio³³ compreende que o conceito de pessoa humana, subjacente à nossa ordem constitucional, concilia as dimensões individual e coletiva do Homem. O Homem tem valor superior ao do Estado, e que deve ser situado no tempo e no espaço, a fim de serem atendidas suas necessidades concretas, as quais não se esgotam na limitação daquilo que o Estado não pode fazer.

É possível ainda construir significados práticos para a dignidade da pessoa humana, em conformidade como as dimensões da dignidade humana apresentada por Uadi Lammêgo Bulos³⁴, para quem o princípio constitucional da dignidade da

³⁰ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito Processual Constitucional. 2006, p. 105

³³ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. 29ª. Ed. 2021. p.122.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

pessoa humana apresenta-se em três dimensões, quais sejam: fundamentadora, orientadora e crítica.

1. Dimensão fundamentadora — núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo;
2. Dimensão orientadora — estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional;
3. Dimensão crítica — serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas³⁵.

Tendo em vista os aspectos apresentados para a definição do termo dignidade da pessoa humana, Pedro Lenza³⁶ entende que esses pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, a quem se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

De acordo com Daniel Sarmento³⁷, resta definido que o princípio da dignidade da pessoa humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicos de vida, o direito ao mínimo existencial, que, na nossa ordem constitucional, constitui um piso para a justiça social, mas não um teto para a atuação estatal voltada à promoção da igualdade material e dos direitos sociais. A garantia do mínimo existencial é pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia, mas se justifica por razões autônomas, que independem desses objetivos.

Compreendemos que a dignidade da pessoa humana, nos dias hodiernos, representa a base central das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado Social de Direito, com a finalidade de proporcionar a toda pessoa condições mínimas para sua sobrevivência, como postulado indissociável da vida e de determinados valores imprescindíveis para o pleno desenvolvimento do indivíduo, alcançando, assim, eficácia jurídica positiva.

Assim, de todas as definições apresentadas, nos parece ser sensato adotarmos a definição de dignidade da pessoa humana manifesto na visão epicentral referenciada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, adotando, nesse contexto, a adoção do mínimo existencial como elemento basilar do

³⁵ PÉREZ LUNO, Antônio Enrique. Derechos humanos, Est. de Derecho y Constitución, p. 288-289.

³⁶ LENZA, Pedro Direito Constitucional. (Coleção Esquematizado). 26ª. Ed. Saraiva Jur., 2022.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia 2016, p.233.

princípio da dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca do ser humano, com valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Tendo em vista os aspectos mencionados, a dignidade da pessoa humana será referenciada nesse trabalho como valor supremo do Estado Democrático de Direito, considerada como um conjunto de requisitos mínimos capazes de proporcionar ao ser humano condições dignas para sua sobrevivência, consolidando-se na efetivação dos direitos fundamentais e na intangibilidade do direito social à saúde, como fator indissociável ao direito à vida protegido pela Constituição Federal.

2.1.2 Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República

O poder constituinte determinou que no Brasil a dignidade da pessoa humana tem status de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se pode depreender da norma inserida no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal³⁸. Representando, assim, um pilar da ordem constitucional, conceituando a pessoa humana como elo central do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução³⁹.

Nesse sentido, Sylvio Motta⁴⁰, fazendo menção aos ensinamentos de Miguel Reale, compreende que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Como consequência disso, afirma-se que o Estado e o Direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do Homem, que é o valor-fonte do ordenamento.

³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

³⁹ STJ, MS n. 8.895/DF, Rel. Mina. Eliana Calmon, Diário da Justiça Eletrônico de 7-6-2004.

⁴⁰ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. 29ª. Ed. 2021. p.122.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento republicano de um Estado Democrático de Direito, integra, na perspectiva de Jose Afonso da Silva⁴¹, uma representação da identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita e explícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.

A partir dessa visão integrativa, Ressalta Ingo Sarlet⁴² que:

A Constituição de 1988, ao tratar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, não traz apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas uma “norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia”, razão pela qual diversos autores erigem a dignidade humana ao patamar de “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa, para a doutrina no Brasil, um “valor supremo da democracia”⁴³, sendo referenciada de diversas formas, como passamos a transcrever: “norma das normas dos direitos fundamentais”⁴⁴, como o “princípio dos princípios constitucionais”⁴⁵, como o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”⁴⁶.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal, consolida a tese que defendemos, tendo em vista esse fundamento republicano, que representa para o ordenamento jurídico a certeza de que a pessoa humana ocupa a centralidade e a consubstancialidade na estrutura e organização política, social e econômica do Estado.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-149.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 145.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado, 2001. p. 13.

⁴⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres. 2011. p. 851-889.

⁴⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista de Interesse Público, n. 4, 1999, p. 32.

Quanto à importância da dignidade humana, na exegese constitucional, Uadi Lammêgo Bulos⁴⁷ entende que:

Na exegese constitucional, a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobre princípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade, o da liberdade de profissão, o da moralidade administrativa, etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Verifica-se que a partir do processo de consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais, consolida-se como competência do Estado Democrático de Direito a obrigação legal em proporcionar à pessoa humana um rol mínimo de direitos e recursos financeiros, capazes de prover-lhe suas necessidades básicas, como educação, saúde ou assistência social.

Outro dispositivo constitucional que se refere à dignidade da pessoa humana está referendado no Art. 170 da Constituição Federal, que determina que a ordem econômica brasileira deverá ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados.

Em vista dos argumentos apresentados no artigo mencionado, a Constituição Federal determina que a ordem econômica tem por finalidade garantir uma existência dignas aos cidadãos brasileiros, considerando a dignidade como valor supremo da existência humana.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, do Distrito Federal, de Relatoria do Ministro Ayres Britto⁴⁸, reconhece-se que a expressão constitucional da dignidade da espécie humana é o realce mais óbvio e denso daquele princípio que se faz mais amplo do que a vida humana digna, daí porque algumas Constituições, como a brasileira, referem-se à existência digna.

Levando em consideração esses aspectos, André Ramos Tavares⁴⁹ afirma que o homem, por ter dignidade, deve ser respeitado, estando acima de qualquer valoração de cunho pecuniário, como bem acentuou Kant, ao tratar da dignidade: No

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Ayres Brito. Julgado 29/05/2008.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 194.

reino dos fins tudo tem ou um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, e é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes⁵⁰.

O Supremo Tribunal compreende que a dignidade da pessoa humana tem aspecto político, representando um valor-fonte constitucional e, conforme posicionamento da Ministra Carmen Lúcia, representa o princípio mais importante da Constituição Federal, ressaltando que é a primeira Constituição do mundo em que isso está expresso.

2.1.3 Esse princípio é de caráter absoluto?

Muito se tem discutido sobre o alcance e a natureza jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor supremo da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais, diante da tendência do reconhecimento por parte do ordenamento jurídico brasileiro de que o ser humano deve ser compreendido pelo Estado com fim e não como meio.

Prepondera um entendimento consolidado na doutrina pátria, bem como na jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil, que nenhum princípio no direito é considerado como sendo absoluto. Todavia, diante da contextualização da importância do princípio da dignidade da pessoa humana na proteção de direitos sociais como a saúde, tem-se questionado com frequência, se este princípio é absoluto ou não.

Assim, buscaremos apresentar divergentes posicionamentos quanto à concordância ou não de ser o princípio da dignidade o único princípio absoluto existente no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁰ SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

É de conhecimento geral que no direito brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto. Ele tem amplíssimo raio de incidência, e não há como compatibilizar tal amplitude com o caráter absoluto sem criar problemas práticos insolúveis. Contudo, quando a dignidade humana está realmente implicada em um caso, assume peso extremamente elevado em eventuais ponderações com interesses conflitantes⁵¹.

Entretanto, esse posicionamento encontra divergências, quando analisado sobre a perspectiva da efetivação de necessidades vitais e como valor supremo da democracia.

Assim, ao fazermos uma análise doutrinária e jurisprudencial se o princípio da dignidade humana tem caráter absoluto no Estado Democrático de Direito nas garantias de necessidades vitais, encontramos argumentos favoráveis a esse entendimento, como passamos a descrever.

Em face do que foi posto em discussão, André Ramos Tavares⁵² entende que dentre os direitos humanos, sempre existiu uma celeuma doutrinária acerca daquele que seria, de fato, o núcleo central, o direito essencial, o princípio absoluto do mundo jurídico, o princípio dos princípios, ou princípio máximo, ao qual os demais deveriam curvar-se em sua compreensão e aplicação. Tratar-se-ia de indicar o princípio a prevalecer no caso de conflitos com outros princípios ou direitos, tendo em vista a sua essencialidade primeira.

Em razão do que foi mencionado, André Ramos Tavares⁵³ se posiciona da seguinte forma:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p..319.

⁵² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p.195.

⁵³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p.169.

Sobre essa divergência, quando questionado sobre a possibilidade de ser considerado como sendo absoluto ou não, Daniel Sarmento⁵⁴ manifesta-se da seguinte forma:

Em minha dissertação de mestrado defendida em 1999, sustentei a natureza absoluta do princípio da dignidade, consignando que “nenhuma ponderação pode implicar o amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”.

Com esse mesmo raciocínio, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁵ defende que:

Grande parte da doutrina, nacional ou estrangeira, considera o caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, em decorrência, sobretudo, da teoria de Kant (em Fundamentação da Metafísica dos Costumes), segundo a qual a máxima que exprime a dignidade da pessoa humana – tratar as pessoas como fins e nunca como meios – foi levada à condição de imperativo categórico, ou seja, à qualidade de regra universal e incondicional, válida para toda e qualquer situação.

Acrescenta Daniel Sarmento⁵⁶ que essa orientação é sustentada por diversos autores brasileiros, coincidente com a filosofia kantiana, que erigiu a máxima que exprime a dignidade humana – tratar as pessoas como fins, e nunca como meros meios – à condição de imperativo categórico, ou seja, à qualidade de regra universal e incondicional, válida para toda e qualquer situação.

Esta é a mesma posição assumida por Fernando Ferreira dos Santos,⁵⁷ o qual exorta que, “neste sentido, que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, considerando que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto”.

Ainda convém mencionar o que Uadi Lammêgo Bulos⁵⁸ considera que Princípio da dignidade da pessoa humana representa um vetor que agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p.88.

⁵⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.538.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p. 88.

⁵⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 408.

Constituição de 1988. Quando o texto maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo.

Para outra corrente doutrinária, que, acertadamente, é contrária a essa supervalorização do princípio da dignidade humana, não será possível entronizar assim algum princípio, seja ele qual for.

Exemplificando, Robert Alexy, ao analisar a Lei Fundamental alemã, que dispõe, em seu art. 1º, § 1º, que “A dignidade da pessoa é intangível”, conclui que este dispositivo provoca efetivamente a impressão de tratar-se de norma de natureza absoluta.

Porém, a razão desta impressão não reside em que através desta disposição de direito fundamental se estabeleça um princípio absoluto, senão em que a norma da dignidade da pessoa é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio, e também no fato de que para o princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que debaixo delas o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos.⁵⁹

Considera-se a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional de todo sistema dos direitos e garantias fundamentais, posto que estes representam obrigações estatais, para as concretizações e desdobramentos da existência digna da pessoa e como norte para interpretação doutrinária.

No cenário internacional, apresenta Daniel Sarmento⁶⁰ que a posição de que o princípio da dignidade não é absoluto, foi advogada na Alemanha, dentre outros autores, por Robert Alexy e Michael Kloepper.

Para o mesmo autor, na doutrina nacional, a tese é sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, dentre outros, e ela me parece acertada por várias razões.

Nesse sentido, Flávio Martins Alves Nunes Júnior,⁶¹ fazendo uma análise mais detalhada sobre o posicional da doutrina sobre essa temática, apresenta que doutrinadores como Robert Alexy, Michael Kloepper, Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento, Jorge Reis Novais são

⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. C. de Est. Constitucionales, 1993. p. 106.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p.88.

⁶¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p.538.

defensores da relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que:

Assim como os demais princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, por ser um metaprincípio, o “princípio dos princípios”, somente em casos excepcionalíssimos, quase inexistentes, tal princípio poderá ser relativizado. Caso fosse um princípio absoluto, pelo menos metade dos presos brasileiros, que vive em situação degradante nos presídios nacionais, deveria ser imediatamente solta. Se fosse um princípio de cumprimento absoluto, não haveria pessoas desprovidas de moradia. Percuciente é a afirmação de Jorge Miranda, segundo o qual “Relativamente aberto como todos os princípios – até porque a sua concretização se faz histórico culturalmente – não deixa de encerrar um valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse”.⁶²

O que podemos observar é que muito se tem discutido acerca da dignidade da pessoa humana, estabelecida no Art. 1º. III da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil e consolidada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como valor supremo da democracia e base axiológica da ordem jurídico-constitucional.

Analizando esse atributo constitucional da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 93.912, do Estado de São Paulo, de Relatoria do Min. Celso de Melo, consolida o seguinte entendimento:

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)– significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, Distrito Federal, o Ministro Ayres Britto⁶³ defende que a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Érica Paula Barcha C. Direitos fundamentais sociais. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 223.

⁶³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Ayres Brito. Julgado 29/05/2008.

posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

Quanto ao caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, defendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana seja considerado como absoluto como regra geral, nos casos específicos em que a efetivação de direitos sociais e fundamentais, como a saúde, seja a fundamentação para a efetivação desse direito como garantia de proporcionar as atividades vitais de cada indivíduo. Considerando então que somente em situações excepcionalíssimas esse caráter absoluto seja uma máxima no ordenamento jurídico brasileiro.

Por todos esses aspectos, conceitualmente, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que implica respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁶⁴.

2.2 Princípio da Proibição de Retrocesso Social

O que se pretende analisar, nesse momento, é a possibilidade da aplicação ou não do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, no ordenamento jurídico, com o propósito de restringir a liberdade de conformação do legislador na revogação ou alteração da legislação infraconstitucional que represente a implementação de direitos fundamentais sociais implícitos ou explícitos na Constituição Federal, com a finalidade de restringir normas que efetivem os direitos sociais.

A origem do princípio da proibição do retrocesso está vinculada à doutrina alemã com o objetivo de proteger os direitos sociais, constituídos e adquiridos pela sociedade e consagrados na Constituição Federal.

⁶⁴ SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

Esse princípio não tem fundamentação jurídica explícita no ordenamento jurídico, ocasionando uma divergência doutrinária sobre sua aplicabilidade ou não no Brasil, uma vez que suas normas não se encontram positivadas em nenhum regulamento normativo pátrio, como apresentamos a partir do posicionamento de diversos doutrinadores.

É o que podemos observar nas palavras de Nathalia Masson⁶⁵, para quem essa teoria não se encontra expressamente materializada no Brasil, sendo, no entanto, decorrente do sistema jurídico-constitucional, a ideia de que essa teoria foi acolhida pelo constitucionalismo pátrio como princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

Assim, é possível a proibição por parte do poder legislativo no processo de elaboração e de atualização de normas legais de promoverem a supressão dos direitos sociais, a partir da inserção do princípio da vedação do retrocesso social como proteção efetiva na garantia de direitos fundamentais já conquistados pela sociedade a partir da entrada em vigor de determinada norma legal.

Desse modo, cabe destacar que Indo Sarlet Wolfgang⁶⁶, um dos principais virtuosos desse princípio, argumenta que para o reconhecimento implícito do princípio da proibição do retrocesso social no contexto atual, torna-se necessário:

O reconhecimento implícito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição decorre dos argumentos presentes no entendimento de alguns princípios como: o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio do estado democrático e social de direito, que por sua vez impõe o mínimo de segurança jurídica para permitir a continuidade da ordem jurídica e a segurança contra medidas retroativas; o princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; o princípio da proteção da confiança, o qual impõe ao poder público o respeito à confiança depositada no Estado para garantir a continuidade da ordem jurídica.

No Estado contemporâneo, o reconhecimento implícito da aplicação na ordem jurídica nacional, do princípio da proibição do retrocesso social, dentre estes, o direito à saúde, e sua conexão direta com à dignidade da pessoa humana representa

⁶⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 437.

⁶⁶ SARLET, Indo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria dos Advogados, 2007, p. 23.

segurança jurídica a sociedade e as instituições democráticas e à preservação dos direitos adquiridos legalmente.

Igualmente foi o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁶⁷, ao afirmar, que no Brasil, este princípio não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entendendo, esse autor, que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Nesse sentido, a aplicação do princípio da Proibição do Retrocesso Social tem por objetivo proteger os direitos fundamentais determinados pela norma constitucional, garantindo ao cidadão segurança jurídica de existência e manutenção desses direitos, contextualizando-os como uma blindagem no exercício das competências do poder legislativo, que terão que observar os direitos constituídos anteriormente, tornando-se assim sua atuação legiferante limitada.

Com relação a essa discussão, Sérgio Renato Tejada Garcia⁶⁸ entende que:

Este princípio encontra-se inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Entende-se então que implicitamente as normas da Constituição Federal, possibilita, de forma implícita, de acordo com a doutrina, a possibilidade de se estabelecer limites na liberdade do legislador ao promover determinada alteração que estejam diretamente relacionadas aos direitos sociais, de forma a vedar o retrocesso na esfera desses direitos social fundamental a uma vida digna.

Ainda mais enfático sobre o tema, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁶⁹ esclarece que embora não prevista genericamente na Constituição brasileira, há alguns aspectos da proibição do retrocesso que estão positivados, como, por exemplo, o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal determina que “a lei não prejudicará

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. 2001, p. 158.

⁶⁸ GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. 2010, p. 78.

⁶⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p. 1324

o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e o art. 60, § 4º, IV, impede a Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, Jarbas Ricardo Almeida Cunha⁷⁰ aponta que sobre essa premissa fica evidente que o princípio da proibição do retrocesso social é um mecanismo de efetivação e aplicabilidade do direito à saúde, consistindo, assim, como meio de garantia de preservação das conquistas alcançadas pela sociedade ao longo dos anos, ao conter as reduções ou supressões dos níveis de efetividade e eficácia do direito à saúde.

Esclarece ainda José Joaquim Gomes Canotilho⁷¹ que os direitos sociais, uma vez tendo obtido certo grau de realização, passam a constituir tanto uma garantia institucional quanto um direito subjetivo, fato limitador da reversibilidade dos direitos adquiridos, o que, para ele, violaria o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.

No dizer de Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁷², o professor de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, representa a essência desse princípio ao pontificar que:

Após sua concretização ao nível infraconstitucional, os direitos sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.

Reconhecer os direitos sociais como direitos subjetivos, em conformidade com o autor mencionado, impõe aos membros do poder legislativo uma garantia de que o Estado terá a obrigação de colocar à disposição da população determinados direitos que adquiriram status de direitos adquiridos, que não mais poderão ser suprimidos pelo Estado Democrático de Direito como forma de proporcionar proteção e segurança jurídica aos cidadãos.

⁷⁰ CUNHA Jarbas Ricardo Almeida. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil. In: Anais do I circuito de debates acadêmicos da conferência de desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2011.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Liv. Almedina, 1991, p. 474.

⁷² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p. 1324.

Ao seu turno, Júlio Thalles de Oliveira Andrade⁷³ pontifica que este princípio proíbe o legislador de suprimir ou alterar normas infraconstitucionais que efetivem normas constitucionais de direitos sociais de forma a afetar sua eficácia. Dessa maneira, o legislador não pode simplesmente eliminar as normas e os atos concretizadores dos direitos sociais, pois isso equivaleria à retirada da eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais⁷⁴.

Para tanto, como percebe Nathalia Masson,⁷⁵ vê-se que não se trata de conferir imutabilidade às normas relativas a direitos sociais, mas segurança jurídica ao garantir que tais não sejam suprimidos, ou diminuídos em sua importância e alcance.

Evidencia-se então que ao poder legislativo, em obediência ao referido princípio, tem a função de limitar sua atuação, posto que este não poderá simplesmente excluir determinada norma infraconstitucional que versem sobre direitos fundamentais e sociais, uma vez que essa conduta seria uma afronta à eficácia das normas jurídicas e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, que confere aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência assegurada pela Constituição Federal.

Destarte, e em consonância com os esclarecimentos do Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁶, pontuamos o seguinte:

Entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.

Nesse sentido, George Marmelstein⁷⁷ esclarece que qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados.

⁷³ ANDRADE, Júlio Thalles de Oliveira. Os direitos fundamentais sociais à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2016, p. 186.

⁷⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p. 1324

⁷⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 437.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. 2001, p. 158.

⁷⁷ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, São Paulo: Atlas, 2008.

Como resultado da aplicação da teoria da proibição do retrocesso, Laura Spyer Prates⁷⁸ entende que seria possível admitir a argumentação da ausência de recurso, desde que a concessão de determinado direito já não estivesse assegurada, pois se sim, deveria ser observado, independentemente das condições financeiras em questão, mesmo que mais gravosas.

No entender de Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁷⁹, outro argumento que pode ser apresentado pelos defensores da autonomia da “proibição do retrocesso social” apresentado os ideais de Catarina Botelho seria que:

Uma vez concretizado um direito social, este ‘transforma-se em direito negativo’, isto é, num direito de defesa/abstenção, porquanto qualquer restrição ao grau de satisfação obtido deverá sujeitar-se a limites. Se isto é assim, uma regressão no âmbito dos direitos sociais consubstanciará um abuso do direito (*venire contra factum proprium*). Nesta esteira, os direitos sociais vinculam uma garantia constitucional de um ‘status quo / direitos adquiridos sociais.

Dessa forma, substrato teórico norteador dessa proteção, está relacionado com o dever dos entes federativos de aperfeiçoamento e incremento dos direitos sociais, com o propósito de promover progressivamente condições de vida digna ao sujeitos desses direitos subjetivos.

Esclarece ainda Sylvio Mota⁸⁰ que, segundo os defensores deste princípio, o legislador ordinário, tendo uma vez regulado certo direito social, não pode pretender alterar tal regramento de modo a restringir a abrangência anteriormente reconhecida ao direito em questão, ou mesmo revogá-lo da legislação ordinária.

Pondera-se então que a ausência de recursos financeiros por parte do Poder Executivo na efetivação de determinado direito social não o autoriza a promover, de forma unilateral, um retrocesso nos direitos sociais em que simplesmente o Estado possa excluir direitos social já definido por norma legal ou constitucional.

Tal assertiva foi corroborada pelos ensinamentos de Nathalia Masson,⁸¹ ao compreender que o que se proíbe são as agressões à efetividade da norma que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, acaso o legislador infraconstitucional tenha conferido concretude a um direito que dependia de sua

⁷⁸ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 84.

⁷⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso Direito Constitucional. Saraiva, 2019, p. 1324.

⁸⁰ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021. p.417.

⁸¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 456.

intermediação normativa, não poderá pura e simplesmente suprimir o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado anterior de omissão legislativa e consequente inefetividade.

Ademais, o princípio da vedação de retrocesso constitui-se em proteção do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas, vedando quaisquer medidas tendentes a anular, revogar ou aniquilar esse núcleo essencial, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios⁸².

Por sua vez, Nathalia Masson⁸³ asseverou que:

Tal ressalva apresenta-se ainda mais pertinente nos momentos de crise, nos quais medidas de austeridade são adotadas pelo Estado que, numa tentativa de controlar os gastos públicos e manter o equilíbrio financeiro, procura rever as opções político-legislativas de implementação de direitos. É nesse contexto que surge a chamada "jurisprudência da crise", que opera como uma tentativa das Cortes Constitucionais de preservar os direitos já consagrados, mas em harmonia com a ordem "transitória" e "excepcional" da crise.

É válido salientar que a partir do momento em que o legislador insere no ordenamento jurídico a garantia de determinados direitos, é-lhe vedado, desde esse momento, revogar essas disposições legais que o concretizam, retirando a eficácia plena que antes haviam-lhe conferido, ou modificar tal regramento, de modo a restringir a amplitude do direito social⁸⁴.

Nesse sentido, Kalini Vasconcelos Braz⁸⁵ massifica que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição Federal pode ser entendido como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais sociais, principalmente o direito à saúde, além de garantia dos progressos adquiridos pela sociedade ao longo dos anos, bem como as reduções ou supressões dos níveis de efetividade e eficácia do direito à saúde.

Pela observação dos aspectos analisados, verifica-se que o princípio da vedação do retrocesso social tem a função de defender os direitos sociais

⁸² GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. 2010, p. 23.

⁸³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 439.

⁸⁴ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021. p.417.

⁸⁵ BRAZ, Kalini Vasconcelos. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio de garantia constitucional ao direito à saúde. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. Brasília, 2016.

fundamentais, assegurando aos indivíduos a garantia do mínimo essencial e a defesa da dignidade da pessoa humana.

Considera-se então que a vedação do retrocesso ainda tem a função de concretizar os princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais, utilizando-se de normas infraconstitucionais.

Sobre essa premissa, exige-se por parte do poder judiciário intervenção jurídica, com o objetivo de tornar inconstitucional qualquer norma ou ato que venham excluir do ordenamento jurídico direitos fundamentais adquiridos, sem que exista previsão quando da revogação desses direitos, da adoção de políticas públicas que sejam capazes de substituírem de forma equivalente supostos direitos a serem extintos.

Observa-se ainda que a jurisprudência dos tribunais superiores também tem se pronunciado acerca do assunto. Nesse contexto, pode-se observar que Supremo Tribunal Federal, na defesa dos direitos sociais, tem, em diversos julgados, utilizado do Princípio da Proibição do Retrocesso Social nas suas fundamentações.

Assim, apresentamos as principais decisões do Supremo Tribunal Federal, em que há referência ao princípio da vedação de retrocesso social. Dentre as mais importantes, podemos mencionar as seguintes: ADI nº. 1.946/DF de 1999, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.065 Distrito Federal de 17 de fevereiro de 2000; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.105-8 Distrito Federal de 18 de agosto de 2004; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.104-0 Distrito Federal de 26 de setembro de 2007. E por fim o Agravo Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, 23 de agosto de 2011.

Nessa linha de raciocínio, é possível vislumbrar que, de forma indireta, o Supremo Tribunal Federal começa a referir-se ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI nº. 1.946/Distrito Federal⁸⁶ de 29 de abril de 1999, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

⁸⁶ Na ADI nº 1.946/DF, o Plenário, por unanimidade, decidiu “dar ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal”. É que, não tendo sido revogado por norma constitucional derivada, o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal não poderia ser tornado insubsistente pela mera aplicação do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, sob pena de se incorrer em retrocesso histórico. Sérgio Renato Tejada Garcia. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do STF, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. Rev. Doutrina 4ª Região, 36. 2010, p. 10.

Em relação à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.946, Sérgio Renato Tejada Garcia⁸⁷ considera que:

O STF manifesta pela primeira vez, fazendo menção ao princípio da vedação ao retrocesso, tornando-o aplicável no ordenamento jurídico ao mencionar o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea; houve uma aplicação, ainda que não tão evidente, do chamado princípio do não retrocesso.

Posicionamento contrário prepondera, com base no entendimento na doutrina majoritária, considerando a mesma que a primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal, fazendo referência ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, encontra-se inserida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 2.065 do Distrito Federal,⁸⁸ de 16 de fevereiro de 2000, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, quando da análise de constitucionalidade da Medida Provisória nº. 1.911-8, o eminente ministro manifestou-se pela aplicação do princípio da vedação de retrocesso social em relação à extinção dos órgãos de deliberação colegiada, revogando ainda os dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213/91, apreciando o aspecto democrático da gestão da Seguridade Social.

Referenciando esse marco histórico, Narbal Antonio Mendonça Fileti⁸⁹ esclarece que:

O STF lançou o primeiro pronunciamento sobre a matéria na ADI nº. 2.065-0 DF, na qual se debatia a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Não obstante o STF não tenha conhecido da ação, por maioria, por entender ter havido apenas ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o voto do relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação ao retrocesso social.

Sérgio Renato Tejada Garcia, em estudo, discorre que na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 3.105-8, do Distrito Federal, de 18 de agosto de 2004, foi

⁸⁷ GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do STF, Tribunais Reg. Federais e Turma Nacional de Uniformização. 2010.

⁸⁸ De acordo com Felipe Derbli, a primeira vez que o supremo se manifestou sobre o princípio da vedação social ao retrocesso, deu-se por incidência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 2.065-0 DF. DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na C. 1988. 2007, p. 189.

⁸⁹ FILETI. Narbal Antonio Mendonça O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009.

julgado improcedente, por maioria, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do caput do art. 4º da Emenda Constitucional nº. 41/2003, explicando que:

Reconheceu-se, então, ser devida a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos federais aposentados. Em voto vencido, em que julgava procedente o pedido, acompanhando a Relatora, Ministra Ellen Gracie, o Ministro Celso de Mello abordou o princípio da vedação de retrocesso social, lembrando o “caráter de fundamentalidade de que se revestem os direitos de natureza previdenciária.

Prosseguindo, o Ministro Celso de Mello discorre sobre o princípio da proibição do retrocesso, argumentando que:

O princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº. 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impedem que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Em sequência, no seu voto, o Ministro Celso de Melo ainda se manifesta a respeito do referido princípio, manifestando o seguinte entendimento:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Sérgio Renato Tejada Garcia⁹⁰ explica que na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 3.104-0/Distrito Federal, de 26 de setembro de 2007, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que analisava a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº. 41/2003, restou o entendimento da Corte Suprema que o art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/98 não criou direito subjetivo aos servidores

⁹⁰ GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. 2010, p. 52.

que não haviam implementado os requisitos para aposentadoria à data de sua publicação.

Ainda em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia discorre sobre o princípio da vedação de retrocesso social, mencionando que:

Haveria ofensa ao princípio da vedação de retrocesso social caso fosse extinta a possibilidade de aposentadoria, esse sim um direito social, não incidindo o referido princípio em se tratando de “adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer”. Prevaleceu, no caso, o entendimento de que não há direito adquirido a regime remuneratório para os servidores públicos estatutários.

Posteriormente, em 23 de agosto de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, de relatoria do Ministro Celso de Melo, faz menção ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ao afirmar que⁹¹.

A Proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos. A prestações positivas do Estado, como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar mediante supressão total ou parcial os direitos sociais já concretizados.

Em momentos ulteriores, é possível verificarmos a proibição do retrocesso social em manifestações do Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no Mandado de Segurança Nº. 24.875-1, do Distrito Federal, na relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁹¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011.

Desse modo mais enfático sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação desse princípio da vedação ao retrocesso social, Júlio Thalles de Oliveira Andrade⁹² assentou o seguinte:

A problemática da vedação ao retrocesso social foi apenas tangenciada pelo Supremo Tribunal Federal, mas essa temática não deve estar longe de ser enfrentada a fundo pelo guardião da Constituição Federal, pois além do tema estar sendo discutido com frequência pela doutrina nacional, a sistemática econômica de um mundo globalizado tem impulsionado o legislador a tomar decisões que atingem os direitos fundamentais sociais, fato que propicia uma análise da constitucionalidade de tais medidas.

Diante do exposto, fica evidenciado que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro do princípio do retrocesso social como forma de proteger os direitos adquiridos, diante da atuação do poder legislativo no processo legislativo, ou qualquer outro ato normativo de competência do poder executivo.

Assim, a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais deve, certamente, preservar as conquistas existentes, tanto pela concretização normativa como pelos novos posicionamentos jurisprudenciais⁹³.

O princípio da proibição do retrocesso social foi criado com o objetivo de impedir que o legislador utilizasse de práticas arbitrárias para remover estes direitos. É importante salientar que esta cláusula tem sido argumento a favor da imutabilidade dos direitos sociais alcançados em época de estabilidade econômica. Cumpre relembrar que o correto seria considerar a estabilidade destas garantias⁹⁴.

Com o propósito de finalizarmos essa temática, oportuno apresentarmos o estudo realizado por Kalini Vasconcelos Braz⁹⁵, analisando os possíveis retrocessos sociais da efetivação ao direito à saúde.

⁹² ANDRADE, Júlio Thalles de Oliveira. Os direitos fundamentais sociais à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2016, p. 193.

⁹³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 439.

⁹⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. Direito e Desenvolvimento, 2020. p. 217.

⁹⁵ BRAZ, Kalini Vasconcelos. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio de garantia constitucional ao direito à saúde. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. Brasília. 2016

Sobre essa premissa, a autora apresenta que a Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e a Lei nº. 13.097, de 2015, representam um verdadeiro retrocesso na garantia desse direito constitucional.

Norma Jurídica	Matéria Normatizada	Aspectos de retrocesso social
Lei nº 13.097, 2015	Passou a permitir a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde (art. 142)	Propicia a expansão do setor privado e consequente mercantilização do direito à saúde acentuando as desigualdades de acesso aos sistemas de saúde, desconsidera o núcleo essencial do SUS (caráter universal, igualitário e gratuito)
	Participação feita por meio de hospitais, inclusive filantrópicos, clínicas especializadas e pesquisas de planejamento familiar (art. 142, I e II)	
	Excluiu o § 1º do art. 23 da Lei nº 8.080, de 1990, que estabelecia a obrigatoriedade de autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), para investimento de capital estrangeiro, submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.	Revogação de norma infraconstitucional regulamentando norma constitucional programática sem a criação de mecanismo substitutivo
Emenda Constitucional nº 86 2015	Inclui uma nova base de cálculo para a aplicação do governo federal na saúde, executada gradativamente, iniciando no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda em 13,2% da Receita Corrente Líquida, até alcançar 15% após cinco anos do exercício financeiro	Não observância do caráter progressivo de investimentos em saúde, quando comparado com os investimentos no ano de 2014, promovendo reduções dos níveis de efetividade e eficácia do direito à saúde constitucional.

Quadro 01. Retrocessos sociais da efetivação ao direito a saúde

Fonte: Kalini Vasconcelos Braz. Direito sanitário. Brasília, Mar, 2016.

O Ministro Luís Roberto Barroso reconhece que o Princípio da Proibição de Retrocesso não se encontra de forma explícita no texto da Constituição Federal de 1988. Entretanto, sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro decorre de determinados princípios, tais como: Princípio do Estado Democrático e Social de Direito; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial.

É fácil postular que a não observância no Brasil do princípio do retrocesso social significa um aspecto negativo na efetivação do direito social à saúde, além de afrontar o direito adquirido e o princípio da segurança, colocando em risco a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, provocando, assim, um clima de instabilidade da ordem jurídica e do atual Estado social democrático de direito.

A estabilidade à qual nos referimos não pretende tornar a Constituição e as normas infraconstitucionais imutáveis, mas dar segurança jurídica e assegurar que se um direito for alterado, que passe por um longo processo de análise, para que venha beneficiar seus destinatários.

2.3 Princípio da Proporcionalidade

Conforme Marcos Rogerio Palmeira⁹⁶, o princípio da proporcionalidade teve seus primeiros contornos⁹⁷ na jurisprudência estadunidense, no final do século passado, como forma de combater o intervencionismo estatal na atividade econômica, rendendo-se ao dogma liberal do *laissez-faire*, ganhando importância quando aplicado aos direitos fundamentais no pós-guerra, principalmente na proteção de grupos sociais marginalizados.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na efetivação dos direitos fundamentais, com a finalidade de servir de parâmetro para as decisões que tenham por finalidade assegurar direitos sociais.

Quanto à fundamentação legal do Princípio da Proporcionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, Marçal Justen Filho, acrescenta que este não se encontra de modo expresso no texto da Constituição de 1988,⁹⁸ mas deriva da consagração normativa de uma pluralidade de princípios que podem entrar em conflito⁹⁹.

⁹⁶ PALMEIRA, Marcos Rogério. Direitos Fundamentais: Regime Jurídico das restrições. 2001. p. 142.

⁹⁷ Quanto a origem do Princípio da Proporcionalidade, Gilmar Mendes aborda as teses de Robert Alexy, que os relaciona com os Direitos Fundamentais, com o poder de polícia, sustentada por autores alemães, bem como com um direito suprapositivo; ainda, os estudos de Schlink, que os define como postulado geral do direito; e a tese da jurisprudência da Corte alemã que os analisa no contexto do Estado de Direito e os fundamenta a partir dos Direitos Fundamentais. Posteriormente, aborda a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de fundamentar o princípio da proporcionalidade, inicialmente com a doutrina do Excesso de Poder; em seguida, fundamentada como elemento integrante dos Direitos Fundamentais; e, hodiernamente, na jurisprudência mais recente, migrada dos Direitos Fundamentais para se constituir em elemento do direito ao Devido Processo Legal. Mendes, Gilmar Ferreira; Branco. Paulo G, Gonet. 2010. p. 217

⁹⁸ No Brasil, há uma vasta produção bibliográfica sobre o tema. Podem ser referidas três monografias clássicas, sendo uma de Raquel Denize Stumm (Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro), outra de Suzana de Toledo Barros (O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais) e outra de autoria de Paulo Armínio Tavares Buechele (O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição). JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. Revista dos Tribunais, 2022, p. p. 53.

⁹⁹ Consta, porém, da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999, art. 2.º, caput e parágrafo único, VI), que exige “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de dir. administrativo. Ver. Tribunais, 2022, p. 53.

Semelhante posicionamento é apresentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso¹⁰⁰, ao dispor que o Princípio da Razoabilidade-proporcionalidade é empregado de modo fungível, e que não está expresso na Constituição¹⁰¹, mas tem seu fundamento de validade nas ideias do devido processo legal substantivo¹⁰² e na de justiça.

Em síntese, o princípio da proporcionalidade deve ser compreendido como instrumento capaz de determinar a escolha da melhor opção, no caso concreto, entre várias possibilidades, determinando a efetividade de direitos fundamentais.

Ao seu turno, com o propósito de definimos significado para Princípio da Proporcionalidade, Paulo Bonavides¹⁰³ exorta que este deve ser compreendido como “aquele que se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.

Nesse contexto, diante da dúvida sobre qual direito fundamental deverá ser escolhido e posto à disposição da coletividade, o Princípio da Proporcionalidade poderá determinar o nível de importância e abrangência desses direitos, constituindo-se em resposta ao que deverá entre estes dar maior efetividade aos direitos sociais.

Disso resulta, de acordo com Eliomar Szaniawski¹⁰⁴, o resultado apresentado.

Princípio da proporcionalidade é operado através da verificação, pelo juiz, diante de determinado caso concreto onde surge o conflito de dois interesses legitimamente tuteláveis que são, os mesmos juridicamente protegidos. Em caso afirmativo deverão esses interesses, postos em causa, serem pesados e ponderados e seu resultado estabelecerá os limites de atuação das normas na verificação do interesse predominante. Deste modo, o magistrado, mediante minuciosa valoração dos interesses, decidirá, em que medida deve se fazer prevalecer um ou outro interesse, impondo as instruções necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.300.

¹⁰¹ Após ilustrar com exemplos concretos a tese de que a ideia de proporcionalidade pode ser vislumbrada a partir de diversas normas da Carta Política de 1988 (art. 5º, incisos V, X e XXV; art. 7º, incisos IV, V e XXI; art. 36, par. 3º; art. 37, inciso IX; art. 40, inciso III, alíneas 'c' e 'd', e par. 4º; art. 40, inciso V; art. 71, inciso VIII; art. 84, parágrafo único; art. 129, incisos II e IX; art. 170, caput; art. 173, caput e par. 3º, 4º e 5º; art. 174, par. 1º; e art. 175, inciso IV), p. 166.

¹⁰² No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da proporcionalidade não está expressamente na Constituição Federal, somente constando na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784/99.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Salvador, JusPodivm, 2020, p. 357.

¹⁰⁴ SZANIAWSKI, Eliomar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade, 2000, p. 113.

Partimos do pressuposto que a proporcionalidade tem a finalidade de servir de direcionamento para aplicações práticas dos diversos princípios jurídicos existentes no direito, sendo os interesses pesados e ponderados na valoração de interesses e proteção dos bens jurídicos, quais sejam, a vida e a saúde.

Assim, José Afonso da Silva¹⁰⁵, analisando a importância deste princípio, verifica a possibilidade de uso do mesmo no processo de validação dos atos do poder executivo ou do poder legislativo, compreendendo que:

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional.

Disso resulta, de acordo com Célia Regina Capeleti e Pedro Walter Guimarães Tang Vidal¹⁰⁶, a compreensão de que o Princípio da Proporcionalidade, na condição de parâmetro para a efetivação dos Direitos Sociais, atua como orientador das escolhas dos Poderes Públicos, servindo de parâmetros para todos os poderes constituídos pelo constituinte originário, como se vislumbra nos ideais apresentados pelos autores mencionados.

O Executivo deve observá-lo na elaboração e instituição de Políticas Públicas, a fim de que estas sejam instrumentos para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, observando os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois, se de um lado os recursos são escassos, de outro o Administrador deve fazer escolhas que otimizem sua utilização. O Legislativo, da mesma forma, deve observar a Proporcionalidade na elaboração das regras necessárias à efetivação dos Direitos Sociais, especialmente levando em conta que grande parte desses direitos são normas de eficácia limitada. O Judiciário, como controlador dos atos do Administrativo e do Legislativo, deve considerar a Proporcionalidade como critério para aferir a constitucionalidade de tais atos, verificando a adequação da medida, ou seja, se os meios utilizados são os mais adequados segundo os critérios da necessidade e de menor afetação de outros direitos correlatos ou tangencialmente afetados pela medida.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26.

¹⁰⁶ CAPELETI, Celia Regina. VIDAL, Pedro W. Guimarães Tang. Direitos Sociais e sua efetivação: uma análise dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso social. 2016, p. 85.

Sobre essa sistemática, evidencia-se que os três poderes poderão utilizar-se desse princípio com finalidades específicas, em decorrência das funções típicas a serem desenvolvidas por estes, de acordo com suas competências constitucionais na efetivação dos direitos fundamentais.

Ainda mais enfático sobre o tema, Péricles Asbahr¹⁰⁷ pontifica que:

Para concluir, adverte-se que o princípio da proporcionalidade não é critério útil somente para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos humanos à saúde, mas também para, reflexivamente, balizar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse aspecto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito humano à saúde, também deve estar consciente que sua ordem deve ser adequada, necessária, não excessiva e proporcional em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, por diversas razões, encontra-se referendado pela doutrina como devido processo legal em sentido substantivo, ou princípio da proibição do excesso, servindo de pressuposto de validade material dos atos do poder legislativo ou do poder executivo, na análise do conteúdo que versem sobre a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, servindo de limites jurídicos ou vedando excessos na restrição de determinados direitos, como forma de proteger a coletividade de decisões arbitrárias por parte dos poderes constituídos.

Ainda mais enfático sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁸ pontifica que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado adequadamente como solucionador de conflitos entre os direitos fundamentais e deve basear-se na ideia geral da dignidade da pessoa humana. Evidente então que o princípio da proporcionalidade impõe que a medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados de saúde¹⁰⁹.

Existe determinados critérios ou dimensões que deverão nortear a aplicação do Princípio da Proporcionalidades, conforme passamos a apresentá-los, referenciando sua origem no Direito Constitucional da Alemanha e suas intervenções no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁷ ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o dir. humano à saúde. R. de Dir. Sanitário. 2004, p. 25.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório 1013 de Jurisprudência. São Paulo: IOB, 1/18145, 2003, p. 178.

¹⁰⁹ ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o direito humano à saúde. V. Dir. Sanitário. 2004. p.24.

Em estudo apresentado por José Afonso da Silva,¹¹⁰ consolida-se que a doutrina pátria, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem apontado três dimensões ou critérios para aplicação do Princípio da Proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses critérios têm servido de pressupostos para a doutrina e a jurisprudência, na efetivação de direitos sociais relacionados aos serviços em saúde executados pelo poder público.

Nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares¹¹¹ apresenta que o critério da proporcionalidade, em sentido amplo, tem embasamento na existência de três elementos imprescindíveis para sua aplicabilidade fática, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito.

O autor referenciado entende que os dois primeiros elementos citados correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica destes.

Em conformidade com André Ramos Tavares¹¹², quanto ao primeiro elemento, que corresponde à conformidade ou adequação dos meios, este tem a função de representar de forma direta.

A necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado. Não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) com o emprego do meio selecionado.

Inspirado nesse parâmetro, Suzana de Toledo Barros¹¹³ vislumbra que o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 24.

¹¹¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 294.

¹¹² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 294.

¹¹³ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: 1996, p. 74.

Referindo-se ao segundo elemento, André Ramos Tavares¹¹⁴ ensina que a necessidade ou exigibilidade equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins.

Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão, exigindo-se, nessa medida, a escolha do meio menos gravoso, do mais suave para alcançar o valor desejado.

Ainda mais enfática sobre o tema, Suzana de Toledo Barros¹¹⁵ entende que a medida restritiva será indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Em conclusão da análise desses requisitos, verifica-se que o terceiro elemento faz referência à proporcionalidade em sentido restrito, consolidando-se na relação existente entre os meios e os fins necessários para melhor direcionar o poder judiciário na melhor escolha para efetivações dos direitos jurídicos, ponderando em ação jurisdicional.

Isso significa, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Sintetizando esse assunto, Robert Alexy¹¹⁶ observa que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Ao seu turno, Paulo Bonavides¹¹⁷ alerta que o aspecto chave é a ponderação, a relação custo-benefício, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 294.

¹¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: 1996, p. 76.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales: C. Est. Constitucionales, 1993. p. 117.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Salvador, JusPodivm, 2020, p. 151.

resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Entretanto, os fatores financeiros não serão suficientes para justificar a ausência de assistência médica ou hospitalar por partes do Estado.

Na perspectiva de José Afonso da Silva¹¹⁸, os critérios ou elementos correspondentes aos requisitos do Princípio da Proporcionalidade, correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de medida limitadora:

- a) O meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?
- b) O meio escolhido foi o mais suave ou o menos oneroso entre as opções existentes?
- c) O benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou?

Segundo posicionamento do Ministro Luis Roberto Barroso¹¹⁹, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade consiste de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Duas importantes funções reconhecidas pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em possibilitar o controle dos atos discricionários praticados pela Administração Pública e servir de parâmetro de interpretação diante de casos concretos na defesa dos direitos sociais fundamentais.

Esclarece ainda Paulo Bonavides¹²⁰ que a adoção do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional acabou por contribuir na conciliação do direito constitucional formal com o direito constitucional material, possibilitando as exigências das garantias transformações sociais sem abalar o princípio da separação de poderes nem o já superado critério da legalidade.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 300.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Salvador, JusPodivm, 2020, p. 328.

Outro aspecto jurídico que merece atenção é a relação do princípio da proporcionalidade com a técnica de ponderação. Nesse sentido, Gustavo Binimbojm¹²¹ compreende que a técnica da ponderação encontra aplicação recente tanto nos países da *common law*, representando uma forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente.

Nesse contexto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal refere-se ao uso da técnica da ponderação como instrumento auxiliador do postulado da proporcionalidade.

Confira-se significativo trecho de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que guiou o Plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal nº. 2.257-6, São Paulo:

O princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

¹²¹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. 2005. p.100.

Narra Suzana de Toledo Barros¹²² que o interprete, ao analisar a possibilidade de realizar essa ponderação, terá a possibilidade de usar como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade.

Diante do exposto, concluímos que o Princípio da Proporcionalidade, reconhecido implicitamente pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais, consiste em proteger a sociedade contra os abusos dos agentes públicos na efetivação de direitos e ainda ser de fonte de interpretação para os magistrados diante da necessidade de solucionar casos concretos, em conformidade com as normas constitucionais.

2.4 Princípio da Efetividade dos Direitos Sociais

À guisa de conceituação, o Princípio da Efetividade dos Direitos Sociais está voltado para a realização do direito à saúde no Brasil, em conformidade com o que determina a Constituição Federal e as normas infraconstitucional existentes no ordenamento jurídico vigente.

Para compreendermos o significado gramatical do termo efetividade, apresentamos o que define o dicionário Antônio Houaiss,¹²³ para quem efetividade significa: “caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo, faculdade de produzir um efeito real, capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente”.

Nessa perspectiva, o Ministro Luís Roberto Barroso¹²⁴ defende que a efetividade tem por função proporcionar a realização dos direitos fundamentais,

¹²² BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 177.

¹²³ Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Rio de Janeiro, ed. Objetiva, 2001, p.1102.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. p. 85. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2001, p. 90.

desempenhando concretamente sua função social, representando, assim, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizando a aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A efetividade do direito social à saúde representa garantia dos direitos fundamentais como forma de garantir os instrumentos necessários para consagração do princípio da dignidade humana.

As normas de direitos fundamentais, segundo Ewerton Teixeira Bueno¹²⁵, devem ser aplicadas de forma imediata, irradiando os seus efeitos nas situações subjetivas que normatizam, obrigando o Legislativo, Executivo e o Judiciário, a desenvolverem meios, dentro de suas funções Constitucionais, para tornarem plenamente eficazes os direitos individuais e sociais fundamentais.

Quanto à eficácia e aplicabilidade do direito social à saúde, já está consolidado na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores como norma declaratória de princípios programáticos de aplicação imediata.

Corroborando com esse posicionamento doutrinário, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso¹²⁶ destacou que:

A essência da doutrina da efetividade estar consolidada em tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela, por meio da ação e da jurisdição, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Diante do exposto, torna-se vidente que as normas relacionadas ao direito social à saúde requerem uma aplicação imediata, para que seja efetivada de forma direta a prestação deste serviço à sociedade como um todo.

Rafael Bertramello acrescenta que, embora a Constituição tenha listado a saúde como direitos sociais, observa-se que não bastou positivar ou reconhecer sua importância, pois quanto mais consagrados, mais difícil se torna sua efetividade. Não obstante, como se trata de direitos a prestações, é preciso que se analise a

¹²⁵ BUENO, Ewerton Teixeira. Efetividade dos Direitos Sociais. R. Int. Direito Cidadania, 2009, p. 40

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. p. 85. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2001, p. 414.

aplicabilidade destes, mediante sua condição, levando-se em consideração que não há norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade¹²⁷.

José Afonso da Silva¹²⁸ menciona que antes da Constituição de 1998 não havia nenhuma regra relacionada à garantia do direito social à saúde e comenta ainda que o direito¹²⁹ a ela agrega a natureza negativa, ou seja, não cabe ao Estado ou a qualquer ente prejudicar a saúde da população. O direito à proteção da saúde é uma garantia do Estado Social de Direito em proporcionar vida digna.

Além disso, todo cidadão possui direito às medidas e prestações oriundas do Estado e entes federados, cuja finalidade seja a prevenção e o combate às doenças.

Verifica-se que o direito à saúde está longe de se concretizar eficazmente, na prática, pois o acesso da população ao atendimento médico, aos exames hospitalares, às cirurgias, às medicações, aos leitos hospitalares, está longe da necessidade e das demandas apresentadas. Tem-se que a infraestrutura na saúde é muito deficiente, considerando que a população brasileira está carente, doente, desnutrida. Mesmo nos centros mais equipados, existe lista enorme de demanda reprimida¹³⁰.

Nesse contexto, Maria Madalena Salsa Aguiar¹³¹ esclarece que a busca da efetividade dos direitos fundamentais dá relevo à questão dos direitos sociais. Fruto do amadurecimento de novas exigências, de novos valores, como, por exemplo, os do bem-estar econômico e social, a observância dos direitos sociais do homem pelo Estado torna-se um imperativo, não só destinado a garantir a cidadania, mas também a construir e consolidar um processo de efetiva democracia.

Evidente então que a inércia do poder legislativo na elaboração de normas que venha possibilitar a efetivação do direito social à saúde é um problema apresentado constantemente como já mencionado, e nesse mesmo sentido a jurisprudência pátria também tem se posicionando quanto a essa temática.

¹²⁷ BERTRAMELLO, Rafael. Os direitos sociais: conceito, finalidade, teorias. Jusbrasil, 2013. Não paginado. Disponível em Acesso em: 13 de fevereiro, 2023.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da Silva. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. Ed. 1998, p. 66.

¹²⁹ Ensina Norberto Bobbio que o direito implica no seu amparo no contexto das leis para que se efetive. "Há uma enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos dos homens e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1992, p. 83.

¹³⁰ RIBEIRO, Ronei Plácido. Direitos sociais na Const. e sua efetividade jurisdicional. 2015, p. 50.

¹³¹ AGUIAR, Maria Madalena Salsa. "A efetividade dos direitos sociais e a tutela jurisdicional." Revista da Esmafe, Vol. 13. 221-230. 2007. p,22.

Sobre essa temática, merece ressalva o entendimento de Maria Madalena Salsa Aguiar¹³², que entende que:

Nessa esteira, boa parte da jurisprudência ainda considera que, diante da omissão do Legislativo, não é dado ao juiz, arvorando-se em legislador, criar o direito novo para caso concreto, sob pena de violar o princípio da independência dos poderes. O mesmo autor conclui que “a magistratura brasileira” tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da “segurança jurídica” e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos.

Ronei Plácido Ribeiro¹³³ acrescenta que em momentos em que os poderes executivo e legislativo permitem o vácuo na esfera de efetivação de direitos, o ativismo judicial insere-se como legítimo instrumento para tutelar a dignidade da pessoa humana inerente à consolidação de direitos mínimos.

Para esse autor, a judicialização das demandas sociais do direito à saúde demonstra-se como verdadeiro pedido de socorro da sociedade à derradeira trincheira, isto é, ao último órgão legitimado a conceder aquela prestação material, e que se não fosse a inércia injustificada dos demais poderes, sequer precisar-se-ia exercer essa função¹³⁴.

Em completo a esse entendimento, Maria Madalena Salsa Aguiar¹³⁵ constata que, para efetivar os direitos sociais através da tutela judicial, faz-se necessária a adoção de mecanismos processuais adequados (ações, medidas judiciais, princípios), capazes de efetivar tais direitos, atingindo o resultado prático pretendido, seja adotando providências alternativas, seja recorrendo à indenização, caso resulte inviável recorrer a outros modos para o cumprimento em espécie da obrigação estatal.

Esse entendimento pode ser visualizado na decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que o seguinte:

Se por um lado não é atribuição do Poder Judiciário a formulação e a implementação de políticas públicas, “tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por

¹³² AGUIAR, Maria Madalena Salsa. “A efetividade dos direitos sociais e a tutela jurisdicional.” Revista da Esmafe, Vol. 13. 221-230. 2007. p,228.

¹³³ RIBEIRO, Ronei Plácido. Direitos Sociais na Constituição de 1988 e efet. jurisdicional. 2015. p. 45.

¹³⁴ RIBEIRO, Ronei Plácido. Direitos Sociais na Constituição de 1988 e efet. jurisdicional. 2015, p. 45.

¹³⁵ AGUIAR, Maria Mad. Salsa. A efetividade dos direitos sociais e a tutela jurisdicional. 2007. p,228.

descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

Evidente então, a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a competência que assume o poder judiciário brasileiro na efetivação do direito social à saúde, em detrimento de omissão do Poder Executivo, que tem atribuição constitucional na prestação de serviços de saúde à população.

Em síntese, Carlos Bernardo Alves Aarão Reis¹³⁶ explica que não se pretende a substituição do Executivo pelo Judiciário, mas, tão somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este pode agir para compelir aquele a respeitar a vontade política do Constituinte Originário.

O Ministro Luís Roberto Barroso¹³⁷ afirma que a partir desse postulado, o poder judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização dos direitos fundamentais e sociais estabelecidos na Constituição. Sobre essa temática, a doutrina da efetividade serviu-se como metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição, é para ser cumprido.

Esse entendimento de que o poder judiciário pode atuar diante das omissões dos Poderes Legislativo, e principalmente o Poder Executivo, na efetivação dos direitos sociais à saúde, encontra posicionamento contrário. Nessa esteira, boa parte da jurisprudência ainda considera que, diante da omissão do Legislativo, não é dado ao juiz, arvorando-se em legislador, criar o direito novo para caso concreto, sob pena de violar o princípio da independência dos poderes¹³⁸.

A alegação é descabida, porque o que o titular do direito social violado pede ao juiz não é obviamente a implementação de um programa de ação governamental, mas sim a satisfação de um interesse próprio da parte, fundado em direito fundamental¹³⁹.

¹³⁶ REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, 2005, p. 53.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, Distrito Federal: 2009, p. 414.

¹³⁸ FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo, 2005, p. 99.

¹³⁹ BUENO, Ewerton Teixeira. Efetividade dos Direitos Sociais. R. Inter. D. Cidadania, 2009, p. 42.

Fábio Konder Comparato¹⁴⁰ aduz, de forma brilhante, que:

É incabível alegar que, em tais situações, Judiciário nada tem a fazer, pois os direitos sociais só se concretizam mediante a implementação de políticas públicas, que entram na competência exclusiva do Poder Executivo.

Esse entendimento pode ser retrógrado, uma vez que, nas palavras de Canotilho, o magistrado precisa desenvolver para a sociedade decisões capazes de garantir a realização prática de direitos fundamentais.

Assim é o entendimento de Canotilho¹⁴¹.

O juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante ele, reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelas decisões políticos-representativos.

A efetividade dos direitos fundamentais sociais constitui, já a partir da sua própria caracterização, como direitos fundamentais, tema recorrente na literatura jus constitucional, sem que se tenha, ainda, chegado a conclusões unânimes¹⁴².

2.5 Princípio da Igualdade

O chamado Princípio da Igualdade, ou Princípio da Isonomia, *a priori*, refere-se a conceito jurídico, que propõe tratamento de igualdade¹⁴³ entre as pessoas, de forma a serem julgadas da mesma maneira e sem distinção ou exclusão.

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248-24.

¹⁴¹ Canotilho, José Joaquim Gomes, Estudos Sobre os Direitos Fundamentais, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição brasileira, 2ª edição portuguesa, São Paulo, 2008, p. 268

¹⁴² SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. Brasília a. 44 n. 175. 2007, p. 219.

¹⁴³ Luís Roberto Barroso e Aline Osorio, mencionam que no mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. BARROSO, Luís Roberto. OSORIO, Aline. Sabe com quem está falando? Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. 2016. p. 208.

De acordo com Maren Guimarães Taborda,¹⁴⁴ a ideia de que "todos" os homens são iguais, independentemente de sua origem social, gênero, idade, etc., pedra angular da ética cristã, só recebeu formulação concreta, em termos jurídico-políticos, na era das grandes revoluções liberais, mais precisamente com a "Virgínia Bill of Rights", de 12 de junho de 1776.

Importante mencionar que no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição atual, é possível verificar a presença do princípio da igualdade.

Assim, a essência do Princípio da Igualdade encontra-se nas célebres ideias de Aristóteles, para quem a igualdade conste em "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigalam".

Nesse contexto, João J. Gomes Canotilho postula que o Princípio da Isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário, quanto como proibição de tratamento discriminatório¹⁴⁵.

No dizer de Leny Pereira da Silva,¹⁴⁶ o Princípio da Igualdade sofreu várias interpretações até os dias atuais, no entanto, para alguns doutrinadores, é o mais importante de todos os princípios jurídicos. Esse princípio constitucional pode ser classificado quando ao seu alcance em dois sentidos: Sentido material ou substancial. Assim, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens, proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida, dentre eles podemos mencionar o acesso ao direito social à saúde.

O princípio da igualdade se aplica, de acordo com a Constituição, em duas vertentes, sendo uma no legislativo e outra no executivo, na elaboração de leis, atos normativos e medidas provisórias, os quais são impedidos de criar algo que diferencie as pessoas que estejam em relações iguais. Por outro lado, a interpretação deve ser de forma igualitária, sem qualquer distinção por qualquer que seja.

Argumenta, no mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso,¹⁴⁷ ao mencionar que a igualdade apresentada pode ser em sentido material ou sentido substantivo, conforme explica:

¹⁴⁴ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*. 1998, p. 25.

¹⁴⁵ J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação Legislador*, Coimbra, 1982, p. 381.

¹⁴⁶ SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e princípio da reserva do possível*. s.d. 65 f. Monografia (Especialização em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público. 2018, p. 56.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.112.

A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem livres de privações, com a satisfação adequada de suas necessidades vitais essenciais. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo.

No entendimento de Alexandre de Moraes,¹⁴⁸ com a aplicação desse princípio, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, mostrando-nos que o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualam, é exigência do próprio conceito de justiça, ou ainda, que o princípio da isonomia protege certas finalidades.

Nesse sentido específico, refere-se à finalidade de promover o direito à saúde como parâmetro justiça social aos menos favorecidos em uma sociedade constituída em diferentes classes, sendo que o requisito de diferenciação dos indivíduos formadores desta é o poder aquisitivo.

Com relação ao tratamento dado pelo constituinte originário ao princípio em estudo, Diego Daniel Ferraz de Oliveira Medrad e Alexandre de Lima Silva¹⁴⁹ corroboram com o seguinte posicionamento:

O princípio da igualdade é um dos fundamentos em nossa Constituição da República Federativa do Brasil, então levando em conta que temos que seguir sempre a carta magna brasileira, temos que seguir a reserva do possível, que assim, trataremos todos de forma igual, pois em detrimento de um prejudicamos muitos, sendo que onde poucos em nosso país tem acesso à justiça, ou conhecimento para buscar tais direitos a saúde. Assim os poucos que procuram a justiça em detrimento a sua saúde então sendo beneficiados e os outros não indo de encontro com a Constituição Brasileira e com a isonomia em que nela versa em seu artigo quinto.

Na prática, veda-se com o princípio da igualdade ações discriminatórias e arbitrárias por parte dos agentes públicos na efetivação dos direitos sociais à saúde, sem que haja uma afronta às normas constitucionais, levando-se em consideração as

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 482.

¹⁴⁹ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p.23.

particularidades em cada caso específico, justificando, com base na dignidade da pessoa humana, acesso de forma universal e igualitária às ações em saúde.

Argumentam nesse sentido os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁵⁰ que os direitos sociais constituem liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Os mesmos autores¹⁵¹, inspirados em tais parâmetros, pontuam que a Constituição Federal adotou o Princípio da Igualdade de Direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

O Princípio da Igualdade tem posição proeminente no sistema constitucional brasileiro: Penetra, informa, dá conteúdo aos demais direitos e garantias constitucionais, não sendo aleatório que o art. 52, caput, da CF de 1988 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: "enuncie" a isonomia antes mesmo e à frente da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que institui.

Acrescenta-se ainda que o Princípio da Isonomia tem influência no processo de elaboração das normas legais, posto que o legislador não poderá propor leis violadoras da igualdade jurídica e social. Assim, ao editar norma legal que tenha a finalidade de nortear o comportamento do indivíduo, não poderá ignorar a isonomia, de forma a evitar atos discriminatórios, racistas ou preconceituosos.

Sobre essa ótica, Leny Pereira da Silva¹⁵² menciona que o grande estudioso do princípio da igualdade no Brasil deu-se pelo trabalho monográfico elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello, com o tema "O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade," que esclarece que em nenhuma hipótese pode a lei estabelecer discriminações.

¹⁵⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Método, 2023.

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 482.

¹⁵² SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e princípio da reserva do possível. 2018, p. 23.

Em síntese, ainda Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵³ esclarece que para que um *discrímen legal* seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram com quatro elementos:

1. Que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo.
2. Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de Direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados.
3. Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles estabelecida pela norma jurídica.
4. Que, in concreto, o vínculo de correlação suprarreferida seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Diante do exposto, analisaremos a relação direta do Princípio da Igualdade, servindo de parâmetro para os entes federativos na efetivação do direito social à saúde.

A saúde tem como fundamento essencial a liberdade, pois os indivíduos têm o direito de interagir com o ambiente em que estão inseridos, da mesma forma, quando doentes, tais indivíduos podem escolher se desejam ou não serem tratados e pela opção terapêutica adequada¹⁵⁴.

Evidente, então, que para os cidadãos brasileiros que não possuem condições financeiras, para realizar tratamento médico na esfera privada, ou até mesmo para aquisição de determinados medicamentos, resta configurada a obrigação do poder estatal em proporcionar acesso às ações de saúde.

Sobre essa premissa, Motta Sylvio¹⁵⁵ pontifica que:

O Estado deve garantir aos mais fracos e carentes as mínimas condições de uma existência digna, como exigência inarredável de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que não pode deixar de ter como um de seus objetivos a busca efetiva da justiça social.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito administrativo. JusPodivm, 2021. p.41.

¹⁵⁴ NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Determinantes sociais da saúde: O embate teórico e o direito à saúde. v. 16, n. 2. 2012. Disponível em. Acesso em 15 jan. 2023.

¹⁵⁵ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021.p, 402.

Esclarece Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁵⁶ que o Princípio da Igualdade, no âmbito da prestação dos serviços públicos, identifica-se com o princípio da impessoalidade que rege toda a Administração Pública. Dessa forma, o Poder Público e o delegatário têm o dever de prestar o serviço público, de maneira igualitária, a todos os particulares, que satisfaçam as condições técnicas e jurídicas, sem qualquer distinção de caráter pessoal.

Ainda mais enfático sobre a responsabilidade do Estado, na efetivação do direito social a saúde, Motta Sylvio¹⁵⁷ pontifica que:

Cabia então ao Estado pôr em prática uma série de políticas públicas que visassem justamente a conferir tais condições materiais, de modo a assegurar um mínimo de igualdade entre os membros da sociedade. Tais Constituições são, assim, caracterizadas por prever os chamados direitos sociais, encartados entre os direitos fundamentais de segunda geração, a exemplo dos direitos ao trabalho, à saúde, à educação, entre outros. Enfim, direitos que se voltam a obter uma igualdade real entre os indivíduos, em complemento à igualdade formal assegurada pelo modelo anterior de Constituição. As Constituições são denominadas também dirigentes. Dirigem, orientam, norteiam e conduzem as ações a serem promovidas pelo Estado para a busca da igualdade real.

Em conformidade com essa norma constitucional, ressalta-se na atualidade a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, diante de descumprimento do Princípio da Igualdade no acesso aos serviços em saúde médica hospitalar e com o propósito de dar efetividade a esse direito fundamental, a possibilidade de ser demandada por qualquer usuário do Sistema Único de Saúde, requerendo o cumprimento judicial de determinado tratamento de saúde ou ainda de fornecimento de determinado medicamento.

Com relação à intervenção do Poder Judiciário, na efetividade desse direito, Mirian Pelegrino e Eduardo Manuel Val¹⁵⁸ apontam que na seara do direito público no atendimento à saúde, o reconhecimento judicial apenas em favor dos demandantes pode significar fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, evidenciando um modelo excludente das minorias, daqueles que mais necessitam e não têm acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. Método, 2022, p. 234.

¹⁵⁷ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. 2 Método, 2021.p, 144.

¹⁵⁸ PELEGRINO, Mirian. VAL, Eduardo Manuel. Judicialização Saúde uma questão de Justiça. 2019.

Exemplifica Leny Pereira da Silva¹⁵⁹ que nas hipóteses de fila para transplante de órgãos, para realização de determinados tratamentos, aqueles que estão na fila são preteridos, uma vez que a decisão judicial para atender aquele outro tem que ser respeitada.

Sendo assim, a igualdade constitui o princípio regulador das atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo no processo de elaboração das normas pertinentes aos serviços públicos em saúde e diretamente aplicadas ao Poder Executivo em todas as unidades federativas, levando-se em consideração suas competências constitucionais na obrigação de proporcionar aos cidadãos acesso a ações em saúde.

O princípio da igualdade sofreu várias interpretações até os dias atuais. No entanto, continua sendo princípio basilar de nossa ordem constitucional. No sentido material ou substancial, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens, proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida¹⁶⁰.

Diante do exposto sobre os princípios jurídicos que norteiam a efetivação do direito social à saúde, passamos a fazer algumas ponderações. Assim, ao elencar possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao Direito à Saúde, sobleva-se a espinha dorsal do sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Uma interpretação constitucionalmente adequada da dignidade da pessoa humana como ideia fonte do sistema de direitos fundamentais deve compreender uma composição analítica de todos os outros princípios ramificados. Identificar e delimitar a amplitude desse princípio é um dos maiores desafios do Direito Constitucional contemporâneo. O uso desmedido e irrefletido desse princípio, em vez de fortalecê-lo, enfraquece-o.

Prepondera-se que a possibilidade de o Judiciário vir a efetivar o Direito à Saúde é, muitas vezes, temerosa. Isto porque é imprescindível observar os dados da realidade, ou seja, elementos do mundo dos fatos que influenciam na aplicação do Direito à Saúde ligado à dignidade da pessoa humana, como a reserva do possível, e, até mesmo, no próprio ordenamento pátrio, a separação dos poderes – ativismo judicial.

A partir desse entendimento, surge para o Estado Democrático de Direito a necessidade de manter a segurança jurídica aos cidadãos, em oposição a medidas

¹⁵⁹ SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e princípio da reserva do possível*. 2018, p. 24

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2015, p. 23-45.

que tenham por finalidade extinguir ou reduzir direitos já adquiridos. Neste pleito, demonstra-se a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social exerce sobre o direito fundamental à saúde, visando assegurar a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução.

Por outro lado, face à coexistência de direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, o mecanismo de solução é a relativização. Sendo o direito à saúde um princípio, quando da colisão com outro direito fundamental admitirá ponderações, de forma que, em determinado caso, poderá haver a necessidade de concretização de um outro direito fundamental em detrimento do direito à saúde. Assim, caberá ao judiciário a verificação da legitimidade desta relativização à luz do princípio da proporcionalidade, analisando-se também a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos feitas pela administração pública.

Como se observa neste estudo, muitas são as normas constitucionais que tratam diretamente da saúde, o que demonstra preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade aos mandamentos constitucionais. Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais em que esteja em jogo a realização do direito à saúde. São amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, máxime se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Mas a problemática ainda assola a aplicação do direito à saúde, uma vez que sua eficácia não poderá ultrapassar limites que lhes são impostos.

Note-se que, infelizmente, assim como o cenário de outros direitos sociais, o direito à saúde depara-se com empecilhos de caráter administrativo, jurídico, social e orçamentário para ser concretizado. Dado que a infrutífera distribuição dos recursos financeiros públicos no Brasil provoca a inviabilidade de atender a todos que necessitem dos serviços públicos na área da saúde, ocasionando a inobservância e infração do princípio constitucional da igualdade ou da isonomia.

Dessa maneira, o custeio de tratamento médico e a aquisição de medicamentos de alto custo sem licitação, por exemplo, na via judicial, requer um gasto maior por parte da administração pública, e desse modo, outro grupo de enfermos/cidadãos que se mantêm inerte quanto a delonga na disponibilização de tratamento/medicamento na via administrativa são atingidos negativamente, evidenciando claramente a quebra do princípio da isonomia entre os cidadãos brasileiros acometidos com enfermidades semelhantes.

3. DIREITO SOCIAL À SAÚDE

3.1 Conceito de Saúde

Para a literatura médica, não há um conceito exato de saúde, sendo sempre relacionada com a ausência de doenças e o bem-estar físico e mental do indivíduo. Contudo, existem outras maneiras de delinear saúde. Para tanto, saúde pode ser definida no sentido social, físico e mental.

Assim, saúde social está relacionada com a qualidade dos relacionamentos sociais que o ser humano possui, uma vez que para manter as outras esferas da saúde em simetria, o indivíduo precisa ter uma rede de apoio harmônica. Ademais, a saúde física está para o corpo em pleno estado de funcionamento, caracterizando o bem-estar físico. Por fim, a saúde mental é alusiva à qualidade de vida emocional e como as emoções são administradas.

Nesse sentido, Leonardo Machado Costa¹⁶¹ compreende que o conceito de saúde adotado pela Constituição Federal alinhou-se ao já preconizado pela Organização Mundial da Saúde, formulado em sua Constituição de 1946, tratando-se de um conceito amplo, envolvendo não somente a ausência de doenças físicas e mentais, mas também o completo bem-estar físico, mental e até mesmo social.

Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, definiu saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade. Diante disso, pode-se inferir que a saúde se apresenta no melhor estado social, físico e mental do indivíduo.

Analisando a definição de saúde definida pela organização mundial de saúde, Denise Vieira Travassos¹⁶² considera que:

O conceito de saúde abrangente da Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946) definido “como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”, foi determinante para o reconhecimento deste direito fundamental do ser humano, consolidando a concepção da necessidade de integração do indivíduo na sociedade.

¹⁶¹ COSTA, Leonardo Machado. Direito à Saúde adotado pela CF/88 e suas consequências. 2022.

¹⁶² TRAVASSOS, Denise Vieira et al. Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. Ciênc. Saúde coletiva. 2022. p. 3420.

Complementando esse entendimento, José Cretella Júnior¹⁶³, na obra “Comentários à Constituição de 1988”, citando Zanobini, asseverou:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico, que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos esses bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte.

Nesse contexto, o direito à saúde deve servir de premissa constitucional no desenvolvimento da atividade econômica nacional, em decorrência do princípio da ordem econômica, consubstanciado em proporcionar vida digna.

Por ser a saúde, assim, imprescindível na vida dos indivíduos, é que foi acolhida na legislação como um direito fundamental ao pleno exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a saúde é um direito social, conforme elencado no caput do art. 6º da Constituição Federal¹⁶⁴. Vejamos o texto na íntegra: “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”.

Com isso, a saúde torna-se de responsabilidade do Estado e direito de todos. Assim, tal direito é garantido constitucionalmente com acesso universal e igualitário, nos moldes do art. 196¹⁶⁵ da Constituição Federal.

Sobre essa temática, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello,¹⁶⁶ preceitua, que na realidade, o cumprimento do dever político-Constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um

¹⁶³ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 89.

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Senado Federal. 1988.

¹⁶⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal: 1988.

¹⁶⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Relator Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Julgamento, 17 de março de 2010, p.36

imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Desse modo, ressalta-se que a positivação da saúde como direito social, no artigo 6º, caput, do texto constitucional, foi o resultado de um movimento social pela reforma sanitária, que “defendia um sistema de saúde público, de acesso universal e de qualidade, à luz de outros sistemas nacionais de saúde, como o do Reino Unido”.

O grande marco histórico desse movimento foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, e presidida pelo sanitarista Sérgio Arouca, cujo relatório final contém a descrição do desenho institucional do sistema de saúde brasileiro, que posteriormente seria adotado pelo constituinte de 1988¹⁶⁷.

Nessa esteira de pensamento, Marcelo Figueiredo¹⁶⁸ ensina que:

A concepção de saúde adotada pela Constituição de 1988 segue a orientação vigente no que se aproximam as noções de saúde e qualidade de vida. Nesse contexto, a noção de saúde não se restringe à mera ausência de doenças, mas, qualifica o estado de bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo, como uma espécie de “imagem horizonte a ser alcançada”, na plástica expressão de Scliar¹⁶⁹.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁷⁰, o liame com o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se, assim, evidente, demonstrando que vida digna é vida saudável e com um padrão mínimo de qualidade.

Ademais, de acordo com André Ramos Tavares¹⁷¹, consoante Marcus Orione Correia e Érica Paula Correia, a compreensão do que seja saúde “implica sua conceituação a partir da ótica de uma política destinada à prevenção e ao tratamento dos males que afligem o corpo e a mente humanos, com a criação inclusive de um sistema organizado que atenda aos doentes”.

Nesse sentido, com muita pertinência, o autor Júlio César de Sá Rocha¹⁷² observa que a saúde deve ser considerada como um direito social legitimado,

¹⁶⁷ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. PATULLO Marcos Paulo Falcone. A inaplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional no sistema de saúde brasileiro. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.21, e-0022, 2021. Acesso em 15 jan. 2023.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2001, p. 221,

¹⁶⁹ SCLIAR M. Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública. L&PM; 1987. p. 32-33.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 90.

¹⁷¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 334.

¹⁷² ROCHA, Júlio César de Sá. Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTr, 1999, p. 43.

tanto pela Constituição Federal de 1988, como também por tratados internacionais, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais entre outros, devendo assim ser identificado como direito social, sendo um dever constitucional do Estado proporcionar meios ao homem de se manter saudável.

Em conclusão a essa análise conceitual ao direito de saúde no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo referência ao que foi apresentado no voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, em Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco, compreendendo que o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal, tem os seguintes elementos caracterizadores em sua definição, como passamos a transcrever; (1) "direito de todos", (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas, (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Em sequência, o ministro passa a explicar sobre as características constitucionais do direito social a saúde.

Direito de todos¹⁷³. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº. 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente", impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)", legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. -RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000). (2) dever do Estado¹⁷⁴: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Uadi Lammêgo Bulos¹⁷⁵ ensina que, pela primeira vez na nossa história, uma Constituição Federal elevou a saúde à condição de direito fundamental. Seguiu o

¹⁷³ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 13 de março de 2010, p. 15

¹⁷⁴ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 13 de março de 2010, p. 16

¹⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1378.

exemplo da pioneira Carta italiana de 1948 (art. 32) e do texto português de 1976 (art. 64 e). Aliás, esses dois diplomas supremos foram acompanhados, nesse particular, pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (arts. 93 a 100). Isso revela a preocupação de constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo, que merece amparo na Lei Maior.

3.2 Direitos Sociais

Na concepção de João Gomes Canotilho,¹⁷⁶ a Carta de 1988 representa um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história constitucional do país.

A inserção dos direitos sociais, no capítulo que dispõe sobre os direitos fundamentais da República Federativa do Brasil, representa por parte do poder constituinte originário um marco histórico na consagração de direitos mínimos necessário para a dignidade da pessoa humana.

A princípio, de acordo com Nathalia Masson,¹⁷⁷ a Constituição Federal de 1988, comprometida com a finalidade de garantir direitos mínimos à coletividade e assegurar uma melhoria das condições de existência para os indivíduos, enumerou, de maneira genérica, em seu art. 6º, caput, os direitos sociais por excelência, quais sejam, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e, por fim, à assistência aos desamparados. A Constituição Federal de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial¹⁷⁸.

Vale mencionar que os direitos sociais são aqueles que se direcionam à inserção das pessoas na vida social, tendo acesso aos bens que satisfaçam suas necessidades básicas. Visam ao bem-estar da pessoa humana¹⁷⁹.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. BACHA, Érica Paula. Direitos fundamentais sociais. Editora Saraiva, São Paulo, 2015, p. 140.

¹⁷⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 408.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 82.

¹⁷⁹ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. 29ª. Ed. 2021, p. 412.

Os direitos sociais devem ser analisados como fontes de direitos constitucionalmente reconhecidos, com a finalidade de proporcionar condições de sobrevivência consolidadas com a dignidade humana.

Em contrapartida, Laura Spyer Prates¹⁸⁰ conceitua os direitos sociais como aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais. Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas¹⁸¹.

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes¹⁸² conceitua direitos sociais como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo propósito, José Afonso da Silva¹⁸³ apresenta um conceito para a locução "direitos sociais", determinando serem estes:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona exercício efetivo das liberdades.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso¹⁸⁴, os direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social.

¹⁸⁰ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 63.

¹⁸¹ CANOTILHO. J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina. 2003p. 476.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022, 247.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 2010, p. 286-287.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 518.

Com o objetivo de assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos.

André Ramos Tavares¹⁸⁵ ministra acerca dos direitos sociais, asseverando que, como esses direitos são de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Acerca dos direitos sociais, Luís Roberto Barroso¹⁸⁶ ensina que, historicamente, seu reconhecimento é recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à Constituição alemã de Weimar, de 1919. A consagração dos direitos sociais marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal do Estado. As sociedades ocidentais, quer pelo avanço da consciência social, quer pelo ímpeto de conter o apelo das ideias socialistas, passaram a incorporar à sua agenda política e institucional compromissos com a melhoria das condições de vida das pessoas, sobretudo as menos favorecidas.

Assim, o reconhecimento dos direitos sociais em diversas constituições internacionais, representam uma ruptura do estado liberal qual estado social de direito com o propósito de definir melhores condições de vida para as pessoas desprovidas de recursos financeiros, tornando assim o estado responsável em proporcioná-las requisitos mínimos de sobrevivência e de dignidade humana.

Sobre a temática, relativa aos custos necessários para a efetivação dos direitos sociais econômicos, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia,¹⁸⁷ no Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal, julgado em 13 de março de 2011, justificando seu voto, pontificou da seguinte forma:

Os direitos sociais que só podem ser gozados na medida em que o Estado atue desembolsando recursos. Aí veio a ideia que Vossa Excelência combate e que eu em boa medida combato também: Bem, se os direitos sociais, notadamente no campo da saúde, da educação, da assistência à adolescência e à infância, são direitos

¹⁸⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 325.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p.352.

¹⁸⁷ Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relato Marco Aurélio. Julgado: 13.04.2011, p. 87.

de crédito contra o Estado, demandam prestação contra o Estado, desembolso de recursos, é preciso atentar para o fato de que os recursos orçamentários são escassos e pesa contra esses direitos uma cláusula da reserva financeira do possível. Mas eu entendo que essa reserva financeira do possível seja uma desculpa cômoda por parte do Estado; é a mais cômoda das desculpas.

Diante disso, aumenta o nível de intervenção do Estado na economia, que assume compromissos de oferta de serviços, bens e utilidades diversos, que podem incluir desde acesso à água, alimentação e abrigo até prestações envolvendo educação, saúde e previdência social, em meio a muitas outras.

Em contrapartida, em países como Colômbia, África do Sul e Brasil, os textos constitucionais incorporaram expressamente os direitos sociais, leciona Luís Roberto Barroso¹⁸⁸. Portanto, nesses países, as possibilidades e limites de sua concretização constituem temas centrais da jurisprudência constitucional e do debate público.

Não obstante, consoante Luís Roberto Barroso¹⁸⁹, a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Contemplar os direitos sociais nas constituições como determinada força normativa representa para o ordenamento jurídico valor indissociável do indivíduo, representando um objetivo a ser condicionado ao Estado Social de Direito, no atendimento das normas constitucionais como forma de concretização de condições dignas de sobrevivência.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹⁰, inicialmente, as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são programáticas. As constituições condensam, nestas normas programáticas, princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social. A relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 525.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 344.

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina. 2003, p. 476.

Nesse contexto, Sylvio Mota¹⁹¹ relata que os direitos sociais têm especial preocupação com as camadas mais carentes da população e aqueles que, por uma ou outra razão, não podem obter esses benefícios de modo independente, como no caso de velhice, desemprego, infância, doença, deficiência física ou mental etc. De certa forma, procuram proteger os mais fracos, atendendo a uma finalidade de igualdade final ou uma vida condigna para todos.

Desse modo, compreendemos que os direitos sociais, tem caráter subjetivo com a finalidade de proporcionar aos indivíduos ou a coletividade sem condições financeiras de prover determinadas atividades, conferindo-lhes condições mínimas de desenvolvimento pessoal, profissional e vida digna.

Importante mencionarmos que os direitos sociais foram apresentados na segunda dimensão dos direitos fundamentais como prestações positivas a serem cumpridas pelo estado, com o propósito de garantir uma igualdade jurídica, política e social entre os indivíduos que compõem determinada sociedade.

Em que pese a classificação dos direitos sociais, Pedro Lenza,¹⁹² dentre vários critérios, expõe que os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou, como prefere a doutrina mais atual, “dimensões” dos direitos fundamentais, por entender que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.

Segundo André Ramos Tavares¹⁹³, os direitos sociais, juntamente com os direitos econômicos e os culturais, compõem os direitos humanos de segunda dimensão. São as liberdades positivas, que objetivam a tutela dos hipossuficientes, única forma de implementar efetivamente a igualdade social, fundamento do Estado brasileiro.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes,¹⁹⁴ em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade 5.938, Distrito Federal, manifesta-se quanto à fundamentalidade dos direitos sociais da seguinte forma:

O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se

¹⁹¹ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 412.

¹⁹² LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado. 26^a. Ed. Saraiva Jur, 2022, p. 1923.

¹⁹³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20^a. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 178.

¹⁹⁴ Ação Declaratória de Constitucionalidade 5.938 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 29 de março de 2019, p. 39

como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

Logo, os direitos sociais, dentre estes, o direito saúde, possuem força jurídica efetiva e não somente simbólica. Eles não são meros sentimentos comoventes, que apenas dão “nós na garganta” sem resultar em ações concretas para os seus beneficiários¹⁹⁵.

Nessa dinâmica, direito social à saúde consolida-se como norma jurídica AC garantir aos indivíduos o acesso necessário aos serviços médico-hospitalar, como acesso aos medicamentos necessários a determinado tratamento de saúde.

3.3 Direitos Sociais e Cláusulas Pétreas

Alerta Sylvio Mota¹⁹⁶ expõe que a doutrina discute se os direitos sociais individuais estão inseridos entre as cláusulas pétreas, as matérias que não podem ser objeto de proposta de emenda tendente à sua abolição ou substancial alteração, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, arrola entre as cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais”.

Outrossim, os direitos e garantias fundamentais estão dispostos no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, como cláusulas pétreas, ou seja, não podendo ser motivo de emenda que tente abolir tais direitos. Dito isso, infere-se que nesses dispositivos encontram-se princípios essenciais para a ordem constitucional vigente.

¹⁹⁵ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 298.

¹⁹⁶ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p.416.

Diante do exposto, podemos mencionar que os direitos sociais não se tornaram apenas justificáveis, mas são providos de proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro, em conformidade como parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, ao se constituir esse direito fundamental da vida como cláusula pétrea.

Da leitura expressa na regra constitucional mencionada anteriormente, verificamos que a Constituição Federal não menciona os direitos sociais como cláusula pétrea, fazendo referência somente aos direitos e garantias individuais,. Entretanto, existe um debate entre a doutrina e a jurisprudência, sobre a possibilidade de se considerar como cláusulas pétreas implícitas.

A função das cláusulas pétreas, conforme Ingo Wolfgang Sarlet,¹⁹⁷ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em regra e com intensidade variável) ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III, da nossa Constituição.

Nathalia Masson¹⁹⁸ leciona sobre os direitos sociais em comparação às cláusulas pétreas, no sentido de que não há como negligenciar o fato de que somos um Estado democrático e social de direito, o que fica claro a partir da leitura de boa parte dos princípios fundamentais, constantes do art. 1º ao 4º da CRFB/88, (a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade justa e solidária), todos aptos a demonstrar a íntima ligação entre os direitos sociais e a nossa concepção de Estado.

Nesse contexto, Sylvio Mota¹⁹⁹ esclarece que o Supremo Tribunal Federal, quando declarou que gozava dessa proteção o princípio da anterioridade tributária, assentou que a expressão direitos e garantias individuais engloba não apenas os direitos e garantias inscritos no art. 5º da Carta Magna, podendo atingir direitos e garantias contemplados em outros dispositivos do texto constitucional. Com isto, o

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.10.

¹⁹⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 174.

¹⁹⁹ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. p.416.

fato de os direitos sociais estarem contemplados nos arts. 6º, 7º a 12 e 193 a 232 da Carta, não impede que a eles não se reconheça a condição de cláusula pétrea.

Consoante os ensinamentos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes,²⁰⁰ alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias, pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV da Constituição Federal.

Assim, por todo o supramencionado, é que Sylvio Mota²⁰¹ afirma não haver dúvida de que os direitos sociais compõem os direitos fundamentais. Do mesmo modo, podemos perceber que a maioria dos direitos sociais tem caráter individual, tais como os direitos à saúde, à educação, ao lazer e ao trabalho. Com isto, segue-se como plenamente justificável a afirmação de que eles estão compreendidos entre as cláusulas pétreas.

No que se refere aos direitos sociais a serem considerados cláusulas pétreas, a doutrinadora Nathalia Masson menciona o posicionamento de Gilmar Mendes, ao apresentar a divergência doutrinária sobre a demanda. Vejamos:

Os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicações da pobreza e marginalização e redução de desigualdades sociais. Tudo indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV, do § 4º, do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma "lacuna de formulação", devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que

²⁰⁰ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022, p. 248.

²⁰¹ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 416.

se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.

Ademais, consoante explica o Ministro Luís Roberto Barroso²⁰², as cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de auto vinculação, ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.

Os direitos fundamentais estão protegidos pelas cláusulas pétreas, levando em consideração seu status político e social, sua valoração hermenêutica amplamente defendida pela doutrina majoritária brasileira, filiando-se a uma teoria expansiva e ampliativa, garantindo aos direitos fundamentais uma proteção constitucional em relação ao poder reconstituente derivado em suas manifestações.

Desse modo, Ingo Wolfgang Sarlet,²⁰³ analisando esse questionamento, pondera da seguinte forma:

Parece-nos correta a doutrina majoritária ao salientar que o constituinte de 1988 conferiu o status de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “dimensão”, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais. Isto porque o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto a ação erosiva do constituinte-reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se pela unicidade.

Ainda sobre a temática, Nathalia Masson²⁰⁴ explana que, como os direitos sociais compõem o rol de elementos tidos por essenciais à nossa Constituição e as cláusulas pétreas visam exatamente proteger os preceitos essenciais à ordem constitucional, é automática a conclusão de que referidos direitos, muito embora não estejam previstos expressamente no rol das matérias petrificadas, seriam verdadeiros limites materiais implícitos à reforma constitucional.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p 174.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.10.

²⁰⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 174.

Assim, desqualificar os direitos sociais enquanto limites materiais contidos no art. 60 da Constituição Federal, não significa desconsiderá-los enquanto destinatários de proteção jurídica significativa, especialmente quando forem direitos integrantes do intitulado "mínimo existencial", isto é, do conjunto de bens basilares, sem os quais não se sobrevive dignamente²⁰⁵.

Nesse toar, a doutrinadora supramencionada aduz que isso significa que os direitos sociais não são cláusulas pétreas expressas e não estão abrangidos pela expressão "direitos e garantias individuais", nada obstante ficarem sob a custódia de um cuidado jurídico tão qualificado quanto ao que se destina às normas petrificadas, sendo plausível defender que os direitos sociais integrantes do "mínimo existencial" sejam considerados cláusulas pétreas implícitas.

Sendo assim, de acordo com Sylvio Mota²⁰⁶, tais considerações fazem com que a maioria de nossos doutrinadores se incline favoravelmente à inserção, considerando que os direitos sociais individuais gozam de proteção constitucional na condição de cláusula pétrea, não estando sujeito a propostas de emenda que objetive sua supressão ou significativa modificação.

Em conclusão, mesmo que a expressão "direitos e garantias individuais" seja interpretada em sua literalidade e não permita nenhuma leitura ampliada, de modo a abraçar direitos sociais, por exemplo, é certo que a doutrina pátria se inclina pelo reconhecimento de uma eficácia mínima para os direitos sociais, resguardando, como cláusula pétrea implícita, o mínimo existencial.

Desse modo, a autora citada, ratificando ainda o assunto aqui explanado, traz o posicionamento de Marcelo Novelino,²⁰⁷ *in verbis*:

Não se pode deixar de reconhecer, uma proteção qualificada aos direitos sociais que integram o chamado "mínimo existencial", formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis à vida humana com dignidade. Assim como a proteção assegurada aos direitos e garantias individuais decorre de sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, direitos sociais decorrentes diretamente deste valor também devem ter o seu núcleo essencial preservado²⁰⁸.

²⁰⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 174.

²⁰⁶ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 416.

²⁰⁷ NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 17ª Ed. São Paulo: Método, 2022, p. 90.

²⁰⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 175.

Por fim, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, em análise sobre direito social, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1946 do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, reconhece que “o correto” é que a trabalhadora receba o salário da licença-maternidade em sua integralidade, pela Previdência Social, conforme a legislação vigente. Assim, ele julgou a ação parcialmente procedente, dando interpretação conforme à Constituição ao artigo 14 da EC nº. 20, de modo que o dispositivo não se aplique ao salário-maternidade.

Referente tanto à constitucionalização dos direitos sociais como a sua jusfundamentalidade, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁰⁹ lecionam que não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais e os princípios fundamentais poderiam ser considerados, mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” como autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional²¹⁰.

Entende-se, então, em conformidade com o decidido e forma unânime pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, que os direitos sociais são considerados como cláusulas pétreas.

Todavia, reitera-se o fato desses direitos serem considerados essenciais para garantir a dignidade humana e a justiça social, não podendo ser suprimidos ou modificados por emendas constitucionais.

3.4 Titularidade dos Direitos Sociais

Imperioso se faz mencionar de quem seria a titularidade dos direitos sociais, e, sobre o tema, André Ramos Tavares²¹¹ defende que os direitos sociais têm como destinatários todos os indivíduos, mas pretendem, em especial, alcançar aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p.64.

²¹⁰ Está a pertinente lição de Horta, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 78-79, p. 14-15.

²¹¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 325.

Pretendemos analisar, neste momento, sobre a identificação de quem deveria ser a titularidade dos direitos sociais elencadas no artigo 6º. da Constituição Federal, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre essa temática na garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo²¹² ensinam que:

A caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade da pessoa humana individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.

Nesse mesmo toar, Laura Spyer Prates²¹³ leciona que as constituições dos Estados Democráticos e Sociais de Direito trouxeram em seus textos previsões relativas ao asseguramento dos direitos sociais, direitos estes que abarcam a proteção de bens essenciais para uma existência digna do cidadão. A eclosão das revoluções e a constatação de que mesmo sendo consagrados os direitos a liberdade e igualdade, estes, em verdade, não tinham seu exercício assegurado, fez com que os direitos sociais ganhassem força, exigindo uma atuação do Estado na busca pela justiça social.

É com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme objetivo fundamental da República, disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal, que o Estado institui cada vez mais políticas voltadas aos direitos sociais, garantindo sua universalidade.

Acerca do tema, ensina Laura Spyer Prates:

Falar em universalidade, como se verificará, seja dos direitos fundamentais como um todo, e também aqui dos direitos sociais, é dizer que se garante a todos a possibilidade de reivindicar seu acesso, até mesmo pela via jurídica, diante da garantia de petição, reclamando

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 6.

²¹³ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 89.

o direito que lhe julga necessário, sendo que seu deferimento dependerá da presença dos requisitos legais exigidos.²¹⁴

Corroborando com o tema, Jorge Reis Novais aduz que se todos têm direito à prestação de um mínimo existencial quando se encontrem em situação de penúria extrema, um tal direito é universal, mas, obviamente, só vai ser aplicado a quem preencher os requisitos previstos²¹⁵.

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²¹⁶ lecionam que a partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, conforme, aliás, também tem sido destacado em diversas decisões do STF, especialmente, mas não exclusivamente, no caso do direito à saúde.

Ainda, André Ramos Tavares²¹⁷ destaca que no art. 6º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que indica os direitos sociais, não se encontra restrição quanto às pessoas que seriam titulares desses direitos, salvo a titularidade que decorre da própria natureza do direito indicado, como no caso do direito à infância, do direito à proteção da maternidade e da assistência aos desamparados. Salvo tais situações, os demais direitos, como a saúde, a educação e o lazer, não contam com nenhum condicionamento quanto aos beneficiários.

Para Sylvio Mota:²¹⁸

Os direitos sociais encartam-se entre os direitos fundamentais de segunda geração, exigindo uma atuação positiva dos poderes públicos, como medida indispensável para que as normas constitucionais que os consagram possam deflagrar na plenitude os efeitos queridos pelo legislador constituinte originário, essencialmente, a disponibilização de condições materiais mínimas para os hipossuficientes.

Nesse sentido, André Ramos Tavares²¹⁹, ainda sobre a titularidade dos direitos sociais, conclui que estes direitos seriam de alcance geral, justamente em âmbito no

²¹⁴ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 63.

²¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p.48

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Saraiva, 2023. p.281.

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 165.

²¹⁸ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 412.

²¹⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 165.

qual, *a priori*, admitir-se-iam certas restrições quanto à sua titularidade, de modo que o direito à prestação de serviços hospitalares e o direito à segurança não deveriam contar com essa titularidade ampla, mas outros, como o direito à educação, ao trabalho e à moradia, poderiam não ser disponibilizados aos estrangeiros não residentes.

A partir do então explanado anteriormente, Nathalia Masson²²⁰ elenca que os direitos sociais são, portanto, direitos dependentes de intervenção estatal, e somente se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres. Ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente²²¹.

Observa-se que quanto à titularidade dos direitos sociais, num primeiro momento, encontramos posicionamento de que este seriam de alcance geral, sem nenhuma restrição. Entretanto, parte da doutrina defende a ideia de que os direitos sociais só deveriam ser disponibilizados aos indivíduos que se encontrassem na qualidade de hipossuficientes, por não serem ainda detentores de recursos financeiros para efetivação desses direitos, necessitando, assim, de um auxílio do estado para a sua real efetivação.

Para Marcelo Figueiredo,²²² a titularidade do direito à saúde não se esgota no indivíduo, ou seja, no direito de cada pessoa, como também não se restringe a determinado grupo ou mesmo à sociedade, sendo de sublinhar a inexistência de qualquer relação de prevalência abstratamente estabelecida entre a titularidade individual e a coletiva, menos ainda de caráter excludente em relação a qualquer uma delas. Assim, são titulares do direito à saúde tanto a pessoa, individualmente considerada, como certo grupo específico e mesmo a coletividade, em termos mais abrangentes e que aqui se aproximam à ideia de saúde pública.

Entendemos que os direitos sociais foram instituídos no texto da Constituição Federal com propósito de proporcionar qualidade de vida aos brasileiros, especialmente os mais carentes, dando a ele segurança jurídica que teriam mínimo essencial para uma vida digna.

²²⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. Ed. JusPodivm, 2022, p. p. 408.

²²¹ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Saraiva, 2010, p. 77.

²²² FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p. 224.

Em consonância com o já disposto, Jorge Miranda²²³ afirma que os referidos direitos visam promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das menos favorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento.

Não obstante, Ingo Wolfgang. Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo²²⁴ prelecionam que relativamente aos seus destinatários, o direito à saúde tem como sujeito passivo principal o Estado, como ocorre, aliás, com a generalidade dos direitos fundamentais sociais. Cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa, notadamente no sentido de não-interferência na saúde dos indivíduos.

Com isso, Nathalia Masson²²⁵ relembra que a definição do sujeito passivo dos direitos sociais passa pelo questionamento concernente a quem incube a tarefa de assegurá-los, sendo, inequivocamente, atribuição do Estado, em que pese a responsabilidade pela concretização destes direitos.

Desse modo, ainda para acrescentar, George Marmelstein²²⁶ destaca que existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que julga ser correta, a saber, a que defende que somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como a saúde.

Nessa esteira de pensamento, Sylvio Motta²²⁷ ensina que desde a promulgação da Constituição de 1988, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre reconheceram os direitos sociais, que apesar de destinarem-se genericamente aos membros do corpo social, têm por destinatários principais as pessoas hipossuficientes, que necessitam da ação do poder público visando à disponibilização das condições materiais mínimas para seu desenvolvimento profissional e pessoal.

De fato, o ativismo judicial mais intenso, em matéria de efetivação judicial dos direitos a prestações, se justifica de modo especial quando o titular do direito é uma pessoa ou um grupo de pessoas em situação de desvantagem social. Se aquele que

²²³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 3ª Ed. Coimbra. 2000, p. 386.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 6.

²²⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 418.

²²⁶ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 243.

²²⁷ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 417.

bate às portas do Judiciário realmente necessita da resposta jurisdicional para viver dignamente, pois sem a atuação judicial sua dignidade estará sendo ameaçada ou violada, então o Judiciário deve agir sem medo.

Nesse sentido, Paul Singer²²⁸ chega a defender que os direitos sociais são direitos condicionais e vigem apenas para quem depende deles para ter acesso à parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social e, portanto, para o exercício dos demais direitos.

Consolidando esse posicionamento, George Marmelstein²²⁹ defende que todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente é obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.

Em harmonia, Marcelo Figueiredo²³⁰ refere-se à titularidade dos direitos sociais, que o direito à saúde permite o reconhecimento de uma titularidade simultaneamente individual e coletiva (ou difusa), ampliando a noção individual de direito subjetivo para alcançar a titulação abrangente e o caráter inclusivo de que se revestem, de modo geral, os direitos sociais.

Sendo assim, segundo a doutrina dominante, os direitos sociais são de titularidade dos mais necessitados, podendo a população de maneira geral se beneficiar. Contudo, o Estado somente está obrigado a disponibilizar os serviços de saúde aos hipossuficientes.

Quanto aos sujeitos, titulares dos direitos sociais, importante o posicionamento de Clenio Jair Schulze²³¹, que considera ser necessário mencionar que o direito fundamental à saúde, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição da República, somente pode ser exigido na seara judicial por quem comprovar a necessidade do auxílio, por encontrar-se em situação de hipossuficiência financeira, desde que observada a proporção do tratamento pretendido.

Desse modo, o Estado somente seria obrigado a disponibilizar os serviços sociais, tais como saúde, educação, assistência social, dentre outros, para os

²²⁸ SINGER, Paul. Curso de Direitos Fundamentais. Atlas, 2008, p. 191.

²²⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 243.

²³⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p.224.

²³¹ SCHULZE, Clenio Jair. A Judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. 2014.

indivíduos que não tivessem poder aquisitivo para terem acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação, dentre outros, podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.

Portanto, os direitos sociais resultam de um processo histórico da luta social de povo para povo, os quais são garantidos e efetivados pelo Estado para, essencialmente, promoverem a dignidade humana e a justiça social, reverberando nas diversas áreas, como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, sendo assim, fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

3.5 Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras

O livro “*A era dos direitos*”, obra do filósofo italiano Norberto Bobbio²³², assinala que a consagração dos direitos sociais nas constituições surge como decorrência:

Do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

De acordo com Flávio Martins,²³³ a Constituição Brasileira, assim como as Constituições sul-americanas, adotou o modelo de previsão expressa dos direitos sociais, dando-lhes o status de direitos fundamentais. Doutrinas que negam a fundamentalidade dos direitos sociais, representando um posicionamento minoritário no Brasil, que não resistem a uma análise literal da Constituição.

Nesse contexto, mister se faz ressaltar, ao adentrar no assunto das constituições brasileiras, como as Cartas Magnas classificaram os direitos sociais ou aqueles que se assemelhavam a eles.

²³² BOBBIO, Norberto. Dicionário de política / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C. Varriale. Coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

²³³ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Editora Saraiva, 2022, p. 137

Com a proclamação da independência, em 1822, realizada pelo Imperador Dom Pedro I, o Brasil viu-se diante da necessidade de estruturar o funcionamento de seus poderes políticos e organizar-se enquanto Estado soberano e independente.²³⁴

Assim, segundo explica Nathalia Masson²³⁵, em 25 de março de 1824, foi outorgada a Constituição do Império, fruto dos trabalhos do Conselho de Estado, criados justamente para a elaboração do documento constitucional, depois que D. Pedro I determinou a dissolução da assembleia constituinte que, antes mesmo de proclamada a independência do país, havia sido por ele convocada.

Desse modo, a primeira Constituição foi a de 1824²³⁶, outorgada pelo imperador, ainda que não tivesse propriamente o recorte de uma Constituição que reconhecesse e declarasse direitos sociais, limitou-se a garantir os “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita, e a existência de colégios e universidades, ao se extrair da leitura dos incisos XXI, XXII e XXIII de seu art. 179.

A produção de seu texto sofreu significativa influência do liberalismo clássico, ideologia fruto das revoluções ocorridas no decorrer dos séculos XVII e XVIII, que simbolizaram a superação do Estado absolutista através da luta pela liberdade e pela ampliação da participação política.²³⁷

Para Nathalia Masson,²³⁸ o traço liberal da Carta de 1824²³⁹ restou evidenciado por duas questões centrais na previsão de um rol que enumerava direitos individuais, também conhecidos como direitos de primeira dimensão. São direitos que prestigiavam o valor da liberdade e externavam o desejo de criação de esferas de não ingerência estatal em algumas das mais importantes e sensíveis escolhas do indivíduo.

Ensina ainda Nathalia Masson²⁴⁰ que, embora o Império tenha passado por diversas reformas que tencionavam garantir sua existência e manutenção, não resistiu aos crescentes movimentos republicanos que ganharam força diante do

²³⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 81.

²³⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 81.

²³⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 57

²³⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 81.

²³⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 81.

²³⁹ “Foi a mais longeva das constituições brasileiras, durando 65 anos, somente tendo sido emendada uma vez, em 1834. Instituiu a monarquia constitucional e o Estado unitário, concentrando rigorosamente toda a autoridade política na capital (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires” Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2015, p. 100.

²⁴⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 82.

descontentamento de importantes setores da sociedade que exigiam mais participação nas decisões do Estado brasileiro.

Em 15 de setembro de 1890, foi eleita a Assembleia-Geral Constituinte, que, instalada em 15 de novembro, promulgou, em 24 de fevereiro de 1891, a democrática Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.²⁴¹

Nesse compasso, foi proclamada a primeira Constituição republicana em 1891²⁴², que, ao refletir o pensamento liberal da época, passou longe de toda a pretensão social, negando qualquer repercussão à Carta francesa de 1848, bem como reclamos sociais que se acumulavam, forjando os pressupostos sociais, jurídicos e econômicos para a formação de Estados socialistas e social democráticos que pouco depois se apresentaram ao mundo.

No que diz respeito aos direitos sociais, André Ramos Tavares²⁴³ leciona que na Constituição de 1891, o art. 75 referia-se à aposentadoria concedida no caso de “invalidez no serviço da Nação”, determinando que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

Mais adiante, na história do Brasil, conforme ensinamentos de Nathalia Masson²⁴⁴, no início do século XX, o Brasil enfrentou crises severas nos âmbitos econômico, social e político, ocasionados principalmente pelas mudanças da estrutura produtiva no país, que aos poucos deixou de ser predominantemente agrícola para ser industrial. A expansão urbana desordenada e o crescimento populacional geraram novos problemas sociais que alimentaram um forte anseio reformista.

Nesse toar, foi promulgada pelo então Presidente Getúlio Vargas a Constituição democrática de 1934, instituindo-se um constitucionalismo social, notadamente inspirado pela Constituição de Weimar, de 1919, sendo o primeiro documento constitucional do Brasil a disciplinar os direitos sociais, inscrevendo-os num título referente à ordem econômica e social²⁴⁵.

Esse documento constitucional representa, pois, um importante marco jurídico na transição de uma democracia liberal marcadamente individualista para uma

²⁴¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 82.

²⁴² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 58

²⁴³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 327.

²⁴⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 83.

²⁴⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 83.

democracia de cunho nitidamente social, diligente na proteção das necessidades mais básicas dos indivíduos.

Segundo Osvaldo Ferreira de Carvalho:²⁴⁶

A Constituição de 1934 o claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim chamado Estado Social. A Constituição brasileira de 1934, sob significativa influência da Constituição de Weimar, transcreveu desta Constituição vários artigos referentes aos direitos sociais e econômicos, que, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, no Título IV de normas alusivas à Ordem Econômica e Social.

André Ramos Tavares²⁴⁷ demonstra que, na Constituição de 1934, a matéria sobre assistência social era atribuída à competência da União, sendo de competência dos Estados a saúde e assistências públicas. Consoante o § 1º do art. 121, a legislação do trabalho deveria preocupar-se com “assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, 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 do trabalho ou de morte”. E, ainda, quanto aos funcionários públicos, prescrevia no art. 170, § 3º, sua aposentadoria compulsória aos sessenta e oito anos de idade.

De acordo com Nathalia Masson,²⁴⁸ aproveitando-se de uma conjuntura marcada por agitações ideológicas protagonizadas por nazifascistas e comunistas, verificadas tanto no âmbito externo — principalmente na Europa — quanto dentro do país, Getúlio Vargas aplicou, em 10 de novembro 1937, um golpe de Estado sob o pretexto de preservar a ordem interna.

Assim, Nathalia Masson²⁴⁹ afirma que a Carta de 1937, também conhecida como "Polaca" — numa óbvia alusão ao documento constitucional polonês, de 1935, que também exacerbava desmedidamente os poderes e atribuições do Executivo, foi elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça de Vargas, em parceria com Carlos Medeiros Silva. Seu texto apresenta também traços similares aos da "Carta del

²⁴⁶ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. 2015. p. 63.

²⁴⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 327.

²⁴⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 83/84.

²⁴⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 83/84.

Lavoro" (Constituição do Trabalho), outorgada na Itália em 1927 pelo governo fascista de Benito Mussolini.

Ainda sobre o tema, Nathalia Masson²⁵⁰ pondera que:

O período de vigência da Constituição de 1937 foi marcado pelo desmedido autoritarismo e pela repressão às liberdades. Ainda que os direitos e garantias individuais estivessem consagrados no texto constitucional, estes deveriam ser exercidos nos limites do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências da segurança da Nação e do Estado. Art. 123 Constituição Federal de 1937.

Sobre o assunto, leciona Osvaldo Ferreira de Carvalho²⁵¹ que a Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, introduziu capítulo designado de "Ordem Econômica", sem o qualificativo "Social". Seu art. 136 dispunha que "o trabalho é um dever social", "que a todos seria garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto" e que o Estado possuía o dever de protegê-lo, "assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa". A precedência dada ao dever perante o direito indicia a natureza totalitária do regime²⁵².

Ainda, André Ramos Tavares²⁵³ explica que havia a exigência, no art. 137, de que a legislação obedecesse: "(m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho", e ademais, prescrevia que "(n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais".

Nesse contexto, de acordo com Nathalia Masson²⁵⁴, após Getúlio Vargas adiar sistematicamente a abertura política, a qual estava sendo pressionado a realizar, uma ação engendrada pelas Forças Armadas em outubro de 1945 derruba o Presidente, pondo fim ao Estado Novo. Na ocasião, José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, assumiu a presidência da República, para transmiti-la, em janeiro de 1946, ao candidato vitorioso nas eleições, o General Eurico Gaspar Dutra.

²⁵⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 83/84.

²⁵¹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 60-71, jun. 2015. p. 63.

²⁵² LEDUR, José Filipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

²⁵³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 327.

²⁵⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 86.

De acordo com Nathalia Masson²⁵⁵, um passo adiante na história, a Constituição de 1946, foi elaborada por uma Assembleia Constituinte, reunida em 4 de fevereiro de 1946 e composta por representantes eleitos pelo povo, foi promulgada em 18 de setembro de 1946 a nova Carta Constitucional, responsável pela renovação democrática do país, reestabelecendo as eleições diretas para os membros do Executivo e do Legislativo e restituindo o equilíbrio entre os três Poderes.

Desse modo, conforme explicação de José Filipe Ledur²⁵⁶, com a Constituição de 1946, o Brasil reencontra-se com a democracia. Volta-se a prever título designado “Da Ordem Econômica e Social”. O parágrafo único do art. 145 assegurava “trabalho que possibilite existência digna”, e os dezessete incisos do art. 157 continham preceitos trabalhistas e previdenciários que, conforme o caput, seriam obedecidos pela legislação do trabalho e previdência social. O art. 158 reconhecia o direito de greve, e o art. 159 dispunha sobre a liberdade de associação profissional ou sindical²⁵⁷.

Em que pese os direitos sociais, consoante ensinamentos de André Ramos Tavares²⁵⁸, na Constituição de 1946 foi elencada uma série de preceitos a serem implementados na área da seguridade social, destacando-se: a assistência sanitária, hospitalar e médica aos desempregados; a previdência “mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.

Promulgada após a queda do Estado Novo, a Constituição de 1946 reestabeleceu o Estado Democrático de Direito do Brasil. Contudo, mantinha características liberais.

Nathalia Masson²⁵⁹ ministra que em um movimento histórico reacionário após a democratização iniciada em 1945, uma ditadura militar no Brasil foi instituída em 31 de março de 1964, dando origem a uma nova Constituição (a de 1967), cuja curta vigência foi de apenas dois anos. Embora seu texto não tenha sido elaborado por uma Assembleia Constituinte, mas pelo Ministro da Justiça do governo de Marechal

²⁵⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 86.

²⁵⁶ LEDUR, José Filipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

²⁵⁷ LEDUR, José Filipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

²⁵⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 157.

²⁵⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 87.

Humberto Castelo Branco (Carlos Medeiros Silva), este foi submetido à votação do Congresso em uma tentativa de conferir roupagem democrática ao golpe militar.

Conforme Osvaldo Ferreira de Carvalho²⁶⁰, a Constituição de 1967 foi inovadora quanto aos direitos sociais, à medida que não mais se referia a preceitos a serem observados pela legislação ordinária.

Assim fixava o art. 158 da Constituição Federal de 1967: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social”.

Seguiam-se 21 incisos com os distintos direitos trabalhistas, médico-assistenciais e previdenciários oriundos de relação de emprego. Normas que, antes da Constituição de 1967, se limitavam a preceitos endereçados ao legislador ordinário e passaram a abrigar direitos de natureza constitucional²⁶¹.

Após grandes entraves nessa época da história para a restituição, novamente, do Estado Democrático de Direito, nasceu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente até os dias atuais, e que ficou popularmente conhecida como Constituição Cidadã, uma vez que em seu corpo dedica muitos artigos a direitos e garantias individuais e coletivas.

Indubitavelmente, a Constituição brasileira de 1988 deu um salto qualitativo de extraordinário significado no terreno dos direitos sociais, ao incluí-los no rol dos direitos fundamentais, e porque reconheceu novos direitos, resultantes da influência do movimento social na convocação da Assembleia Nacional Constituinte²⁶².

Ainda, sobre a temática, leciona Osvaldo Ferreira de Carvalho²⁶³:

A concepção de justiça social na Constituição brasileira de 1988 é demasiadamente ampla, haja vista que a própria Constituição se compromete com a construção de uma sociedade que, para ser justa, não é suficiente ser livre; deve também ser solidária (Art. 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²⁶⁰ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 60-71, jun. 2015. p. 63.

²⁶¹ LEDUR, José Filipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

²⁶² CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. 2015. p. 63.

²⁶³ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. 2015. p. 63.

Dessa maneira, infere-se do supramencionado que a Constituição Federal de 1988, em que pese o resguardo dos direitos sociais, é a que mais ressaltou a sua garantia e execução na história das Constituições do país.

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país.²⁶⁴

Conforme preleciona André Ramos Tavares:²⁶⁵

A Ordem Social brasileira é, pois, uma composição bem definida constitucionalmente em seus elementos basilares, na interdependência que, convém também dizer, não é fruto de um artificialismo exagerado, mas sim de uma realidade inexorável que nos impõe uma leitura para além de supostos quadros tradicionais de compartimentalização do conhecimento e dos assuntos que devemos enfrentar rumo ao desenvolvimento nacional. A opção constitucional é, em síntese, não apenas válida, como conceitualmente a mais consistente com os objetivos constitucionalmente vinculados ao Estado e à sociedade.

Para Nathalia Masson,²⁶⁶ as Constituições sociais passam a consagrar em seus textos não só direitos relacionados à liberdade, mas também prerrogativas de cunho social, cultural e econômico. A atuação do Estado deixa de ser meramente negativa, como era nas Constituições liberais, para se tornar positiva, enquanto fica claro que as políticas estatais são eficientes vetores para uma igualdade material.

Desse modo, as Constituições liberais visam delimitar duas coisas: primeiro, o exercício do poder estatal, assegurando liberdades individuais oponíveis ao Estado, e segundo, as garantias que asseguram a realização dos direitos por parte dos indivíduos. São Constituições que veem o Estado circunscrito às funções de repressão e proteção²⁶⁷.

Por conseguinte, ensina Nathalia Masson²⁶⁸ que o princípio da supremacia da Constituição, referida premissa interpretativa, estabelece que, em virtude de a Constituição ocupar o ápice da estrutura normativa em nosso ordenamento, todas as

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 344.

²⁶⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 326.

²⁶⁶ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 95.

²⁶⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 95.

²⁶⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 95.

demais normas e atos do Poder Público somente serão considerados válidos quando em conformidade com ela.

Trata-se de um diploma inaugural em relação a diversos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos²⁶⁹ leciona que as opções da Constituição de 1988 iniciaram uma fase inteiramente nova na saúde pública do Brasil, em face de tudo o que existiu antes no país. Até a década de 30 do século XX, a saúde pública no Brasil consistia em algumas ações de combate à lepra e à peste, algum controle sanitário nas áreas urbanas e campanhas de imunização, que frequentemente fizeram uso da força.

Contudo, Leny Pereira da Silva²⁷⁰ apregoa que a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos.

Corroborando esse entendimento, Ana Paula de Barcellos²⁷¹ ministra que esse era o quadro existente e que se pretendia alterar com a Constituição de 1988. Na realidade, desde meados da década de 70 o tema da saúde vinha sendo amplamente discutido no contexto do movimento de redemocratização do país, pelo que veio a ser identificado como movimento sanitarista.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, na qual várias propostas sobre políticas de saúde pública foram apuradas, foi um marco não apenas no processo de abertura política do país, como também na construção do sistema de saúde que viria a ser consagrado pela Constituição de 1988 e pela legislação posterior.

Leticia Canut²⁷² afirma que:

O novo constitucionalismo, introduzido pela Constituição Federal de 1988(CF/88), transformou radicalmente as sistemáticas política e jurídica do direito à saúde ao reconhecê-lo como um direito fundamental social (artigo 6º da CF/88) – com força normativa e aplicabilidade imediata, na esteira dos demais direitos fundamentais a ser garantido a todos pelo Estado, por meio de políticas públicas implementadas no âmbito do SUS (artigos 196 e 198 da CF/88).

²⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 321

²⁷⁰ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2018, p. 15.

²⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 326

²⁷² CANUT Letícia. Operacionalização do Sistema Único de Saúde e de sua assistência farmacêutica diante da judicialização: um estudo de caso no município de São José/SC. 2017, p. 64.

Nessa esteira, George Marmelstein²⁷³ menciona que desde a promulgação da Constituição de 1988, está havendo uma profunda mudança de paradigma na forma de encarar o direito. O direito brasileiro, tradicionalmente, sempre foi conservador e formalista, prevalecendo o legalismo dos códigos em detrimento dos valores de justiça e da vontade de realizar os princípios constitucionais. Contudo, sob a égide da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do art. 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o art. 3º da Constituição Federal de 1988, um dos mais importantes de todo o texto constitucional, consagra a chamada cláusula de erradicação das injustiças presentes. Trata-se de uma diretriz axiológica inafastável, que todos os que estão em posição de poder devem buscar. Não se trata apenas de um dever ético de fazer que exista uma distribuição de renda melhor e mais justa, mas de uma verdadeira obrigação constitucional.

Com isso, Ana Paula Barcellos²⁷⁴ ensina que:

Um dos objetivos expressos da Constituição de 1988 foi universalizar os serviços de saúde, superando assim as restrições dos modelos de IAPs e de INPS, de modo que todos passaram a ser beneficiários do sistema público de saúde, independentemente de pertencerem a uma categoria profissional ou de qualquer tipo de contribuição específica.

Ao longo da história constitucional brasileira, os direitos sociais passaram por diferentes graus de reconhecimento e proteção. Inicialmente não se tratou dos direitos sociais de modo específico, todavia foram, paulatinamente, sendo incorporados e se tornando mais abrangentes. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, além do ápice em relação a tais direitos, estabeleceram-se ainda as políticas públicas e programas sociais para garantir a efetivação dos direitos sociais.

²⁷³ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.66.

²⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 327

3.6 Constitucionalização e jusfundamentalidade dos Direitos Sociais

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso²⁷⁵ pontifica, que no Brasil, a efetividade do direito social à saúde desenvolveu-se no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Destaca-se que em um país como o Brasil, com suas circunstâncias políticas e sociais, se a Constituição não cuidar de definições importantes em temas como educação, saúde e proteção ambiental, ela se tornará um mero repositório de regras para a disputa do poder pela classe dominante²⁷⁶.

Consoante os ensinamentos de Marcelo Figueiredo²⁷⁷, a constitucionalização dos direitos fundamentais e, em particular, do direito à saúde, ao lado de uma nova postura a respeito da cidadania e do reforço do papel de instituições ligadas à sua efetivação, para além das associações e organizações sociais, ganham relevância as competências resguardadas à Defensoria Pública e ao Ministério Público, que têm, por consequência, entre outras, um processo de ampliação do acesso ao Judiciário, na busca pela realização dos mais variados direitos.

Nesse sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior²⁷⁸ pontua uma consequência marcante e polêmica do neoconstitucionalismo, a saber, é um maior protagonismo do Poder Judiciário, exigindo a implantação de políticas públicas e o cumprimento das normas constitucionais. A consequência é realmente lógica: se a Constituição é a norma mais importante do ordenamento jurídico e vincula todos os Poderes do Estado, sendo o Judiciário o guardião da Constituição, é natural que exija o cumprimento das normas constitucionais, até mesmo as definidoras de direitos sociais que exigem do Estado uma prestação.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 5.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 82.

²⁷⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p.222.

²⁷⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 93.

Nesse compasso, interessante se faz discutir acerca do jusfundamentalismo dos direitos sociais, e, Ricardo Lobo Torres²⁷⁹ relata três teses principais em torno da jusfundamentalidade dos direitos sociais, perfilhando-se com a última delas:

- a) A da simbiose dos direitos fundamentais com os sociais, defendida pelos socialistas e pelos adeptos da social-democracia;
- b) A da indivisibilidade dos direitos humanos, que compreenderiam os direitos fundamentais e os sociais, adotada pelas correntes favoráveis ao intervencionismo estatal e ao comunitarismo;
- c) A da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, de corte liberal, que permite a translação da lógica, da retórica e da eficácia dos direitos da liberdade para os direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial.

No que se refere à jusfundamentalidade dos direitos sociais, Leonardo Barifouse²⁸⁰ faz duas importantes ressalvas:

- a) nem todos os direitos com assento constitucional são direitos fundamentais, sendo preciso verificar sua jusfundamentalidade mediante critérios formais e materiais referentes ao arranjo constitucional positivo; b) mesmo que se confira jusfundamentalidade aos direitos sociais, isso não implica a transposição *ipso facto* do regime jurídico dos direitos fundamentais individuais.

Ademais, de acordo com Aline Vitalis,²⁸¹ o direito à saúde corresponde a um direito fundamental social, que, por depender de uma prestação estatal e por implicar custos, geralmente bastante elevados, é diretamente afetado em períodos de crise econômico-financeira. Além disso, a autora explica, ainda, que não se pode desconsiderar que os desafios são inúmeros para a realização do direito fundamental à saúde.

E, para além da tradicional limitação dos recursos orçamentários, talvez o maior deles esteja relacionado à dificuldade de gestão e a uma maior eficiência administrativa, organizacional e regulatória, o que é evidente no caso brasileiro.

²⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

²⁸⁰ BARIFOUSE, Leonardo. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, p. 205-237, jan. 2015, p. 221.

²⁸¹ VITALIS, Aline. Estado prestador x Estado regulador. Direito social saúde no Brasil, 2016, p. 268.

Com isso, Marcelo Figueiredo²⁸² preleciona que a consagração explícita do direito à saúde, na esteira de toda uma ampla gama de outros direitos fundamentais, representa importante conquista no marco constitucional brasileiro.

É nesse toar que Ingo Wolfgang Sarlet²⁸³ explana que a fundamentalidade, no sentido material, encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida - e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade -, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.

Vale pontuar, consoante Vidal Serrano Nunes Júnior,²⁸⁴ que, tradicionalmente, por influência da teoria de Georg Jellinek, considera-se que os direitos individuais ou liberdades públicas são direitos negativos, que impõem ao Estado um dever de não fazer, uma vez que os direitos sociais são direitos positivos, que impõem ao Estado um dever de fazer. Por exemplo, no tocante ao direito à vida, o Estado teria o dever de não tirar a vida das pessoas, enquanto, no que toca ao direito à saúde, o Estado teria uma série de deveres destinados a implementar esse direito social.

Ou seja, o Estado está obrigado quanto a efetivação dos direitos sociais, uma vez que são direitos positivos, segundo a influência da teoria de Georg Jellinek.

Nesse compasso, Vidal Serrano Nunes Júnior²⁸⁵ afirma que parte da doutrina, ao analisar a natureza jurídica dos direitos sociais, considerou-os como normas de determinação dos fins do Estado, ou normas de organização ou garantias institucionais, ou normas programáticas desprovidas de eficácia jurídica, enquanto outra parcela os considera direitos fundamentais, tais como os direitos civis e políticos ou liberdades públicas, malgrado haja variações de entendimento. Dessa maneira, podemos dividir as várias correntes doutrinárias em dois grandes grupos: a) teorias negativas, que não reconhecem os direitos sociais como direitos fundamentais; b) teorias afirmativas, que reconhecem os direitos fundamentais como direitos fundamentais, embora haja variações de entendimento.

²⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p. 222.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.3.

²⁸⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 1252.

²⁸⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 1230.

Desse modo, Andreas Joachim Krell²⁸⁶ explica que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, é que Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁸⁷ dispõem sobre a opção por um regime geral e em princípio unificado para os direitos fundamentais, implicando em direitos fundamentais sociais, das categorias dogmáticas dos limites e restrições, apresentada na parte geral dos direitos fundamentais, ainda que sem desenvolvimento específico para os direitos sociais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello,²⁸⁸ no Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco, julgado em 14 de marco de 2008, ensina que:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde, representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não obstante, André Ramos Tavares²⁸⁹ elenca que o § 1º, do art. 5º, da Constituição do Brasil de 1988 prevê a eficácia plena dos dispositivos de direitos fundamentais: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A primeira leitura leva à conclusão de que esses direitos são, em sua totalidade, aplicáveis de imediato pelo operador do Direito.

²⁸⁶ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002. p. 240.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023, p.281.

²⁸⁸ Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 14 de marco de 2008, p. 39

²⁸⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022. p. 99.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem as etapas que os direitos fundamentais atravessaram. Nesse sentido, admitiu o Supremo Tribunal Federal²⁹⁰:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade. E os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade. Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade.

Para além do mencionado, o autor Uadi Lammêgo Bulos²⁹¹ afirma ainda sobre o direito à saúde e direito à vida, quanto ao primeiro, 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 omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

3.7 Eficácia das Normas Constitucionais sobre Direitos Sociais a Saúde

Sylvio Mota,²⁹² ao rememorar Gaetano Azzaritti, doutrinador italiano, classificou as normas constitucionais em duas modalidades: normas preceptivas e normas programáticas. Normas preceptivas aquelas detentoras de imperatividade, de eficácia jurídica, enquanto que as normas programáticas estão despidas de imperatividade, equiparando-se a um enunciado de natureza política ou filosófica.

Na sua visão, apenas as normas preceptivas seriam verdadeiras normas jurídicas, pois detentoras de eficácia jurídica, do poder de impor-se aos seus destinatários e obrigá-los a conformar sua conduta com os preceitos nelas contidos. As normas programáticas, apesar de constarem da Constituição, não seriam efetivamente normas jurídicas, pois destituídas de eficácia jurídica. Teriam o valor de

²⁹⁰ STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rei. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 17-11-1995, p. 39206.

²⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 378.

²⁹² SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 88.

meros aconselhamentos, sem obrigar seus destinatários a agir nos termos por elas indicados.

Mas, acrescenta Motta Sylvio²⁹³, que a nossa doutrina vem considerando esse dispositivo, (art. 6º), como de natureza programática, com os efeitos que lhe são peculiares. Seus comandos não constituem propriamente um direito, passível de invocação em caráter individual ou coletivo. Eles impõem diretrizes para o agir estatal, objetivos que direcionarão sua conduta. Cabe ao Estado, portanto, elaborar e pôr em prática os planos de governo que buscarão a concretização dos ideais constantes deste dispositivo constitucional.

Isto posto, Nathalia Masson²⁹⁴ lembra que as normas de eficácia limitada foram divididas pelo Professor José Afonso da Silva em dois grupos: as definidoras de princípios institutivos (organizativos ou orgânicos) e as definidoras de princípios programáticos. Com isso, as normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos são aquelas pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Ainda para a doutrinadora Nathalia Masson,²⁹⁵ tal grupo de normas corresponde ao que a doutrina denomina, simplesmente, normas programáticas, como são exemplos o art. 3º; o art. 7º, XX e XXVII; o art. 173, § 4º; o art. 196, o art. 205, o art. 216, g 3º, o art. 217; todos da CF/88. Assim, se faz importante lembrarmos que, segundo o Supremo Tribunal Federal.

A circunstância de serem as normas dotadas de eficácia programática não autoriza a conversão dos preceitos nelas consagrados em promessas constitucionais inconsequentes, 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.²⁹⁶

²⁹³ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 206.

²⁹⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 72.

²⁹⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 73.

²⁹⁶ Recurso Extraordinário 393175/RS. Supremo Tribunal Federal

Nesse compasso, Flávio Quinaud Pedron e João Carneiro Duarte Neto²⁹⁷ afirmam que o simples texto constitucional não era suficiente para garantir a existência real e concreta de direitos fundamentais sociais. Seriam normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais ainda inexistentes. Propagava-se o caráter programático da CRFB/88, irrealizável imediatamente.

Ademais, Andreas Krell²⁹⁸ considera que as normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização.

Assim, para Flávio Martins Alves Nunes Júnior²⁹⁹, norma programática é a norma constitucional que fixa um programa de atuação para o Estado. De modo que produz poucos efeitos, porque precisa de reiteradas e constantes políticas públicas destinadas à consecução dos objetivos da norma.

Segundo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,³⁰⁰ as normas constitucionais podem ser classificadas em: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; c) normas constitucionais programáticas. Por fim, normas constitucionais programáticas são as normas que indicam os fins a serem alcançados pelo poder público, bem como estabelecem princípios ou programas de ação a serem implementados. Segundo o autor, “traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos”.

Por fim, Flávio Martins Alves Nunes Júnior³⁰¹ elucida que as normas constitucionais programáticas são as normas que indicam os fins a serem alcançados pelo poder público, bem como estabelecem princípios ou programas de ação a serem implementados.

Outrossim, Flávio Martins Alves Nunes Júnior³⁰², depois de conceituar as normas programáticas, chega à conclusão de que essas “não geram direitos

²⁹⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, 2018. p.102.

²⁹⁸ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002, p. 240.

²⁹⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2019, p. 411.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 200-203.

³⁰¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2019, p.424.

³⁰² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p.424.

subjetivos na sua versão positiva, mas os geram em sua feição negativa. São dessa categoria as regras que preconizam a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras. Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como, por exemplo, os que se referem ao mínimo existencial.

Segundo José Afonso da Silva³⁰³, a eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais constitucionais é sobretudo interpretativa, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. Ele lamenta que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social.

Para Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka³⁰⁴, o disposto no *caput* do art. 6º da CRFB/88 não pode ser tido como mera norma programática, pois tais direitos são absolutamente essenciais à concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana, elencado entre os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, por força do art. 1º do texto constitucional.

No que se refere a constitucionalização dos direitos sociais, pode-se inferir, após os ensinamentos de Vidal Serrano³⁰⁵, que os direitos sociais são aqueles que receberam, graças ao neoconstitucionalismo, a maior mudança paradigmática quanto à sua aplicabilidade. Se no passado eram vistos como meras normas programáticas de reduzidíssima eficácia jurídica, os direitos sociais possuem atualmente carga normativa e, segundo o STF, deve o Estado cumprir imediatamente um “mínimo existencial” desses direitos.

Para Luís Roberto Barroso,³⁰⁶ o reconhecimento de força normativa das normas constitucionais foi uma conquista do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, Rogério Gesta Leal³⁰⁷ compreende que a disposição expressa na Carta da República Brasileira (artigo 5º, §1º, CF) garante, diferentemente de outras ordens

³⁰³ SILVA, José Afonso da. Curso Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 117.

³⁰⁴ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Direito constitucional. Coordenadora. Atlas, 2015. p.128.

³⁰⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 93.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 5.

³⁰⁷ LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 72.

constitucionais, que todas as normas de direitos fundamentais nela presentes têm eficácia plena e aplicação imediata. Assim, pode-se afirmar que os direitos sociais a prestações fáticas possuem aplicação imediata.

Em que pese a aplicabilidade e eficácia das normas de direito à saúde, lecionam os listres doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁰⁸ que enquanto a concepção usual parte da premissa de que o maior fragmento das normas constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina brasileira passou a admitir que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e são pelo menos (e mesmo assim apenas em parte, visto que boa parte das normas é diretamente aplicável) indiretamente aplicáveis.

Dessa forma, de acordo com as contribuições doutrinárias de Pontes de Miranda³⁰⁹, as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais: elas informam os parlamentos ao editar leis, bem como a Administração e o Judiciário, ao aplicá-las de ofício ou contenciosamente.

Essa temática encontra-se amplamente debatida na ADPF 45-9, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e que serve de parâmetro para o ordenamento jurídico.

O Ministro Celso de Mello, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 685.230, do Estado do Mato Grosso do Sul, julgado em 05 de março de 2013, volta a se manifestar sobre a efetividade da norma constitucional sobre direito social à saúde, ponderando que:

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.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes³¹⁰, “dizer que a norma do art. 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática,

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023, p. 77

³⁰⁹ MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946, v. I, p. 39.

³¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2019, p. 768.

incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. Conforme já assentamos em âmbito doutrinário “o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196”.

Não concordamos com essa perspectiva de restrição de aplicação e efetividade do direito social à saúde e nos filiamos à corrente doutrinária que defende que os direitos sociais devem ser determinados como fundamentais, adquirindo sua aplicabilidade imediata, conforme determina a Constituição Federal.

Acrescenta Flávio Martins³¹¹ que quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais, compreende-se que a doutrina como norma constitucional sobre direito social é uma norma-regra, e o seu cumprimento deve ser integral. Não se trata de uma opção normalmente feita pelo constituinte, tendo em vista a retirada da discricionariedade de seu cumprimento.

Por conseguinte, na lição de José Afonso da Silva³¹², ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. Não resta nenhuma dúvida de que tal disposição legal abrange as normas que revelam os direitos sociais”.

Corroborando com a construção dessa tese, Andreas Krell³¹³, em artigo publicado com a temática “Realização dos Direitos Fundamentais Sociais, mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos, numa visão comparativa, defende igualmente que:

As normas direitos fundamentais são de aplicação imediata, conforme disposto no §1º. do art. 5º. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, por ventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício de direito ou quanto à delimitação frente a outros direitos.

³¹¹ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Editora Saraiva, 2022, p. 131

³¹² SILVA, José Afonso da. Curso Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 117.

³¹³ KRELL, Andreas. Realização dos direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa). Ver. Informação Legislativa.1999. p. 240

Assim, Pedro Lenza³¹⁴ assegura que, por determinação, “as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata. Contudo, as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”.

Enquanto direitos fundamentais, alocados no Título II da CF/88, os direitos sociais têm aplicação imediata e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO³¹⁵.

Sobre essa temática, Alexandre de Moraes³¹⁶ explana que a definição dos direitos sociais, no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais, acarreta duas consequências imediatas, a saber: a subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista no § 1º, do art. 5º, e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³¹⁷ prelecionam que aos direitos sociais também se aplicam no disposto do art. 5º, § 1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e mesmo interesses públicos e privados.

Diante do exposto, conclui-se que os direitos sociais são preceitos fundamentais, verdadeiros postulados do atual estado democrático social de direito. Portanto, se forem violados, ou diante de inércia ou omissão estatal em proporcionar criações ou implementação de políticas públicas que garantam a concretude destes direitos, dando-lhes efetividade, poderá haver impugnação por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

³¹⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. Saraiva Jur. 2022, p. 1935

³¹⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. Saraiva Jur. 2022, p. 645.

³¹⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022, p. 248.

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Saraiva, 2023, p.279.

A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1.^a dimensão, acrescente-se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2.^a dimensão, acrescente-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Ainda, Nathalia Masson³¹⁸ retrata uma questão que merece especial atenção, qual seja:

De fato, como regra, a Constituição Federal estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, g 1º, CF/88). Porém, afirmar que uma norma constitucional é dotada de aplicabilidade imediata não significa dizer que ela dispensa a atuação positiva por parte dos poderes públicos. Significa dizer, apenas, que o direito nela previsto poderá ser exigido pelo seu destinatário de imediato, sem necessidade de regulamentação por lei.

Nesse diapasão, Pedro Lenza³¹⁹ ministra sobre a imediata aplicabilidade, relembando os ensinamentos de José Afonso da Silva. O mesmo assegurava que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Ademais, o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas, garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

O Entendimento da doutrina e da jurisprudência está consolidado no sentido de que as normas constitucionais que versarem sobre direitos fundamentais são de eficácia imediata, como podemos verificar no posicionamento da Ministra Carmen Lúcia,³²⁰ no Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado 13 de março de 2011.

E ele revitaliza uma tese das normas constitucionais programáticas que já estava superada, porque a ideia de norma constitucional programática é conservadora na medida em que inibe a eficácia da Constituição, justamente em que se faz mais necessária a presença do Estado, os direitos fundamentais de índole social.

³¹⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 73.

³¹⁹ LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado. 26^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1936

³²⁰ Min. Relato Marco Aurélio. Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 13.04.2011, p. 87.

Conclui-se esse tópico da pesquisa com a manifestação da Ministra do Supremo Tribunal, Carmem Lúcia, que defende o preceito de que nos dias atuais, já não se fala mais em norma constitucional programática – “e aí eu me redimo, porque, desde o meu primeiro livro, eu falava de norma constitucional programática com o maior entusiasmo; mas isso foi há vinte e seis anos. Eu, hoje, entendo que as normas constitucionais programáticas precisam ser redefinidas, repensadas, porque elas têm cumprido uma função conservadora”.

De acordo com os argumentos apresentados, está firmado o entendimento de que as normas definidoras do direito social a saúde no Brasil é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de eficácia plena e imediata. Consolidando nosso entendimento na Supraefetividade do direito social à saúde, ou seja, cabe poder público constituídos a obrigatoriedade conforme as normas constitucionais de disponibilizar a todo cidadão brasileiro os serviços em saúde de forma universal.

3.8 Direito à Saúde ou Proteção à Saúde

Há existência de questionamentos quanto à denominação “direito à saúde”, como direito a ser saudável, dado o caráter imprevisível de contingências e enfermidades. Em verdade, ter-se-ia um direito à *proteção* da saúde, materializado no aspecto de o Estado impedir condutas de terceiros que prejudiquem a saúde do indivíduo, bem como em prestações positivas referentes a cuidados com a saúde³²¹.

Nesse mesmo compasso, Marcelo Figueiredo³²² aduz que a saúde é um bem indisponível, não podendo ser conferido, podendo ser resguardado e promovido, fazendo sentido falar em direito à proteção da saúde e não direito à saúde.

Para Francisco José Leal de Vasconcelos³²³, foi com a intenção de proteção da saúde e conseqüentemente da vida que a legislação brasileira prevê que toda a população, dentro do território nacional, seja respaldada por um sistema de saúde

³²¹ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. Ver. da Defensoria Pública, 2008, p. 55.

³²² FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p. 224.

³²³ VASCONCELOS, Francisco José Leal de; DIAS, Maria Socorro de Araújo; SARAIVA, Maria José Galdino; SILVA, Márcia Maria Santos da. Judicialização da saúde: análise de ações judiciais demandadas na comarca de Sobral, Ceará. SANARE, Sobral - V.16 n.02, p.06-13. 2017.

público, universal e gratuito. É a partir da ação do Estado que se tem a garantia dessa cobertura a todos os cidadãos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,³²⁴ foi na consagração do art. 6º de nossa Constituição, e no art. 196 e seguintes que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.

André Ramos Tavares³²⁵ menciona o art. 5º, caput, da CRFB/88, prevendo expressamente, a inviolabilidade do direito à vida. Sendo o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado.

Desse modo, o direito à vida se cumpre, neste último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável³²⁶.

O Ministro Celso de Mello,³²⁷ no Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco, julgado em 14 de março de 2008, defende que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Nesse sentido, de acordo com André Ramos Tavares³²⁸, esclarece que o Supremo Tribunal Federal³²⁹.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 292.

³²⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 188.

³²⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 188.

³²⁷ Agravo no Recurso Extraordinário N. 271.286-8 com Agravo, do Estado do Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 19 de setembro de 2000, p. 1

³²⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 188.

³²⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8-RS. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 12.9.2000, p. 41.

Já reconheceu que o “direito à saúde (...) 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”.

O Ministro Celso de Mello³³⁰, em 2000, no Recurso Extraordinário N. 271.286-8 com Agravo, do Estado do Rio Grande do Sul, que analisava pedido de fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes com Hiv, acrescenta que:

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 aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O Ministro Alexandre de Moraes³³¹ pontifica que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Torna-se evidente, portanto, que a prestação de direitos sociais pelo Estado está relacionada, principalmente, às pessoas que compõem as classes que não possuem recursos financeiros o bastante para arcar com suas necessidades, e que, assim como qualquer indivíduo, devem ter sua dignidade preservada, sendo dever do Estado garantir que isso ocorra³³².

³³⁰ Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 14 de março de 2008, p. 39

³³¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022, p. 943.

³³² MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. Direitos Fundamentais Sociais: o desafio da Efetividade e a Instrumentalidade da ADPF. Curitiba: Juruá, 2013, p. 90.

Em concordância, para Ana Paula Barcellos,³³³ o direito à saúde exige complexas políticas públicas que envolvem práticas de prevenção, a definição das prioridades epidemiológicas, os tratamentos/procedimentos a serem adotados, e estruturas para atender a população e prestar esses serviços.

Ainda, tais práticas de prevenção, conforme Ana Paulo Barcellos³³⁴, podem envolver políticas, por exemplo, de vacinação, atendimento preventivo, bem como normas que estabelecem limites em termos de poluição ou exigem a utilização de equipamentos de segurança, com a consequente necessidade de existir uma estrutura de fiscalização do cumprimento dessas normas.

Para Ives Gandra da Silva Martins:³³⁵

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

Sylvio Motta³³⁶ alerta que é vedado ao intérprete tratar dado dispositivo constitucional como mera orientação de conduta. Seu caráter impositivo jamais pode ser desconsiderado.

3.9 Núcleo essencial do Direito à Saúde

No que se refere ao núcleo essencial do direito à saúde, Luciana Gaspar Duarte Melquíades³³⁷ defende que tal estrutura é a preservação do direito à vida, partindo do pressuposto de que a garantia do direito à vida seria a premissa lógica para a fruição de todas as manifestações do direito à saúde, considerado a segunda dimensão do direito à vida.

Nesse mesmo contexto, a autora³³⁸ leciona que o núcleo essencial do direito à saúde são demandas de primeira necessidade, todas aquelas prestações que se

³³³ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p.180.

³³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 180

³³⁵ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural. 1985, p. 27.

³³⁶ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 88.

³³⁷ MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Fórum, 2020, p, 160.

³³⁸ MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Fórum, 2020, p, 169

podem esperar do Estado são indispensáveis para a manutenção da vida. Já demandas de saúde de segunda necessidade são todas as que promovem o bem-estar, mas que não são indispensáveis para a garantia do direito à vida.

Imperioso ressaltar o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo no 685.230/MS, relatoria do Ministro Celso de Mello³³⁹ sobre Fornecimento gratuito de medicamentos, paciente com Diabetes Melittus, Vejamos:

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.

Em seus quatro artigos que versam exclusivamente sobre a saúde, a Constituição não tratou de delimitar o tema sobre o que é a saúde em si, e nem sobre o que abrange o direito à saúde, deixando assim o tema aberto à interpretação extensiva, decisão extremamente lógica, uma vez que as questões relativas à saúde têm passado por diversas transformações.

Nesse toar, emerge o direito fundamental à vida, que obviamente sem o acesso à saúde não será assegurado. Tal direito é de primeira dimensão e está disposto constitucionalmente no caput do art. 5º da Constituição Federal. *In Verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

Segundo o que aduz Nathalia Masson,³⁴⁰ a vida humana é o bem jurídico mais importante dentre todos os direitos constitucionalmente tutelados, afinal, estar vivo é um pressuposto elementar para se usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na Constituição Federal.

³³⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo no 685.230/MS. Min. Relator Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal, Julgado: 05.03.2013, p. 3

³⁴⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 280.

Além disso, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes³⁴¹.

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

Ainda sobre o mesmo assunto, Nathalia Masson³⁴² explica que o direito à vida costuma ser apresentado doutrinariamente em duas perspectivas: (I) o direito de continuar vivo, ou seja, de não ser morto; e (II) o direito a ter uma vida digna.

Sobre o direito à vida, em conformidade com os ditames constitucionais, Pedro Lenza³⁴³ assevera da seguinte forma:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Para Nathalia Masson,³⁴⁴ além do direito de viver, ao indivíduo também será assegurado o direito de continuar vivo e de ter uma vida digna. No que se refere à proteção a vida digna, que expande o conceito de viver para além da simples subsistência física, temos uma íntima e indissociável relação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88).

Evidencia-se então que a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo³⁴⁵.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁴⁶ compreendem que o direito à vida guarda conexão estreita com outros

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório 1013 de Jurisprudência. São Paulo: IOB, 1/18145, 2003, p. 178.

³⁴² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 281.

³⁴³ LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 46

³⁴⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 286.

³⁴⁵ LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 46

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2020, p. 422.

direitos, como o direito à saúde, ao mínimo existencial e mesmo ao meio-ambiente saudável. Embora não se confunda com qualquer deles, tal circunstância revela a transversalidade do direito à vida, que faz com que ele perpassasse diversos domínios.

Nesse diapasão, Nathalia Masson³⁴⁷ leciona, ainda sobre o assunto, que resguardar uma vida com dignidade é tarefa multifacetária, que exige que o Estado assegure ao indivíduo o acesso a bens e utilidades necessárias para uma vida apropriada, forneça serviços essenciais, como, por exemplo, de educação, de saúde, entre outros.

De acordo com André Ramos Tavares,³⁴⁸ o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que:

Direito à saúde (...) 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 inconstitucional³⁴⁹.

Por todo o supramencionado, infere-se que o direito à saúde também coincide com um direito fundamental, considerando o disposto nas linhas pretéritas sobre o direito à vida, uma vez que ambos são íntimos.

Vejamos o que Ingo Wolfgang Sarlet³⁵⁰ aduz sobre o tema:

A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistemática introduzida em 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo, de outra parte, às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que muito influíram o constituinte originário, notadamente pelo resultado das discussões travadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde.

Dessa forma, o direito à saúde consagrado na Constituição Federal trata-se de um direito universal e integrativo a toda a população, de forma que “seu exercício

³⁴⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 281.

³⁴⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 188.

³⁴⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8-RS. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, Boletim de Direito Administrativo, ago. 2001, p. 641.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.2.

passa a depender das necessidades dos indivíduos e das condições asseguradas pelo Estado para que o direito na lei se transforme em direito em exercício³⁵¹”.

Afirma Marcelo Novelino³⁵² que, por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais, mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

Conforme dá conta o célebre constitucionalista Leonardo Barifouse³⁵³, a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa remonta a Aristóteles, mais diretamente ao Livro V da *Ética a Nicômaco*. A efetivação dos direitos sociais, portanto, deve considerar a função de justiça distributiva (justiça social) que os mesmos possuem e que imanta as respectivas políticas públicas, não cabendo utilizar o modelo de justiça comutativa a que corresponde a visão privatista do direito subjetivo.

Flavio Martins Nunes Junior³⁵⁴ acrescenta que, seguramente, os direitos Sociais consistem no mais relevante e complexo tema constitucional da atualidade e que sua natureza, sua eficácia e seus eventuais limites são temas discutidos por todo o mundo.

3.10 Políticas públicas para efetivação do direito à saúde no Brasil

No tocante aos direitos sociais, o ponto se revela particularmente sensível, uma vez consagrados de forma tão generosa na Constituição da República Federativa, tornando a sua concretização dependente, de maneira inevitável, de prestações estatais efetivadas por políticas públicas.

Ao passo que, para Fábio Konder Comparato³⁵⁵, a definição de política pública foi assim por ele detalhada:

A política ou polícia pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa

³⁵¹ FLEURY, Sônia. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde em debate*, v. 36, n. 93, 2012. p. 159.

³⁵² NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 17ª Ed. São Paulo: Método, 2022, p. 999.

³⁵³ BARIFOUSE, Leonardo. *Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais*. 2015. p. 213.

³⁵⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva Educação, 2019.

³⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248.

atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos — pessoais, institucionais e financeiros — aptos à consecução desse resultado. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição, ou as leis.

Por outro lado, sobre a mesma temática, Maria Paula Dallari Bucci³⁵⁶, define o conceito jurídico de política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Dessa forma, políticas públicas são ações propostas pelo Estado com o objetivo de garantir que, principalmente, os direitos sociais sejam vestidos ao caso concreto de cada indivíduo que aquele direito alcance, feito isso através de promulgação de leis ou implementação de programas sociais.

Nesse mesmo sentido, igualmente ocorre para todos os direitos sociais dispostos no art. 6º da Constituição Federal, ressaltando-se o direito à saúde. Por fim, as Políticas Públicas são instrumento para garantia dos direitos sociais, pois possibilitam elo entre indivíduo e atuação do Estado.

Ademais, para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo,³⁵⁷ o termo "promoção da saúde" atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas, o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como a garantia de uma saúde de alto nível.

Com o objetivo de assegurar o direito à saúde, a Constituição da República dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

³⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

³⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 5.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos exatos termos do art. 196.

Imperioso se faz mencionar que a responsabilidade do Poder Público para com a efetivação do direito à saúde é comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios, e estes entes devem cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, nos moldes do art. 23, II, da Constituição Federal.

Para André Ramos Tavares³⁵⁸, o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal, igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (arts. 166 e 198, II).

Por fim, o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.

Nesse compasso, Uadi Lammêgo Bulos³⁵⁹ explica sobre o direito público subjetivo à saúde, alegando que este traduz um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.

Dessa forma, dizer que a saúde é dever do Estado brasileiro, ou seja, da República Federativa do Brasil, não significa eximir da responsabilidade dos entes federativos, como bem lembra Uadi Lammêgo Bulos³⁶⁰, para quem, em tese, cumpre aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios primar pela consecução de políticas públicas úteis à manutenção da saúde integral do indivíduo.

³⁵⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 334.

³⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1378.

³⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.1379.

3.11 Serviço Público de Saúde e Sistema Único de Saúde no Brasil

Preleciona Nathalia Masson³⁶¹ que os direitos sociais à saúde representa direitos subjetivos, considerados fundamentais, dotados de normatividade e força vinculante, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam aos indivíduos, ao menos, a aproximação da igualdade real.

André Ramos Tavares³⁶² defende que a Constituição expressamente declara que as ações e serviços de saúde são considerados “de relevância pública” (art. 197 da CB). Com isso, é impreterível que caiba ao Poder Público, dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Assim, a Constituição de 1988 esteve extremamente atenta à necessidade de presença do Poder Público em tais ações e serviços de saúde, a ponto de minudenciar, no art. 200, uma série de atuações que se fazem necessárias nessa seara³⁶³.

O direito à saúde apresenta uma evidente dimensão defensiva, como lecionam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁶⁴.

Em que pese gerar um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos que possam causar danos ou ameaçar a saúde da pessoa, sem prejuízo de sua simultânea função prestacional positiva, pois ao Estado incumbe a criação de todo um aparato de proteção como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde através de campanhas de vacinação pública, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação nos conselhos e conferências de saúde, entre outros, além do dever estatal de fornecimento de prestações no campo da assistência médico-hospitalar e medicamentos.

Como bem leciona Anderson Martins da Silveira,³⁶⁵ com o advento da Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, foi constituído o

³⁶¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 443.

³⁶² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 334.

³⁶³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. Saraiva, 2001. p. 334.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2023, p.281.

³⁶⁵ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, 2015.

Sistema Único de Saúde – SUS, consistindo numa rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde³⁶⁶.

Segundo preleciona Ana Paula Barcellos³⁶⁷, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define que os serviços de saúde serão desenvolvidos e prestados por um sistema público unificado, qual seja, o Sistema Único de Saúde – SUS.

Não se pretende, aqui, fazer uma descrição exaustiva do sistema de saúde brasileiro, mas apenas demonstrá-lo, de acordo com Gianfranco Faggin Mastro, Andréa e Marcos Paulo Falcone³⁶⁸.

- I. Que a adoção de um sistema nacional de saúde no Brasil foi uma conquista social, fruto da redemocratização da sociedade e de uma concepção da saúde como direito de cidadania;
- II. Que o texto constitucional e a legislação pátria declaram a saúde como direito fundamental, bem como descrevem, de forma exaustiva, os princípios, as diretrizes, a forma de custeio e a estrutura institucional que o Estado deve adotar para garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde, inclusive com um complexo sistema de vigilância sanitária;
- III. Que a participação da comunidade constitui um dos princípios que iluminam a elaboração das políticas de saúde.

Ademais, a Lei nº. 8.080/1990, que organizou o Sistema Único de Saúde – SUS, explicitou, entre suas atribuições, uma série de atividades preventivas em saúde, além da vigilância sanitária e do controle de produtos e substâncias de interesse para a saúde³⁶⁹.

A Lei nº. 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e, também, dá outras providências.

As bases coletivas do Sistema Único de Saúde, em conformidade com as normas constitucional, e lei específica sobre essa temática deverem ser consolidadas com base nos princípios da universalidade do acesso aos serviços de saúde, a integralidade das ações, a descentralização dos serviços, a relevância pública das ações e dos serviços e a participação da comunidade.

³⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1381.

³⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p. 328

³⁶⁸ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. PATULLO Marcos Paulo Falcone. A inaplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional no sistema de saúde brasileiro. São Paulo. 2021.

³⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p.321.

Nathalia Masson,³⁷⁰ abordando sobre o caráter universal e público, lembra que o Brasil é o único país do mundo com mais de 203,1 milhões de pessoas a possuir um sistema público de saúde, isto é, financiado pelo governo, no qual todo indivíduo tem o direito de ser atendido, isto é, universal, ou melhor, para todos, nos termos da Lei n.º 8.080/1990.

Nesse contexto, vale ressaltar que existem vários sistemas de saúde no mundo, como, por exemplo, no Canadá, na Dinamarca, na Suécia, na Espanha, Portugal e no Reino Unido, e nenhum tem população superior a 100 milhões (desses países, o mais populoso é o Reino Unido, com quase 70 milhões de habitantes). Desse modo, uma diferença crucial entre esses sistemas e o SUS é que, no Brasil, o governo investe bem menos na área, proporcionalmente, que os demais³⁷¹.

Consoante ressalvas que Nathalia Masson,³⁷² cumpre relembrar, que o caráter universal e a igualitário do acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 581.48813, no qual se discutia a possibilidade de um paciente do SUS pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência. Na visão do Supremo Tribunal Federal, o acesso ao serviço público de saúde deve ocorrer mediante igualdade de condições, sendo inadmissível a concessão de privilégios odiosos e contrários à universalidade.

Nesse contexto, Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo³⁷³ lecionam que a garantia de "acesso universal e igualitário" (art. 196, CF/1988) às ações e aos serviços de saúde coaduna-se, mormente no contexto de países com marcada desigualdade social como o Brasil, com a exigência de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado e da sociedade em oferecê-la, justificando o questionamento da equiparação entre as noções de universalidade e gratuidade de atendimento e tratamento.

Desse modo, o acesso à saúde no Brasil deve considerar o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além de contemplar um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos

³⁷⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1723.

³⁷¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1723.

³⁷² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1723.

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 13.

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos exatos termos do art. 3º, IV da Constituição Federal de 1988.

É nesse mesmo sentido que Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo³⁷⁴ doutrinam que, na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente, assimilada à noção mais corrente de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade de modo a permitir a ponderação.³⁷⁵

Quanto à integralidade do atendimento, ensina Ingo Wolfgang Sarlet³⁷⁶ que, para além das outras questões tratadas, importa lembrar a existência de limites de ordem técnica e científica ao deferimento de certas prestações materiais, calcados em critérios de segurança e eficiência do tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se também às noções de economicidade.

No que se refere às ações e serviços públicos de saúde, André Ramos Tavares³⁷⁷ aduz que as referidas se subsumam ao princípio do atendimento integral (art. 198, II), que é diverso do já mencionado acesso universal.

Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores.

Ademais, segundo Marcelo Figueiredo³⁷⁸, o artigo 200 da Constituição Federal arrola uma série de atribuições para o SUS, determinando bens a serem tutelados e ações por desenvolver ações de vigilância sanitária e epidemiológica, proteção da

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 25.

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 14

³⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p. p.3.

³⁷⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. 2022, p. 334.

³⁷⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. Saraiva, 2001. p. 334.

³⁷⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p.224.

saúde do trabalhador, fiscalização e controle de alimentos, assim como das atividades que envolvam substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

Ainda, André Ramos Tavares³⁷⁹ elenca que o sistema único de saúde deve, consoante o disposto no art. 200 da CRFB/88, controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e, igualmente, participar da produção de medicamentos, equipamentos e insumos. Deve fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas, compreendendo-se aí seu teor nutricional. Cumpre também ao sistema único executar ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador.

O dispositivo constitucional também explicita algumas das interconexões entre o direito à saúde e o objeto de outros direitos fundamentais, fazendo menção, por exemplo, ao saneamento básico, ao ambiente, à educação e cultura, principalmente quanto ao desenvolvimento científico e tecnológico³⁸⁰.

Nathalia Masson³⁸¹ explica que a inspiração para a construção desse catálogo é, claro, resguardar a supremacia da Constituição, pilar do constitucionalismo contemporâneo. Referida premissa interpretativa estabelece que, em virtude de a Constituição ocupar o ápice da estrutura normativa em nosso ordenamento, todas as demais normas e atos do Poder Público somente serão considerados válidos quando em conformidade com ela.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,³⁸² anteriormente a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, o acesso à assistência médico-hospitalar era limitado aos trabalhadores com vínculo formal, segurados da Previdência Social, enquanto a competência para a implementação de ações e serviços de saúde era dividida da seguinte maneira, a saber, ao Ministério da Saúde cabiam as "ações de alcance coletivo", com caráter sanitário e preventivo, associadas à ideia de saúde pública; enquanto as "ações individuais", de escopo curativo, ficavam a cargo do Ministério da Previdência e Assistência Social, que as realizava por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS.

Embora promulgado o texto constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet³⁸³ ensina que esse modelo de saúde ainda persistiu de certo modo vigente, como uma espécie de

³⁷⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. 2022, p. 334.

³⁸⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas: São Paulo, 2010, p.224.

³⁸¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 74.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p. 16.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p. 16.

"fantasma", pelo menos até meados de 1993, quando o INAMPS foi finalmente extinto pela Lei 8.689, de 27 de julho daquele ano. Note-se que, nessa época, a legislação infraconstitucional regulamentadora do SUS já havia sido editada, com as Leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990.

Ainda, leciona Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁴ que a falta de uma definição mais precisa e pormenorizada acerca da responsabilidade pela execução das diferentes ações compreendidas na assistência à saúde, isto é, a quem caberia a realização de quais ações e a prestação de quais serviços no âmbito do SUS, guarda certa relação com a frágil afirmação jurisprudencial do direito à saúde, notadamente na dimensão de direito a prestações materiais diretamente exigíveis, com fundamento exclusivo no texto constitucional.

Nesse toar, as dificuldades de efetivação do direito à saúde, por meio da plena disponibilização dos serviços necessários ao bom funcionamento do SUS e da garantia de oferta das diversas prestações na área de saúde, refletiram-se no incremento das ações judiciais nesta seara, cujo principal objeto centrou-se na pretensão ao fornecimento de medicamentos³⁸⁵.

Essa situação começaria a ser alterada em 1993, segundo Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁶, com a elaboração da Norma Operacional Básica - NOB 01/93 pelos representantes das três esferas federativas, em que estabelecidas as primeiras normas visando à descentralização das ações e dos serviços de saúde.

Deve-se registrar, todavia, que a descentralização do SUS ocorreria de forma realmente efetiva somente com a superveniência da NOB 01/96, pela qual se definiu a responsabilidade dos Municípios pela atenção à saúde, organizada em rede regionalizada e hierarquizada, segundo diferentes graus de complexidade do atendimento oferecido - donde a conveniência no estabelecimento de parcerias intermunicipais, ademais de terem sido estipuladas as formas pelas quais essa responsabilidade seria assumida, se pela gestão plena da atenção básica.

Consoante Anderson Martins da Silveira,³⁸⁷ a Norma Operacional Básica – NOB 01/93 - definiu explicitamente os municípios como gestores específicos dos

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.17

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.16

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.16

³⁸⁷ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, 2015.

serviços e estabeleceram-se os diferentes níveis de adesão ao SUS, bem como as responsabilidades e as formas de repasses de recursos que lhes correspondem.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁸ aduz que essa norma seria substituída pela NOAS 01/2002 que, reiterando as diretrizes de seu antecedente, instituiu o PAB-ampliado, com maior diversidade dos procedimentos oferecidos, estipulou as características das regiões de saúde estaduais e estabeleceu mecanismos de financiamento para os procedimentos de maior complexidade e custo. O impacto dessas medidas nos gastos do Ministério da Saúde foi visível: "as transferências para municípios crescem rapidamente a partir de 1997 - sob o efeito da NOB 01/96 -, enquanto as transferências para Estados e DF crescem a partir de 2001, com a NOAS 01/2000". Juntas, as transferências a governos subnacionais alcançam 58,4% dos gastos do MS em 2005.

Em que pese os custeios das ações de saúde, a Portaria n 698/GM, de 30 de maio de 2006, observado o disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica do SUS, dispõe:

Art. 1º Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.

Art. 2º Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados.

Art. 3º Ficam criados os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica;

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.

O Sistema Único de Saúde - SUS é assim definido pelo artigo 4º, da Lei nº. 8.080/1990:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.18

Uma das características polêmicas é a sua implementação progressiva, respeitando os limites orçamentários, a chamada reserva do possível. O tema foi rapidamente identificado quando se tratou da doutrina clássica do Direito Constitucional acerca da eficácia e programaticidade das normas da Constituição. Neste ponto, o florescimento da teoria da reserva do possível, dos limites orçamentários e dos altos custos do Estado Social tenham sido o principal alvo teórico e prático dos estudiosos e operadores do Direito³⁸⁹.

O autor acima mencionado afirma que as referidas ações e serviços públicos de saúde, dispostas no art. 4º da Lei nº. 8.080/1990, devem integrar-se em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, caput e inciso I, da CB), vale dizer, na esfera federal, estadual, distrital e municipal. Assim, a expressão “as ações e serviços públicos” de saúde têm como responsável o Poder Público, considerado em sentido amplo, englobando todas as entidades federativas.

De acordo com Aline Vitalis,³⁹⁰ o Sistema Único de Saúde é considerado o maior sistema público, universal e gratuito de prestação de serviços de saúde do mundo³⁹¹, abrangendo todos os brasileiros (mais de 203 milhões de pessoas, incluindo-se aqui os cerca de 150 milhões de cidadãos que não têm planos de saúde suplementar). Deve-se ressaltar que todo e qualquer cidadão tem direito à prestação de serviço de saúde pelo SUS, independentemente de relação formal de trabalho ou contribuição à seguridade social.

Por outra banda, Ana Paula Barcellos³⁹² explica que a Constituição de 1988 organiza um sistema público de saúde, integrado por todos os entes da Federação, mas prevê que a prestação dos serviços será descentralizada. Ou seja, embora o sistema seja um só e em certa medida hierarquizado integrando União, Estados,

³⁸⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 334.

³⁸⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. Saraiva, 2001. p. 380.

³⁹⁰ VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado regulador. Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p. 274

³⁹¹ O Brasil é o quinto país do mundo em extensão territorial (área de 8.515.767 km²), equivalendo aproximadamente a 96 vezes a extensão territorial de Portugal. Com mais de 202 milhões de habitantes, ocupa também a posição de quinto país mais populoso do planeta. O multiculturalismo e a diversidade étnica também são característicos do País, bem como as desigualdades regionais. Todos esses fatores influenciam e acarretam desafios para a administração de questões relevantes para os cidadãos, especialmente relacionadas à gestão, abrangendo aqui a viabilização do acesso efetivamente universal ao direito à saúde. Aline VITALIS. 2016, p. 276.

³⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p. 321

Distrito Federal e Municípios, a ideia é que a prestação do serviço seja tão local quanto possível.

Aline Vitalis³⁹³ destaca os objetivos do Sistema Único de Saúde, estabelecidos na Lei nº. 8.080/1990, os que mais se sobressaem são, a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; logo em seguida a formulação de política de saúde destinada a promover, nas esferas econômica e social, a redução dos riscos de doenças; e, a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, mediante a realização integrada de ações assistenciais e de atividades preventivas.

A esse respeito, Aline Vitalis³⁹⁴ enfatiza que merece referência ao artigo 2º, da Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, ressaltando o parágrafo 2º do mencionado artigo que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Ana Paula Barcellos³⁹⁵ afirma que além das atividades de prevenção e das outras prioridades, a Constituição também dispõe que o sistema fornecerá medicina curativa e, no mesmo sentido, a Lei nº. 8.080/1990 faz menção à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. É nesse sentido que a cada dois anos o SUS atualiza a listagem de medicamentos fornecidos gratuitamente (ou que devem ser fornecidos gratuitamente, denominada de RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Como bem elucida André Ramos Tavares:³⁹⁶

A Emenda Constitucional nº. 86/2015 vincula 15% da receita corrente líquida do respectivo ano financeiro da União às “ações de serviços públicos de saúde”. Esse percentual deverá ser realizado progressivamente, nos termos do art. 2º da EC nº. 86/2015. Os percentuais mínimos a serem dedicados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser estabelecidos por lei complementar, conforme art. 198, § 3º, I, da CRFB/88.

³⁹³ VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado regulador. Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p.274

³⁹⁴ VITALIS, Aline. Estado prestador versus Estado regulador. Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 53, n. 210, p. 267-290, abr./jun. 2016, p.274

³⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p.321

³⁹⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 334.

³⁹⁶ Curso de Direito da Seguridade Social, p. 334.

Anderson Martins da Silveira³⁹⁷ pontua acerca da Portaria MS nº. 338, que instituiu a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, afirmando que o medicamento é o insumo essencial para a proteção e recuperação da saúde. Dessa forma, uma vez assegurado o direito de todos à saúde, conseqüentemente está o acesso aos medicamentos, incumbindo ao Poder Público fornecê-los gratuitamente.

Entrementes, segundo menciona Anderson Martins da Silveira,³⁹⁸ o Ministério da Saúde, através da Portaria nº. 533, de 28 de março de 2012, estabeleceu o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME no âmbito do SUS.

Dessa forma, a RENAME, que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País, constitui a base para a organização das listas estaduais e municipais, favorecendo o processo de descentralização da gestão, haja vista que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

De acordo com Ana Paula Barcellos:³⁹⁹

O SUS integra os três entes federativos em uma estrutura única, embora a prestação seja regionalizada e, tanto quanto possível, descentralizada. Essa opção constitucional e legal confere aos Municípios especial destaque no que diz respeito à prestação dos serviços, embora sem exclusividade. Sendo assim, os Estados e, sobretudo, a União tem um papel importante no financiamento do sistema e na cooperação técnica.

Nesse ínterim, Anderson Martins da Silva⁴⁰⁰ ministra que foi com o intuito de promover a assistência farmacêutica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME”.

³⁹⁷ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, 2015.

³⁹⁸ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM. 2015, p. 56.

³⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 321.

⁴⁰⁰ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 26 setembro 2018

Assim, vale ressaltar que, consoante Anderson Martins da Silveira,⁴⁰¹ a definição dos medicamentos a nível estadual deverá ser realizada com base na RENAME e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado. No âmbito municipal, a relação de medicamentos essenciais também deve ser definida em conformidade com a RENAME, a partir das necessidades da população, com base no critério da nosologia local.

Leciona ainda sobre a Política Nacional de Medicamentos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,⁴⁰² que ao gestor federal caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento. Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. Sendo assim, o propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais definidos no Plano Municipal de Saúde.

Com isso, Anderson Martins da Silveira⁴⁰³ aduz ainda que a ampliação da necessidade de medicamentos cresceu juntamente com a indústria farmacêutica. Estas modificações, quantitativas e qualitativas, desencadearam a necessidade de uma Política Nacional de Medicamentos, que nasceu como parte essencial da Política Nacional da Saúde e tem como propósito garantir a segurança, eficácia, qualidade e acesso da população àqueles considerados essenciais.

Trata-se, aqui, conforme Ana Paula Barcellos,⁴⁰⁴ de regulamentação constitucional do próprio art. 23, II. Nessa linha, o art. 198 dispõe que a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, criado para universalizar as prestações de saúde, harmonizando a atuação dos entes federados, o que foi levado a cabo pela Lei nº. 8.080/1990, já referida; e a obrigação administrativa e legislativa na elaboração do orçamento de investimento mínimo em ações e serviços de saúde.

⁴⁰¹ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, 2015, p.33

⁴⁰² BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

⁴⁰³ SILVEIRA, Anderson Martins da. A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, N. 57, 2015, p.27

⁴⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 321.

Nesse diapasão, vejamos o que a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº. 8.080/90, institui acerca das ações e serviços de saúde:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - Direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - Divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - Descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - Integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

Desse modo, Leny Pereira da Silva⁴⁰⁵ analisa que a legislação infraconstitucional garante expressamente não só a assistência farmacêutica, como também o fornecimento de “insumos terapêuticos” (tais como órteses, próteses, cadeiras de rodas, marcapassos).

⁴⁰⁵ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2018, p. 37.

No tocante à distribuição de medicamentos, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁶ realça que a competência da União, dos Estados, bem como dos Municípios, não está explicitada nem na Constituição, nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria Nº. 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

Ademais, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁷ explica que os medicamentos essenciais *básicos* compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos.

Nesse contexto, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁰⁸ explana que a seleção de medicamentos que comporiam a REMANE seguiu os seguintes critérios:

- a) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica;
- b) Medicamentos que supram as necessidades da maioria da população;
- c) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações;
- d) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI);
- e) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas;
- f) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade;
- g) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando:
- h) Comodidade para a administração aos pacientes;
- i) Faixa etária;
- j) Facilidade para cálculo da dose a ser administrada;
- k) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses.

⁴⁰⁶ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ver. Dir. Social, 2009.

⁴⁰⁷ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ver. Dir. Social, 2009.

⁴⁰⁸ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Ver. Dir. Social, 2009.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,⁴⁰⁹ define, todavia, que os medicamentos de “dispensação” em caráter excepcional:

São aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

Assim, infere-se que ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional.

Em face ao exposto considerando que o direito social à saúde representa um direito fundamental e uma garantia de proteção do Estado a todo cidadão brasileiro, como um direito inerente ao ser humano por estar inserido no número do mínimo existencial.

Nesse sentido, poderes constituídos devem elaborar políticas públicas para uma real efetivação do direito à saúde no Brasil, utilizando-se do Sistema Único de Saúde – SUS, como instrumento de materialização de acesso aos serviços de proteção à saúde em qualquer uma das modalidades ou complexidade em tratamento de saúde, ou ainda na oferta de medicamentos quando necessário a estabilidade do direito social como comprimento direto ao princípio da dignidade da pessoa da pessoa humana.

3.12 População Idosa e Sistema Único de Saúde no Brasil

Outro aspecto relevante nesse processo de efetivação do direito social à saúde está relacionada aos cuidados específicos aos idosos no Brasil, posto que essa evolução de envelhecimento da população nacional na última década teve um aumento em quase 60%.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, revelam que o Brasil, atualmente, tem uma população de idosos, ou seja, pessoas com mais de 65 anos,

⁴⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, p 19.

composta por mais de 22 milhões de pessoas, representando no contexto geral quase 11% do total de sua população.

Desse modo, verificamos que o Brasil está em um processo contínuo e intenso de envelhecimento da população brasileira. Esse crescimento populacional representa uma importante conquista social, e resulta da melhoria das condições de vida, incluindo a ampliação do acesso a serviços médicos preventivos e curativos, avanços na tecnologia médica, aumento da cobertura de saneamento básico, maior nível de escolaridade e renda, entre outros fatores determinantes⁴¹⁰.

De acordo com a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, com o envelhecimento da população – fato constatado mundialmente – a mudança no perfil demográfico deve ser considerada pelo Poder Público na definição de prioridades, especialmente quanto a políticas de saúde pública⁴¹¹.

Por outro lado, serviços específicos em saúde devem ser ofertados pelo poder público, com o propósito de ofertar qualidade de vida a esse grupo especial da sociedade, em suas particularidades, uma vez que determinadas enfermidades serão mais comuns de serem verificadas nessa faixa etária da população.

Com essa finalidade, o Ministério da Saúde fez um levantamento sobre os principais problemas de saúde enfrentados pelos idosos, relatando que:

O perfil de saúde da população idosa é caracterizado por três tipos principais de problemas de saúde: doenças crônicas, problemas de saúde agudos decorrentes de causas externas e agravamento de condições crônicas. Isso significa que muitos idosos lidam com doenças duradouras e enfrentam riscos de morte e doenças súbitas causadas por acidentes ou problemas agudos. Embora muitos idosos tenham doenças crônicas ou disfunções orgânicas, cabe destacar que essas condições nem sempre limitam suas atividades diárias, participação social ou seu papel na sociedade.

Nesse contexto, a vulnerabilidade física, que decorre do processo natural de envelhecimento, leva os idosos a buscar mais assistência à saúde do que os demais grupos etários. Isso tem contribuído para um aumento de ações judiciais para garantir direitos a medicamentos, atendimentos e outras demandas⁴¹².

⁴¹⁰ <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-da-pessoa-idosa>

⁴¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.435 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Ministro Rel. Gilmar Mendes Julgado 21.12.2020, p. 18.

⁴¹² Efig AC, organizador. Direitos dos idosos: tutela jurídica do idoso no Brasil. São Paulo: LTr; 2014.

A proteção da saúde dos idosos tem respaldo na Constituição Federal, que trouxe significativos avanços no tocante à proteção dos direitos fundamentais dos idosos relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que, indubitavelmente, a sociedade não pode mais ignorar essa realidade que se apresenta, qual seja, o envelhecimento da população brasileira.

A Constituição Federal, consolidou-se na proteção especial ao idoso ao especificá-los como sujeitos detentores de direitos e as garantias fundamentais, constituindo um dever da família, da sociedade, do Estado o amparo e proteção as pessoas idosas, inovando assim o ordenamento jurídico brasileiro.

Essa proteção encontra-se consolidada no artigo 230 da Constituição Federal que dispõe da forma seguinte:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

Apesar de se ter consciência da importância das inovações introduzidas pela CF/88, entre as quais, que é dever dos filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade, sabe-se que há muita ambiguidade na esfera familiar e de difícil percepção, uma vez que muitas famílias se encontram sob o domínio quase que absoluto dos interesses econômicos⁴¹³.

Foi introduzido ainda, outras normas legais na proteção dos direitos fundamentais do idoso, como, por exemplo, a Lei Nº. 8.842, que dispõe sobre a política Nacional do Idoso e a Lei Nº. 10741 de 2003 denominada Estatuto do Idoso.

Em 04 de janeiro de 1994, foi aprovada a Lei Nº. 8.842, que dispõe sobre a política Nacional do Idoso, tendo por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

No artigo 10 do referido diploma legal, ao descrever as competências dos órgãos e entidades públicas na implementação da política nacional do idoso, sobre as ações governamentais, específicas para a saúde do idoso, encontramos as seguintes:

⁴¹³ GOTTER, Débora Teixeira. ARGERICH. Eloísa Nair de Andrade. A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição Federal e Estatuto do Idoso. 2015.

II - Na área de saúde:

- a) garantir ao idoso a assistência à saúde, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde;
- b) prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde do idoso, mediante programas e medidas profiláticas;
- c) adotar e aplicar normas de funcionamento às instituições geriátricas e similares, com fiscalização pelos gestores do Sistema Único de Saúde;
- d) elaborar normas de serviços geriátricos hospitalares;
- e) desenvolver formas de cooperação entre as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios e entre os Centros de Referência em Geriatria e Gerontologia para treinamento de equipes interprofissionais;
- f) incluir a Geriatria como especialidade clínica, para efeito de concursos públicos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais;
- g) realizar estudos para detectar o caráter epidemiológico de determinadas doenças do idoso, com vistas a prevenção, tratamento e reabilitação; e
- h) criar serviços alternativos de saúde para o idoso;

Em 01 de outubro de 2003, o Congresso Nacional aprovou a Lei Nº. 10.741 que cria Estatuto da Pessoa Idosa⁴¹⁴, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Determinando no Artigo 2º, os direitos fundamentais a serem observados na proteção integral da pessoa idosa, conforme transcrevemos:

A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando sê-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Especificamente sobre o direito social a saúde, especifica o Artigo 15 do Estatuto da Pessoa Idosa da forma seguinte:

É assegurada a atenção integral à saúde da pessoa idosa, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente as pessoas idosas.

⁴¹⁴Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que com a promulgação do Estatuto do Idoso e a Constituição Federal vigente, o que se observa é que não estão sendo atendidas as demandas que os idosos apresentam, carecendo algumas vezes da efetivação e, principalmente, da fiscalização da lei e de proteção parental⁴¹⁵.

Posteriormente, em 19 de outubro de 2006, considerando a necessidade de que o setor saúde disponha de uma política atualizada relacionada à saúde do idoso, o Ministério da Saúde através da Portaria N°. 2.528, aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. Especificando que:

A atenção integral e integrada à saúde da pessoa idosa deverá ser estruturada nos moldes de uma linha de cuidados, com foco no usuário, baseado nos seus direitos, necessidades, preferências e habilidades; estabelecimento de fluxos bidirecionais funcionastes, aumentando e facilitando o acesso a todos os níveis de atenção; providos de condições essenciais - infraestrutura física adequada, insumos e pessoal qualificado para a boa qualidade técnica.

Desse modo, as leis podem contribuir para a melhoria das comunidades, em especial, nas ações voltadas para a saúde da população, sendo fundamental compreender sua repercussão na coletividade⁴¹⁶.

Em 21 de dezembro de 2020, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.435 do Estado do Rio de Janeiro⁴¹⁷ de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que concedia descontos a consumidor idoso para aquisição de medicamentos em farmácias localizadas no Estado.

O Advogado-Geral da União⁴¹⁸ manifesta-se pela improcedência do pedido formulado na inicial e reconhece que:

“1) o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no acesso a medicamentos, sobrepõe-se, no caso concreto, à livre iniciativa; 2) o critério discriminatório adotado pela lei impugnada – proteção à pessoa idosa – coaduna-se com a ordem constitucional; e 3) a responsabilidade social dos empresários para com os idosos não pode ser mitigada em face de uma redução ínfima de lucros” (fls. 216/217).

⁴¹⁵ GOTTERT, Débora Teixeira. ARGERICH. Eloísa Nair de Andrade. A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição Federal e Estatuto do Idoso. 2015.

⁴¹⁶ Burris S, Ashe M, Levin D, et al. A Transdisciplinary Approach to Public Health Law: The Emerging Practice of Legal Epidemiology. *Annu Rev Public Health*. 2016; (37):135-48

⁴¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.435 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Ministro Rel. Gilmar Mendes Julgado 21.12.2020, p. 20.

⁴¹⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.435 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Ministro Rel. Gilmar Mendes Julgado 21.12.2020, p. 20.

O Ministro Celso de Mello⁴¹⁹ assentou o seguinte entendimento:

O acesso dos idosos aos medicamentos com desconto deve ser analisado como instrumento de concretude, adequado para a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Tanto representa o que o Professor Milton Santos chamou de “cidadania econômica”, por constituírem faixa populacional com maior perda econômica e demandarem maiores cuidados preventivos e profiláticos para viverem com dignidade. Em caso de doença, o acesso aos meios terapêuticos deverá ser o mais adequado ao restabelecimento da saúde.

O tratamento médico ou hospitalar aos idosos, ou qualquer outra ação relacionada ao serviço público em saúde, deve ser disponibilizado pelo poder público aos idosos como forma de assegurar a efetividade do direito social a saúde enquanto direito fundamental.

⁴¹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.435 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Ministro Rel. Gilmar Mendes Julgado 21.12.2020, p. 20.

4. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL X TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Esse capítulo tem por função analisar o contexto histórico que deu origem a teoria do mínimo existencial ao nível globalizado para, posteriormente, analisarmos sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando suas principais peculiaridades bem como seus principais autores.

Em momento posterior analisaremos os aspectos relativos à teoria da reserva do possível desde sua origem no Tribunal Constitucional da Alemanha até sua análise no Supremo Tribunal Federal.

4.1 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

4.1.1 Origem da Teoria Mínimo Existencial

Precipuamente, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴²⁰ defende que o direito à vida está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, sem a tutela adequada do direito à vida, não há como exercer a dignidade da pessoa humana e os direitos dela, decorrentes.

Outrossim, o direito à vida não corresponde a um dever de inação estatal ou mera liberdade pública, já que, além de assegurar a existência ou subsistência, é dever do Estado assegurar uma vida digna. Em consequência disso, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴²¹, referenciando o pensamento de Jhon Rawls, afirma que:

Viver não consiste em simplesmente sobreviver, sendo necessárias condições mínimas para que a pessoa possa se desenvolver dignamente, já que “abaixo de um certo nível de bem-estar material e social e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, sendo necessário o reconhecimento de um “mínimo social” que supra as necessidades básicas dos cidadãos”.⁴²²

⁴²⁰ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p.920.

⁴²¹ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 414

⁴²² RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 172.

Além disso, pontua George Marmelstein⁴²³ que o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada “teoria do mínimo existencial”.

Esclarece, os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴²⁴ sobre a relevância a noção de um mínimo existencial, ponderando que o Estado tem a obrigação de assegurar a todos as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, aspecto que também diz respeito às relações entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, com ênfase na efetivação dos direitos sociais, dentre os quais o já referido direito à saúde, além de implicar obrigações positivas para o Estado relacionadas com a vida humana, conforme apresentaremos nessa pesquisa.

Ensina Marcelo Novelino⁴²⁵, que os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador.

Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴²⁶, referenciado Cristina Queiroz menciona que no entendimento da autora “mesmo que não se reconheça o direito fundamental social como direito subjetivo, a preservação do ‘mínimo de existência condigna’ é sempre qualificada de ‘direito subjetivo’, acabando assim por vir garantida nos mesmos termos dos direitos fundamentais de defesa”.

De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade⁴²⁷ capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal⁴²⁸.

⁴²³ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.324.

⁴²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Ver. B Dir. Fundamentais & Justiça. 2021, p.180

⁴²⁵ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. Juspodivm, 2022, p. 604.

⁴²⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.1305.

⁴²⁷ De acordo com Flávio Martins⁴²⁷, nesse sentido, concordam com a fundamentalidade dos direitos sociais autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Vital Moreira, Ricardo Maurício Freire Soares, dentre outros. MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 2022, p. 498

⁴²⁸ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.324.

Diante do exposto, Diego Daniel Ferraz de Oliveira Medrad e Alexandre de Lima Silva⁴²⁹ consideram que o mínimo existencial se correlaciona com a dignidade da pessoa humana e a primeira contribuição para a formação da noção de mínimo existencial foi dada, em 1954, pela decisão do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha. Nela se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente.

Assevera ainda, Flávio Martins⁴³⁰, que a origem da discussão acerca do “mínimo existencial” dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, está na doutrina alemã, no texto “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates” (Conceito e essência dos Estados Sociais de Direito, conceituado por Otto Bacho⁴³¹). Assim, a expressão pretende delimitar um agrupamento reduzido de direitos fundamentais formado pelos bens mais essenciais a uma vida digna⁴³².

Acrescenta Luís Roberto Barroso⁴³³, que na Alemanha, a Constituição não consagrava expressamente os direitos sociais, contemplando, basicamente, os direitos negativos. Não obstante, isso, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu um conceito que correu mundo e tornou-se importante, inclusive no Brasil, que é o de mínimo existencial.

A partir de então, a necessidade de analisar a efetividade do mínimo existencial foi de suma importância para construirmos as ideias de condições dignas de sobrevivências, que deverão ser disponibilizadas as pessoas por parte do Estado. Assim, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁴³⁴, esclarece que:

Em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949), [...] a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, administrativa e jurisprudencial.

⁴²⁹ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p. 9.

⁴³⁰ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁴³¹ Flávio Martins Alves Nunes Júnior, menciona que o próprio Otto Bachof afirmava que “a prestação da dignidade humana requer não só a liberdade, mas também um nível mínimo de segurança social” MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 414

⁴³² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 431.

⁴³³ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 202.

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações, 2007. p. 20.

Em síntese, Marcelo Novelino⁴³⁵ esclarece que, a expressão mínimo existencial, é resultante da conjugação da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

Acrescenta Luís Roberto Barroso⁴³⁶, o mínimo existencial tem suas origens relacionada a necessidade de preservação da dignidade humana, seja como pressuposto para o exercício de direitos liberais, como a liberdade, uma vez que os indivíduos precisam ter preenchidas as suas necessidades mínimas de sobrevivência.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia, e Érica Paula Barcha Correia⁴³⁷, nesta perspectiva, para dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais, operam como barreiras que demarcam o espaço de proteção em face da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade administrativas, embora tais questões apenas possam ser devidamente avaliadas no caso concreto.

Guilherme de Souza Nucci⁴³⁸ consigna a dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, núcleo este que impõe a atuação Estatal em prol dos direitos fundamentais.

4.1.2 Mínimo Existencial no Brasil

A busca pelo cumprimento de um mínimo existencial, como corolário do princípio da eficiência ou máxima efetividade, teve origem no Tribunal Constitucional alemão originando a teoria do “mínimo existencial” dos direitos, e aplicando-se sobretudo aos “direitos sociais”⁴³⁹.

Nesse contexto, o mínimo existencial, em seu sentido jurídico, “compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irreduzível”⁴⁴⁰.

⁴³⁵ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. JusPodivm, 2022, p. 609.

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 202

⁴³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022, p.85.

⁴³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2021, p. 53.

⁴³⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.803.

⁴⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

Evidencia-se então que os direitos sociais fundamentais estão relacionados como os indicadores de garantia do mínimo existência, atualmente essa relação é objeto de análise por parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores.

Assim, Leonardo Barifouse⁴⁴¹ explica que o conceito de mínimo existencial, cunhado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), foi trazido para o debate brasileiro pelos trabalhos pioneiros⁴⁴² de Ricardo Lobo Torres. Segundo sua concepção, exposta em obra essencial na qual consolida seus estudos pretéritos sobre o tema:

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

De acordo com Flávio Martins⁴⁴³, nesse texto, o autor afirma que o mínimo existencial dos direitos seriam “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Em outro artigo publicado com a temática “O Mínimo existencial e os direitos fundamentais”, Ricardo Lobo Torres⁴⁴⁴, considerado pela doutrina majoritária no Brasil como um dos principais defensores da teoria do mínimo existencial, manifesta-se da forma seguinte:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

Podemos mencionar ainda sobre o artigo mencionado, a manifestação de Ricardo Lobo Torres⁴⁴⁵ da forma seguinte:

⁴⁴¹ BARIFOUSE, Leonardo. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. RBDP, 2015, p. 225.

⁴⁴² No cenário nacional, Flávio Martins Alves Nunes Júnior apresenta que o mínimo existencial, foi abordado pela primeira vez no Brasil, no ano de 1989, por Ricardo Lobo Torres, no artigo O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, publicado na Revista de Direito Administrativo. 2021.

⁴⁴³ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁴⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 126.

⁴⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 15.

Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhaberecht*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.

Analisando essa temática, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁴⁶ compreende que os próprios direitos sociais específicos, tais como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros de certa forma 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.

Sobre essa premissa, entende-se que o mínimo existencial no Brasil se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos⁴⁴⁷.

Sobre essa premissa, observamos que no Brasil, a garantia do mínimo existência como garantia de direito fundamental não se encontra positivado no texto da Constituição Federal. Entretanto, fica evidente sua justificativa pelos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, bem como os princípios constitucionais da ordem econômica consagrados na constituição.

Esclarecem os autores, Para Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁴⁴⁸ que o Ministro Marco Aurélio, em manifestação em Acórdão produzido pelo Supremo Tribunal Federal:

Reconheceu a existência com base em diferentes pressupostos, a visão está igualmente amparada no direito brasileiro, citando as obras de Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2008), Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2010), Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2009) e Maria

⁴⁴⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.1301.

⁴⁴⁷ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de LIMA. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p. 10.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 236

Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, pág. 105-147). Advertindo que o ponto de encontro entre todos esses autores é a concordância sobre a necessidade de proteção do mínimo existencial e que independentemente da posição que o intérprete do Direito assuma acerca desses temas, há consenso básico e essencial sobre a necessidade de proteger e dignificar o indivíduo.

No entendimento de Daniel Sarmento⁴⁴⁹ foi claramente rejeitada pela Constituição de 88, da qual se extrai a garantia do mínimo existencial⁴⁵⁰ como direito fundamental. Tal ideia provém não apenas da posituação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira.

Esse posicionamento é o mesmo defendido pela doutrina internacional e nacional, ao disporem que o elemento base da garantia do mínimo existência encontra-se no postulado jurídico da dignidade da pessoa humana.

Como se pode vê, a Constituição Federal prevê que apenas um mínimo será protegido. Existem, pelo contrário, algumas diretrizes que orientam para uma proteção cada vez mais ampla, por exemplo, no âmbito da saúde, que se orienta pelo princípio da universalidade do acesso e integralidade do atendimento, o que afasta a ideia minimalista⁴⁵¹.

Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁵², ratificam que no Brasil, a recepção da figura de um mínimo existencial (na condição de direito e garantia fundamental) ainda pode ser considerada relativamente recente, conquanto

⁴⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia Belo Horizonte: Fórum, 2016, 187.

⁴⁵⁰ Além disso, o mínimo existencial é norteado pela ideia de efetivação do princípio da dignidade humana em sua amplitude mínima, ou seja, corresponde à parcela mínima de direitos necessários ao indivíduo para que ele possa ter uma vida minimamente digna. ALVES, Camila Chagas Martins. FONSECA, Roselaine das Chagas. O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF. 2021.

⁴⁵¹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.325.

⁴⁵² De acordo com Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero as principais publicações sobre a Teoria do Mínimo Existencial no Brasil, mencionando que o primeiro artigo, pelo menos ao que consta, foi escrito por Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo 177/20-49, que posteriormente revisitou a temática em outras oportunidades, culminando na publicação de obra monográfica, designadamente: Torres, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Ao longo do tempo, surgiram outros trabalhos monográficos relevantes, como é o caso de Ana Paula de Barcelos. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Eurico Bitencourt Neto. O direito ao mínimo para uma existência digna, e, por último, Karine da Silva Cordeiro. Direitos fundamentais sociais. Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário. Ingo Wolfgang SARLET. Luiz Guilherme MARINONI. Daniel MITIDIERO. 2021, p.756.

o objetivo de uma existência digna já tenha sido precocemente consagrado no plano do direito constitucional positivo.

Nesse sentido, pondera Ana Paula. Barcellos⁴⁵³ que:

Que o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.

Com entendimento equivalente, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁵⁴ pontifica que 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. Prossegue o autor:

O mínimo existencial não tem dicção própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre-iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos de liberdade ou direitos individuais, formas diferentes realidades.

De acordo com a manifestação desses autores, concluir-se que proporcionar as pessoas condições materiais necessárias aos indivíduos será uma forma de proporcionar vida digna a estes. Mencionando ainda os princípios da igualdade e liberdade na efetivação dos direitos sociais.

Entretanto, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁵⁵ defende que de forma explícita em alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal, encontra-se os direitos humanos, uma justificativa constitucional da existência do mínimo existencial, consolidada nas decisões do poder constituinte originário, ao entender que:

O mínimo existencial exibe as características básicas do direito da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão. O mínimo existencial

⁴⁵³ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 248.

⁴⁵⁴ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.1301.

⁴⁵⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p. 1282.

pode surgir também da inserção de interesses fundamentais nos direitos políticos, econômicos e sociais. Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.

Nas palavras de Nathalia Masson⁴⁵⁶, a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir.

Ressaltamos que as constituições contemporâneas, a exemplo da Carta de 1988, preveem, em seus textos, condições materiais mínimas de existência, sem as quais o ser humano não viveria, muito menos sobreviveria. Tais condições materiais mínimas de existência irmanam-se com o que se convencionou denominar mínimo existencial, que encontra na reserva do possível sua concretização e alcance⁴⁵⁷.

Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁵⁸ esclarece que além do fundamento constitucional, o mínimo existencial está previsto 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. Segundo o sobredito 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.

⁴⁵⁶ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 431.

⁴⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 192.

⁴⁵⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.1302.

Em outras palavras, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁴⁵⁹, entende que o mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais e não como meras pretensões dependentes do processo político – é bastante controvertida em alguns países.

É preciso frisar que a dignidade da pessoa humana, reconhecida como fundamento da Constituição Federal, para todos os poderes constituídos no Estado Democrático de Direito, consolida-se no direito fundamental a vida que serve de base do ordenamento jurídico brasileiro e como garantia da existência de um mínimo existencial como direito subjetivo de acesso a determinados serviços públicos, dentre estes os serviços em saúde a qualquer cidadão.

Nesse contexto, Ana Paula Barcellos⁴⁶⁰, ratifica que há certo consenso teórico no sentido de que alguns conteúdos são considerados essenciais à própria existência da democracia, ainda que haja infundo debate acerca do sentido exato de cada um deles nas mais diversas circunstâncias, incluindo nessa, uma lista elementar a proteção dos direitos fundamentais, cláusula que poderia ser desdobrada para enumerar a garantia das liberdades, do mínimo existencial, dos direitos políticos, dos direitos das minorias dentre outras temáticas.

Estado democrático de direito é um regime político fundado na soberania popular, com eleições livres e governo da maioria, bem como em poder limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais de todos, aí incluído o mínimo existencial⁴⁶¹.

Dessa forma, reconhecemos que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República, deve ser considerado como um supra princípio, servindo de base constitucional do ordenamento jurídico, protegendo a efetividade do direito social a saúde com objetivo de garantir vida digna.

⁴⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 30.

⁴⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022, p.145

⁴⁶¹ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 30.

4.1.3 Definição e Características do Mínimo Existencial

Não é uma tarefa fácil apresentar uma definição específica e de aceitação uníssona por parte da doutrina ou da jurisprudência pátria sobre o significado do mínimo existencial em um Estado Democrático de direito. Entretanto recorreremos nesse primeiro momento aos ensinamentos doutrinário sobre esse assunto no Brasil.

Inicialmente apresentamos a definição de Ricardo Lobo Torres⁴⁶², responsável pela inserção dessa teoria no Brasil, apresentando que:

O mínimo existencial abrange qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável e não tem dicção normativa específica, estando compreendido em diversos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade (que assegura a proteção contra a pobreza absoluta), o respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito.

Sobre a premissa desse mesmo autor, importante ainda acrescentarmos que:

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativos e de status positivo, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se complicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

Na perspectiva de Ana Paula de Barcellos, o chamado mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica⁴⁶³.

O mínimo existencial consiste em um grupo específico dos direitos sociais, formados por bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. Será através deste parâmetro que se dará a organização orçamentária do Estado, no tange a seus princípios norteadores⁴⁶⁴.

No estudo de Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁶⁵ fica evidente que:

⁴⁶² TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; p. 35.

⁴⁶³ O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Mic. Walzer. Robert Alexy, p. 100.

⁴⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo. Editora Método, 2014, p. 56.

⁴⁶⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p. 1302.

O mínimo existencial dos direitos é irreduzível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações. Da mesma maneira que não se pode restringir o núcleo essencial dos direitos de defesa, não se pode negligenciar com as imposições de cumprimento do mínimo existencial dos direitos sociais. Dessa maneira, o mínimo existencial tem a natureza de uma regra constitucional relacionando-se intrinsecamente com o direito à vida.

Acrescenta o referido autor que o direito à vida tem duas acepções: a) o direito de continuar vivo ou direito de não ser morto; b) o direito a ter uma vida digna. No primeiro aspecto, o Estado tem o dever de não fazer, de não interferir em nossas vidas, retirando-as arbitrariamente. No segundo aspecto, o Estado tem o dever de fazer, proporcionando a todos um mínimo existencial de uma vida digna⁴⁶⁶.

Diante dessa necessidade, em construir significados, observamos que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, também tem apresentado certas ponderações sobre a conceituação no mínimo existencial. Ressaltando que o mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna⁴⁶⁷.

Dessa forma, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo⁴⁶⁸ no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 639.337 do Estado de São Paulo, julgado em 2011, considerou que a noção de “mínimo existencial”, resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais, compreende que:

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.

Nessa mesma premissa, o Ministro Luís Roberto Barroso acrescenta que o mínimo existencial se compõe de um conjunto de direitos sociais que são materialmente fundamentais e, conseqüentemente, devem ser exigíveis do Estado:

⁴⁶⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p.920.

⁴⁶⁷ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 76.

⁴⁶⁸ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 5.

O conceito de mínimo existencial pode ser enunciado como um conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado⁴⁶⁹.

Acrescenta ainda o Ministro Luís Roberto barroso⁴⁷⁰, o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.

No entendimento de Nathalia Masson⁴⁷¹ a noção de "mínimo existencial", no Brasil, foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 639.337, reconhecendo da forma seguinte:

Resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais, compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização se revela 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.

Importante contribuição com o propósito de definirmos conceitos para o mínimo existencial é apresentada pelos autores portugueses, José Joaquim Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Barcha Correia⁴⁷² para quem a noção de mínimo existencial, abrange:

Um conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida digna, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, revela-nos que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma) quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo

⁴⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.247.

⁴⁷¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 454.

⁴⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022, p.11

vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para o exercício das liberdades fundamentais.

Segundo Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁴⁷³, neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial pode ser compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável e a vinculação com o direito à saúde, identificado por alguns, como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Diante dessa premissa podemos analisar que em um primeiro momento o mínimo existencial representa esse conjunto de prestações mínimas indispensáveis para a sobrevivência do indivíduo, consolidando a em uma vida saudável e digna representando assim uma garantia estatal nessa propositura em garantir como direito fundamental e no princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação desse conjunto de prestações materiais.

Diego Daniel Ferraz de Oliveira Medrad e Alexandre de Lima Silva⁴⁷⁴ explica que esse mínimo englobaria aquelas prestações absolutamente indispensáveis a uma existência digna. Nesse ponto, o mínimo existencial reflete um piso de garantias necessárias à própria caracterização da dignidade da pessoa humana. Diante desse impasse, muitos são os casos de pessoas que ingressam com ações no Judiciário buscando a satisfação do direito previsto constitucionalmente. No que se refere ao direito à saúde, esse número é notoriamente expressivo, vez que se trata de um direito de extrema relevância que envolve necessidades urgentes em relação àquele que o pleiteia.

Em resumo, Ricardo Lobo Torres⁴⁷⁵, magistralmente, logrou identificar as seguintes características gerais do mínimo existencial, que permitem visualizarmos a aplicação do conceito apresentado:

É pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*,

⁴⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações, 2007. p. 20.

⁴⁷⁴ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p. 11.

⁴⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; p. 39-40.

aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social; é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.

Pondera, José Geraldo Brito Filomeno⁴⁷⁶ que o ser humano é a pedra de toque do Direito, ou seja, à medida que dele necessita para sua própria preservação, sendo não apenas seu criador, mas seu único destinatário.

Assim, o mínimo existencial, tem por premissa a preservação do ser humano, uma vez que sua função é garantir condições dignas de sobrevivência.

Acrescenta ainda, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁴⁷⁷ que na doutrina alemã, o mínimo existencial tem se desdobrado em dois aspectos: um mínimo fisiológico, ou seja, as condições materiais mínimas para uma vida digna, sendo esse o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e também um mínimo existencial sociocultural, objetivando assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção, em razão de uma igualdade real, na vida social.

Concluindo esse assunto, importante compreendermos que a doutrina tem apresentado definição específica para mínimo existencial e mínimo vital, como passamos a descrever.

Assim, de acordo com Flávio Martins⁴⁷⁸ o mínimo existencial, encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação, o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material.

⁴⁷⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Teoria geral do Estado e da Constituição. Forense, 2019, p. 241.

⁴⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais, p.22.

⁴⁷⁸ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

Parte da doutrina entende que há uma diferenciação no conceito de mínimo existencial e de mínimo vital, de tal ponto que compreender esses termos não como sinônimos, mas com significados diferenciados nos permitirá uma aplicabilidade maior desses requisitos mínimos e necessários para uma sobrevivência digna. Com esse propósito recorreremos à doutrina apresentando o significado de mínimo existencial e o significado de mínimo vital.

Dessa maneira, Jorge Reis Novais⁴⁷⁹ faz a distinção da seguinte maneira:

Enquanto o mínimo vital consiste na “proteção contra as ameaças à sobrevivência, uma garantia mínima da existência fisiológica, associado, portanto, à garantia dos pressupostos mínimos de uma sobrevivência digna e, logo, de alimentação, roupa, cuidados de saúde e de alojamento sem cuja existência a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida estariam ameaçados”.

Dessa maneira, não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo vital⁴⁸⁰ ou mínimo de sobrevivência, pois este é um corolário do direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição Federal). Não permitir que alguém morra de fome, embora seja o primeiro e mais básico aspecto do mínimo existencial, com ele não se confunde. O mínimo existencial é um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que implica deveres de abstenção e ação por parte do Estado⁴⁸¹.

Diante do exposto, Flávio Martins⁴⁸² considera que confundir o mínimo existencial com o mínimo vital (de sobrevivência física) é reduzir o mínimo existencial ao direito à vida. Ora, o direito ao mínimo existencial é muito mais que isso: “implica uma dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial”.

⁴⁷⁹ REIS, Jorge. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Dir. Sociais enquanto Dir. Fundamentais*, p. 195.

⁴⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no AREsp 790.767/MG, decidiu que “o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na ‘vida’ social”. MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 500.

⁴⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, p.25

⁴⁸² MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

4.1.4 Conteúdo do Mínimo Existencial dos Direitos Sociais

Ensina Marcelo Novelino⁴⁸³ que os direitos sociais que integram o chamado “mínimo existencial”, formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana com dignidade.

Necessário então definir o conteúdo que deve ser considerado como mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais e dentre eles o direito a saúde.

Corroborando com essa temática, encontra-se elencado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, um rol de elementos que constituem o mínimo existencial a ser acessível para todo ser humano com a finalidade de promover vida digna, ao defender em seu artigo 25 que:

Artigo 25.1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Levando-se em consideração, que no Brasil, não é possível identificarmos no texto da Constituição Federal quais seriam os elementos constituidores do conteúdo do mínimo existencial essa tarefa é função da doutrina que tem a missão de definir quais seriam os direitos e as suas possíveis prestações que deverão ser consideradas na composição do mínimo existencial a ser referendada pela doutrina e pela jurisprudência pá pátria.

Acrescenta Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁸⁴, em seu livro sobre Direitos sociais em tempos de crise econômica, apresenta que o ‘conteúdo mínimo’ do direito é ‘fixado’ independentemente de um processo de ponderação. Esse conteúdo retira-se do enunciado linguístico da norma ou da vontade do legislador constituinte”.

Para Nathalia Masson⁴⁸⁵ há, no direito pátrio, ao menos duas posições concernentes ao conteúdo do mínimo existencial, defendidas por Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos, com ênfase em determinar quais seriam os direitos que integram este núcleo, referenciados e reconhecidos pela doutrina moderna:

⁴⁸³ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. JusPodivm, 2022, p. 609.

⁴⁸⁴ MARTINS, Flávio. Direitos sociais em tempos de crise econômica. Saraiva, 2022, p. 365.

⁴⁸⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 431.

1. De um lado temos Ricardo Lobo Torres, para quem o mínimo existencial não possui um conteúdo definitivo, variando de acordo com as contingências de tempo e local;
2. De outro, temos Ana Paula de Barcellos, professora da UERJ, cuja concepção é a de que o mínimo existencial engloba o direito à educação fundamental, o direito à saúde, a assistência aos desamparados (que abrange o direito à alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça.

Nesse contexto Ana Paula Barcellos é mais específica chegando a enumerar os direitos que deverão ser considerados como conteúdo do mínimo existencial, encontra partida Ricardo Lobo Torres defende não é possível essa determinação, e que as contingências de fatores temporais e geográficos é que poderão nortear a especificação desses direitos a serem considerados como mínimo e necessário a sobrevivência do indivíduo. De forma mais específica passamos a apresentar os argumentos dos referidos autores.

Essa determinação sobre o conteúdo que deve ser garantido como mínimo existencial, no ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo adotada por parte considerada da doutrina em conformidade com a tese apresentada por Ana Paula de Barcellos⁴⁸⁶ com o meritório objetivo de fornecer parâmetros para a atuação judicial, ao preestabelecer quais seriam as prestações materiais que, independentemente de previsão legal e da existência de verbas orçamentárias correspondentes, poderiam ser asseguradas pelo Judiciário num cenário de escassez de recursos.

Assim é pacífico na doutrina o posicionamento Ana Paula de Barcellos, apresentado como dissertação de mestrado enumera quais seriam, no seu entender, os direitos que compõem o mínimo existencial dos direitos sociais.

Em sede conclusiva de seu trabalho, Ana Paula de Barcellos apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a Constituição de 1988 e os aspectos práticos decorrentes da eficácia jurídica mencionada.

Dessa maneira, Ana Paula de Barcellos⁴⁸⁷ apresenta o conteúdo do mínimo existencial, pode ser classificado em quatro grupos, isto é, três de natureza material e um de caráter instrumental, a saber: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Sua explicação assenta-se em um raciocínio lógico.

⁴⁸⁶ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 247.

⁴⁸⁷ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 303.

1. A **saúde** e a educação ensejam um primeiro momento da dignidade humana ao garantir condições iniciais para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade de forma autônoma.
2. Ademais, a **educação** configura um pressuposto para a participação do cidadão no Estado e para o exercício da cidadania.
3. A **assistência aos desamparados**, prestada concomitantemente com os outros dois, tem por escopo evitar a indignidade absoluta, proporcionando condições materiais essenciais ao indivíduo, tais como vestuário, alimentação e abrigo, caso ele não possa assegurá-las por si mesmo.
4. O **acesso à justiça**, finalmente, revela-se como instrumento fundamental para propiciar a garantia dos outros três, quando deixarem de ser observados pelo Estado.

Analisando a tese apresentada, Pedro Lenza⁴⁸⁸, faz referência a interpretação conclusiva do Ministro Luís Roberto Barroso, que ao apresentar a dissertação de mestrado de Ana Paula de Barcellos, sintetiza as conclusões da autora em relação à dignidade da pessoa humana, pontificando da forma seguinte:

Os princípios, a despeito de sua indeterminação, possuem sempre um conteúdo básico; b) no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial, conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade; c) tal mínimo existencial deve ser dotado de eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é, as prestações que o compõem poderão ser exigidas de forma direta, mediante tutela específica.

Acrescenta Ana Paula de Barcellos⁴⁸⁹, em livro publicado com o tema “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”, que esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

Acrescenta a autora⁴⁹⁰ que uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

⁴⁸⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 502

⁴⁸⁹ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 305.

⁴⁹⁰ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 305.

Repita-se, mais uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁴⁹¹.

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Nesse mesmo sentido, Pedro Lenza⁴⁹² ao analisar o que poderia ser considerado como conteúdo do mínimo existencial, faz referência aos estudos apresentados por Ana Paula de Barcellos⁴⁹³, mencionado o seguinte:

Nesse sentido, em sede conclusiva de seu trabalho, apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a Constituição de 1988 e os aspectos práticos decorrentes da eficácia jurídica mencionada, identificando 4 elementos a integrar “uma estrutura lógica e de fácil demonstração, sendo três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁴⁹⁴, o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.

Em contrapartida, ao que foi exposto, Ricardo Lobo Torres⁴⁹⁵, esclarece que o mínimo existencial abrange qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável e não tem dicção normativa específica, estando compreendido em diversos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade (que assegura a proteção contra a pobreza absoluta), o respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito.

⁴⁹¹ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 1305.

⁴⁹² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26ª. Ed. Saraiva Jur. 2022, p. 1737.

⁴⁹³ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 333.

⁴⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 30.

⁴⁹⁵ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 35

Dessa maneira, preceitua o autor⁴⁹⁶ ao que se sabe, do primeiro ensaio especialmente dedicado ao tema no Brasil, referenciando que “o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativo e de status positivo, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se coimplicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa”.

Na mesma corrente defendida por Ricardo Lobos Torres⁴⁹⁷, mencionamos o entendimento de Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁴⁹⁸ ao afirmar que o conteúdo do mínimo existencial deve abranger qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável e não tem dicção normativa específica, estando compreendido em diversos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade (que assegura a proteção contra a pobreza absoluta), o respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito.

Ricardo Lobo Torres afirmou que o mínimo existencial ocuparia posição de centralidade, em torno da qual gravitariam o direito ao desenvolvimento humano, à qualidade de vida e à redistribuição de rendas. A teoria do mínimo existencial seria um subsistema da teoria dos direitos fundamentais⁴⁹⁹.

Ao analisar os argumentos de Ana Paula de Barcellos, é que o referido autora⁵⁰⁰ apresenta o seguinte argumento:

Não vejo como definir um elenco fechado de direitos ou prestações componentes do mínimo existencial. Parece-me preferível preservar a abertura inerente à categoria, inclusive para que ela possa se estender a necessidades básicas cujo reconhecimento resulte de evoluções sociais no plano material ou cultural-valorativo.

⁴⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. 2008, p. 35

⁴⁹⁷ Em "O Direito ao Mínimo Existencial", Lobo Torres especulou em torno de mecanismos de luta contra a exclusão social, as desigualdades e miséria de um modo geral. O que denominava de mínimo existencial comporia núcleo inegociável no conjunto dos direitos fundamentais. O livro foi estruturado em duas sessões. Trata inicialmente da positivação da teoria do mínimo existencial, explicitando conceito, estrutura normativa, bem como valores e princípios jurídicos que o sustentariam e que justificariam sua plena realização. Na segunda sessão trata-se de sua efetividade, com base na doutrina do status, atribuída a Georg Jellinek (1851-1911), autor alemão cujo trabalho Lobo Torres bem conhecia. GODOY, Arnaldo S. de Moraes. Ricardo L. Torres. 2021.

⁴⁹⁸ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p.1282.

⁴⁹⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Ricardo L. Torres e o direito ao mínimo existencial. 2021.

⁵⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia 2016, p.213.

Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁰¹ pontua ainda que “o mínimo existencial” é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais.

Essa teoria, encontra-se ainda delineada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁵⁰² ao defender que o elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Nessa premissa, Daniel Sarmento⁵⁰³ acrescenta que a sua lista compreende “a educação fundamental, a saúde básica, que abarcaria o saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica, a assistência social aos desamparados e o acesso à justiça, visando à tutela dos demais direitos.

O mínimo existencial deve ser avaliado à luz das circunstâncias de cada caso, sem excluir a possibilidade de “inventariar” as conquistas já sedimentadas, o que possibilita a inclusão da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça dentro de seu conteúdo, conforme defende Ana Paula Barcellos⁵⁰⁴.

Acrescenta-se ainda que enfatizam o mínimo existencial, por compreender todo um conjunto de materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”, pode ser identificado como o “núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade⁵⁰⁵.

Ademais, Rebeca Silva Costa⁵⁰⁶ menciona sobre a existência de uma corrente, integrada por juristas e jûris-filósofos, que defende a tese que o Estado deve garantir o “mínimo existencial”, ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para

⁵⁰¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p. 1282.

⁵⁰² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.335.

⁵⁰³ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia 2016, p.187.

⁵⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações.

⁵⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações.

⁵⁰⁶ COSTA, Rebeca Silva. A judicialização da saúde no Brasil: uma análise à luz do acesso a medicamentos de alto custo e da propriedade intelectual. 2018, p. 29.

além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades.

Em síntese, a ideia do mínimo existencial, ou núcleo da dignidade humana, tem sido proposta como forma de superação de várias dificuldades inerentes à dignidade, na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor – minimizando o problema dos custos, mais preciso procurando superar a imprecisão dos princípios e, sobretudo, efetivamente exigível do Estado⁵⁰⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁰⁸ analisam que Ana Paula de Barcellos, em sua concepção, apresenta pontos de encontro com a delimitação sobre mínimo existencial proposta por Ricardo Lobo Torres, apontando como componentes do mínimo existencial basicamente os mesmos elementos. A diferença entre os autores se dá na fundamentação desse mínimo.

Enquanto para Ricardo Lobo Torres o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais coincide com o mínimo existencial, sem excluir outros direitos não fundamentais, mas que podem compor o mínimo existencial, para a Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial é o próprio núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

4.1.5 Mínimo Existencial e a falta de Recurso Financeiros do Estado

Conforme George Marmelstein⁵⁰⁹ o Estado deve fornecer os serviços básicos para a proteção do chamado mínimo vital. Existe, portanto, uma obrigação estatal de garantir que todos os seres humanos tenham acesso às necessidades básicas para a manutenção da vida.

De acordo com Nathalia Masson⁵¹⁰ o mínimo existencial é o vetor que orienta as políticas públicas e os objetivos primários do orçamento, pois, somente depois de concretizado é que as demais pretensões devem ser avaliadas e ponderadas.

⁵⁰⁷ BARCELLOS Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002, p. 118.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 226.

⁵⁰⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.302.

⁵¹⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 431.

Nesse contexto, a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, deverá, portanto, ter como norte central e inafastável intangibilidade dos direitos componentes do mínimo existencial para então se preocupar com as demais necessidades da Administração Pública.

Corroborando Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵¹¹, pontifica que o mínimo existencial dos direitos é irredutível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações. Da mesma maneira que não se pode restringir o núcleo essencial dos direitos de defesa, não se pode negligenciar com as imposições de cumprimento do mínimo existencial dos direitos sociais. Dessa maneira, o mínimo existencial tem a natureza de uma regra constitucional.

Desse modo, acreditamos que os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde deve ser considerado como irredutível, intangível e invioláveis, não pode o Estado negar-se e efetivar-se no cumprimento do mínimo existencial com argumentos referentes a impossibilidade de cumprir este mandamento constitucional por falta de recursos financeiros.

No dizer de Leny Pereira da Silva⁵¹² opõe-se ao atendimento do “mínimo existencial” a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização. Essa insuficiência vem sendo aferida pela doutrina e pela jurisprudência. Evidente que a realização do direito à saúde depende de medidas positivas do Estado para que o direito se efetive, posto que, a Constituição de 1988 destina esforços significativos para a aplicação da saúde como um direito fundamental de todos, mediante a execução do então dever do Estado⁵¹³.

Ensina Marcelo Novelino⁵¹⁴ o discurso contrário à eficácia positiva dos direitos sociais, outrora predominante em nossa doutrina e jurisprudência, foi gradativamente substituído por uma postura mais pró-ativa do Poder Judiciário no sentido de conferir a merecida efetividade a esses direitos fundamentais.

Esse fenômeno, como estudaremos no capítulo seguinte, é denominado de judicialização das políticas públicas em saúde. Como resultado desse entendimento, constata Andreas Joachim Krell⁵¹⁵, que está crescendo o grupo daqueles que

⁵¹¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019. p.1302.

⁵¹² SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2018, p. 29.

⁵¹³ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. 2015. p. 7.

⁵¹⁴ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. JusPodivm, 2022, p. 604.

⁵¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002, p. 23.

consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de “omissões inconstitucionais”.

Narra Emmanuelle Konzen Castro⁵¹⁶ que o Judiciário ao se deparar com a demanda de saúde deve verificar se ela corresponde à garantia do mínimo existencial, caso positivo, o conteúdo essencial do direito fundamental não deve ser objeto de ponderação, não estando sujeito à reserva do possível.

Sobre a judicialização no Brasil, ensina Marcelo Novelino⁵¹⁷ que essa intervenção do poder judiciária é vista como antidemocrática⁵¹⁸, conforme sua contextualização.

Há quem sustente, ainda hoje, que a interferência do Poder Judiciário nas demandas a serem priorizadas por meio de políticas públicas é antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, por significar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. Em razão da escassez de recursos orçamentários, alega-se que a escolha sobre quais direitos merecem ser priorizados deveria recair exclusivamente sobre os representantes do povo eleitos democraticamente para tal fim.

Em diversas ocasiões o Estado tem argumentado que não tem condições de implementar políticas públicas capazes de concretizar direitos fundamentais tais como: saúde, educação, segurança, lazer, moradia, dentre outros em decorrência da insuficiência de recursos financeiros.

Entretanto, este argumento não encontra guarida por parte da doutrina e principalmente por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal ao compreenderem como sendo de obrigação do Estado o cumprimento de um mínimo de direitos em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito.

⁵¹⁶ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. Ver. eletrônica de direito C. Universitário Newton Paiva. 2016. p. 76.

⁵¹⁷ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª Ed. JusPodivm, 2022, p. 609.

⁵¹⁸ Marcelo Novelino, ao mencionar sobre a postura excessivamente ativista adotada pelo Judiciário brasileiro em algumas questões relacionadas ao tema, recorre aos ensinamentos de José Herval Sampaio Júnior fazendo a seguinte ponderação: “[...] para se conduzir a um efetivo cumprimento dos valores constitucionais, não pode o Poder Judiciário suprimir um dos princípios mais caros de nossa Constituição, qual seja o da soberania popular, assim sendo, essa atividade de criação do Direito pelos juízes deve sempre ter guarida na própria Constituição e com a ciência desses limites intransponíveis”. NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. JusPodivm, 2022, p. 609.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet⁵¹⁹ asseverou que, no caso da negação de prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas e da falta da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, especialmente na área da saúde, o bem maior da vida humana. Para ele, “a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equipara a aplicação de uma pena de morte”.

No entender da doutrina específica nessa temática, a interpretação do que seria o mínimo existencial à saúde deve ser a máxima possível, considerando-se ainda que as políticas públicas, inclusive judicializadas, devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial⁵²⁰.

Nessa linha de raciocínio, Sylvio Mota⁵²¹ esclarece que o mínimo existencial estabelece que mesmo diante da falta de recursos, o poder público deve garantir o mínimo necessário para a existência da população e está ligado à ideia de justiça social, relacionado aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Argumenta Nathalia Masson⁵²² que:

A cláusula da reserva do possível -que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição -encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

A mesma autora⁵²³ inspirada em tais parâmetros, define que diante da possibilidade de o Poder Público alegar a impossibilidade de cumprirem a efetivação do mínimo existência em virtude da cláusula da reserva do possível, impossibilitando a garantia dos direitos mais básicos à subsistência do cidadão, que compõem o mínimo existencial, há divergência doutrinária.

A teoria do “mínimo existencial”, tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na

⁵¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 317.

⁵²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 126.

⁵²¹ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, 47.

⁵²² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 408.

⁵²³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 432.

doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país⁵²⁴.

Podemos entender então que existe um entendimento consolidado por parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores que a tese apresentada pelos entes estatais do não cumprimento a garantia do mínimo existencial em decorrência da insuficiência de recursos financeiros não deve prevalecer, uma vez que a garantia do mínimo existencial nas demandas de saúde deve ser considerado como direito fundamental e não deve ser ele relativizada pela teoria da reserva do possível quase sempre apresentada como justificativa por parte da Administração Pública para o não cumprimento das demandas em saúde.

Nesse sentido, argumenta Segundo José Joaquim Gomes Canotilho⁵²⁵:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social.

Conclui-se então que a alegação de falta de recursos não pode obstar a proteção do mínimo existencial à efetivação do direito social e fundamental a saúde.

Em decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco o eminente Ministro Celso de Mello⁵²⁶, ratifica sobre o significado social e o irrecusável valor constitucional, reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração um inafastável compromisso constitucional, ' no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

⁵²⁴ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002, p. 247.

⁵²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 2009, p. 481.

⁵²⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 13 de março de 2010, p. 34

4.1.6 Mínimo Existencial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, mesmo não havendo uma previsão taxativa no texto constitucional de um direito/garantia a um mínimo existencial⁵²⁷, pelo menos não na condição de direito fundamental, pode-se referir que o amplo rol de direitos sociais a prestações por parte do Estado brasileiro, reforça os lastros de um direito ao mínimo existencial, e, até mesmo, impõem um dever de viabilização de uma sociedade de bem-estar.

Argumenta o Ministro Luís Roberto Barroso⁵²⁸ que o mínimo existencial compõe um conjunto de direitos sociais que são materialmente fundamentais e, consequentemente, devem ser exigíveis do Estado.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet e Carolina Zancane Zockun⁵²⁹, ainda que não esteja expressamente previsto em norma constitucional, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente, contudo, no domínio dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia, e Érica Paula Barcha Correia⁵³⁰ verifica-se que:

As jurisprudências comuns e constitucionais, ao ser confrontadas com o “direito ao mínimo existencial”, orientaram a sua estratégia hermenêutica no seguinte sentido: (I) o direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado em um direito fundamental da dignidade da pessoa; e (II) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão objectiva conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais.

Analisaremos o reconhecimento da teoria do mínimo existencial como direito social fundamental, sua compreensão e aplicação na esfera jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵²⁷ Nas palavras de Daniel Sarmento, “Considera-se que existe um núcleo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”. SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 60.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, N. 4, 2018, p.518.

⁵²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, Vol. 3, n. 2, p. 115-141. 2016, p. 116.

⁵³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022, p.11

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis.

Nesse sentido pontuamos conforme manifestação do Ministro Gilmar Mendes⁵³¹, tomando como parâmetro de orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se excluem reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial.

Assim, vislumbra os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵³² que na jurisprudência do STF o mínimo existencial se transformou em figura quase onipresente, pelo menos nos debates acerca dos direitos sociais.

Em face da realidade, destacamos o papel do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente no domínio dos direitos fundamentais sociais⁵³³.

Nessa linha, pontuamos que setembro de 2000, o Supremo Tribunal Federal⁵³⁴, ao analisar o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoa portadora do vírus HIV e destituída de recursos financeiros, mesmo sem utilizar expressamente a expressão “mínimo existencial”, estabeleceu o seguinte entendimento:

O Estado está obrigado a garantir um mínimo relacionado ao direito à saúde, decorrente 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

⁵³¹ STA 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado:17.03.2010

⁵³² SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 234

⁵³³ SARLET, Ingo Wolfgang. ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas nos direitos sociais. 2016.

⁵³⁴ Agravo Nº Recurso Extraordinário 271.286-6/RS. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Celso de Mello. Julgado:12.09.2000.

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.

[...] 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”.

Em 2003, o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45.73 de Relatoria do Ministro Celso de Mello⁵³⁵ analisando o veto presidencial a artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO nº. 10.707/2003, que afastava a obrigação constitucional que estabeleceu os percentuais mínimos de aplicação de verbas públicas, em gastos com o sistema de saúde, fez menção indireta a teoria do mínimo existencial no Brasil, afirmando que:

O Estado não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente se dessa conduta, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Argumenta Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵³⁶ que nesse contexto, o Ministro Celso de Mello faz referência aos ensinamentos de Ana Paula de Barcellos⁵³⁷ sobre a associação do mínimo existencial ao estabelecimento de

⁵³⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 45.73. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Celso de Mello. Julgado: 12.09.2003.

⁵³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 234

⁵³⁷ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Carolina Zancane Zockun, neste sentido que compreendemos a proposta de Ana Paula Barcellos, Ana Paul ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo

prioridades orçamentárias, bem como a sua capacidade de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em 2004, no julgado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, de Relatoria do Ministro, a tese do “mínimo existencial” dos direitos sociais é apresentada na ementa da seguinte forma:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. [...] Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal utiliza um raciocínio que repetirá, muitas vezes, em todos os anos seguintes: a “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado administração para justificar o descumprimento do “mínimo existencial” dos direitos sociais: “Cumpre 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.

No ano seguinte, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 410.715-5 do Estado de São Paulo⁵³⁸, o Supremo Tribunal Federal utilizou a teoria do “mínimo existencial” para reconhecer a exigibilidade do direito à educação infantil. Reconhecendo que:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

O Ministro relator Celso de Mello afirmou, em seu voto, que há:

Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo

menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora. SARLET, Ingo Wolfgang. ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. 2016, p. 132.

⁵³⁸ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP. Supremo Tribunal Federal Min. Relator. Celso de Mello. Julgado: 22.11.2005.

existencial'. O Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração e as liberdades positivas.

Em 2007, na Ação de Inconstitucionalidade Nº. 3.768-4 do Distrito Federal⁵³⁹ sobre proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano, o Supremo Tribunal Federal se utilizou da teoria do “mínimo existencial” para assegurar o direito à gratuidade do ao transporte coletivo urbano aos maiores de 65 anos.

Na fundamentação da decisão, o STF invoca a proteção ao idoso com base no direito ao mínimo existencial e o define como “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais”.

Nesse sentido vale transcrever, a manifestação da Ministra Relatora Carmen Lúcia, ao fazer referência ao conceito de mínimo existencial, apontando que o princípio da reserva do possível deve se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁴⁰ em uma análise comparativa doutrinária, o entendimento manifestado pela Ministra Carmen Lúcia, dar-se-á da seguinte forma:

Afasta-se do entendimento mais restrito de mínimo existencial, proposto por Ana Paula de Barcellos e Ricardo Lobo Torres, que vinculam o mínimo existencial a alguns direitos mínimos ou correlatos a eles, aproximando-se do conceito proposto por Ingo Sarlet que entende existir uma dimensão de inserção social e participação na vida política e cultural no mínimo existencial, no sentido de que prevê

⁵³⁹ A associação requerente pretendia obter a declaração da inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que tem 65 (sessenta e cinco) anos ou mais. Alega a requerente que é inconstitucional a aplicação deste artigo até que seja instituído um mecanismo de compensação da fonte de custeio. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido, invocando, principalmente, a proteção ao idoso e a necessidade de o Estado assegurar a sua participação na comunidade, bem como se baseando no art. 230, § 2º, da Constituição Federal, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que garante o acesso gratuito, pelos idosos, aos transportes coletivos urbanos. Afirmou o STF que o investimento e os gastos oriundos da prestação de serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo poder público ao particular, devem ser calculados e definidos pelas partes contratantes, com a devida previsão dos lucros e despesas.

⁵⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 234

uma dimensão sócio-política e também psicológica no mínimo existencial.

Acrescenta Flávio Martins⁵⁴¹, que em 14 de abril de 2008, em Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 223/PE, versando sobre vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco, que ocasionou tetraplegia à vítima e que lhe impôs, para sobreviver, dependência absoluta em relação à sistema de ventilação pulmonar artificial, com a necessidade de implantação de marcapasso diafragmático intramuscular.

Narra Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁴² que nessa ocasião o Ministro Relator Celso de Mello, mesmo não se aprofundando sobre a teoria do mínimo existencial, argumentou que não se mostraria lícito que o Poder Público, em tal hipótese, criasse obstáculo artificial (referia-se à tese da “reserva do possível”) que frustrasse ou inviabilizasse o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos cidadãos, apontando o mínimo existencial como limite a reserva do possível, mas não logrou justificar a razão pela qual o mínimo existencial foi efetivamente afetado e mesmo o porquê de sua não afetação pelo orçamento público.

Conforme análise de Flávio Martins⁵⁴³, diante da recusa do Estado em viabilizar a cirurgia de implante de referido marcapasso, o STF decidiu que a obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-membros da Federação. A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Em 24 de março de 2009, o Ministro Marco Aurélio, no AI 693.785, sobre a educação infantil, pontifica que conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Conforme análise de Flávio Martins⁵⁴⁴ ficou estabelecido que:

⁵⁴¹ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 234

⁵⁴³ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁴⁴ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana.

Em 23 de agosto de 2011, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 639.337, São Paulo⁵⁴⁵ que versa sobre educação infantil, o Supremo Tribunal Federal, na ementa de seu julgado, definiu mínimo existencial da seguinte forma:

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 e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

De acordo com Flávio Martins⁵⁴⁶, o Supremo Tribunal Federal decidiu com fundamento no princípio da dignidade humana e na garantia do mínimo existencial que:

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes.

⁵⁴⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 639.337, São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio Julgado: 23.08.2011, p. 74.

⁵⁴⁶ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

Em julgamento realizado no ano de 2013, que versava sobre melhoria ao atendimento as gestantes no sistema estadual do Amazonas, o Ministro Celso de Mello, faz menção ao ADPF nº. 45, apresentado parte do texto da ementa do acórdão, mencionado que “a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Narra Flávio Martins⁵⁴⁷, que o Supremo Tribunal Federal, voltou a utilizar a tese no Recurso Extraordinário foi interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) em razão de decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, de 18 de abril de 2013, que concedeu à recorrida o benefício previsto no art. 20, parágrafo 3º, da LOAS, muito embora ela não estivesse dentro do parâmetro estabelecido por esta regra a renda per capita mensal de sua família era superior a 1/4 do salário mínimo, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”, e no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social LOAS, que dispõe: Considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁴⁸ o debate mais dedicado à observância do mínimo existencial no Brasil é realizado pelo Supremo Tribunal Federal nesse mesmo ano no recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, relacionado ao direito de recebimento do benefício assistencial de prestação continuada, mesmo não preenchendo os requisitos previstos no artigo 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/93 - LOAS.

Esclarece ainda Flávio Martins⁵⁴⁹ o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão da Turma Recursal, afirmando que essa regra não era absoluta e que o Poder Judiciário deve adequar tal critério ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em sua fundamentação, invocou o direito ao mínimo existencial para manter a decisão que concedeu à recorrida um direito que a lei não lhe conferiu.

⁵⁴⁷ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 236

⁵⁴⁹ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

Em decisão proferida pelo Ministro Marcos Aurélio, fica evidente que a concessão do referido benefício dar-se-á em razão do mínimo existencial, ocasião em que explica que não se pode negar a relação entre a dignidade e a proteção jurídica ao indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana, destacando que o reconhecimento de uma esfera de proteção material ao ser humano, que é condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política e a doutrina denomina mínimo existencial.

Ainda em seu voto, no julgamento desse recurso, votou assim o Min. Relator Marco Aurélio:

É certo que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial – esse conjunto sem o qual o ser humano não tem dignidade – não são as mesmas de ontem, e certamente não serão iguais às de amanhã. Assim, embora as definições legais nessa matéria sejam essencialmente contingentes, não chegam a mostrar-se desimportantes. Fixam os patamares gerais para a atuação da Administração Pública, além de permitir razoável margem de certeza quanto ao grupo geral de favorecidos pela regra, o que terá impactos na programação financeira do Estado”. Outrossim, para suplantar os parâmetros legais, utilizou-se do seguinte argumento: “No mais, acerca da obediência cega à lei, cito as agudas palavras de Gustav Radbruch, o primeiro filósofo do Direito a defender, no pós-guerra, uma concepção mais próxima do valor justiça e menos apegada ao formalismo jurídico. Assevera ele: ‘esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e o jurista contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.

Acrescenta Flavio Martins⁵⁵⁰ que, no entendimento do Ministro Marco Aurélio, esse mínimo corresponderia a um grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁵¹ ainda sobre o mínimo existencial, o Ministro Marco Aurélio concluiu que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial (conjunto sem o qual o ser humano não tem dignidade) não são as mesmas de ontem, e certamente não serão iguais às de amanhã, sendo que, embora as definições legais nessa matéria sejam essencialmente contingentes, não chegam a mostrar desimportantes.

⁵⁵⁰ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 236

Em relação ao posicionamento do Ministro Celso de Mello⁵⁵² expressamente o “mínimo existencial” dos direitos sociais, Flávio Martins⁵⁵³, transcreve parte seu voto proferido no PETMC 1246 de Santa Catarina, conforme apresentamos:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Em 2015, em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal, o Ministro Celso de Mello⁵⁵⁴ volta a apresentar a definição de mínimo existencial, conforme já tinha apresentando em momento anterior⁵⁵⁵. Definindo-o da seguinte forma:

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, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

No mesmo ano a Ministra Rosa Weber⁵⁵⁶ em manifestação no Recurso Extraordinário 592581 do Rio Grande do Sul, ressalta que com relação ao mínimo existencial, da seguinte forma:

O Ministro Luís Roberto Barroso aqui já timbrou, com sua doutrina clássica de Direito Constitucional, que essa alegação da existência da reserva do possível não pode infirmar um direito fundamental, tanto mais quando se está diante de um confronto com o mínimo existencial. Essa é uma velha batalha doutrinária entre Otto Bachof e Cass

⁵⁵² PETMC 1246/SC, Rel. Min. Celso de Mello, em 31.1.1997.

⁵⁵³ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁵⁴ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio Julgado em 09 de setembro de 2015, p 174

⁵⁵⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 639.337, São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio Julgado em 23 de agosto de 2011, p. 74.

⁵⁵⁶ Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Julgado: 13.08.2015, p. 26.

Sunstein; um, preconizando o mínimo existencial, e o outro, a reserva do possível, porque o Direito não nasce em árvores, mas há determinadas prestações que, mesmo que o Direito não nasça em árvore, devem ser efetivadas.

Em 2016, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 de Relatoria do Ministro Luiz Fux⁵⁵⁷, manifesta-se pela defesa do direito à saúde fazendo referência ao mínimo existência, conforme apresentamos.

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Para tanto, como explica Flávio Martins⁵⁵⁸, naquele julgamento, a Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

Em 05 de dezembro de 2022, o Ministro Edson Fachin⁵⁵⁹ na Relatoria do Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.290.901 Estado da Bahia, assentou mais uma vez em seu voto a existência do mínimo existencial manifestando da seguinte forma:

Como cediço, é absolutamente pacífico o entendimento de que a intervenção judicial é legítima, quando se constate a existência de omissão do Poder Público, relacionada à preservação do mínimo existencial dos cidadãos, notadamente quanto ao direito à saúde e à dignidade humana.

Finalizamos analisando expressamente a relação existente entre o mínimo existência e o direito social à saúde, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 Amapá. Min. Relator. Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 05.02.2013, p.06.

⁵⁵⁸ MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 6ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2022, p. 498

⁵⁵⁹ Min. Relator Edson Fachin. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.290.901 1.045.560 Bahia. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 05 de dezembro de 2022, p 14.

Nesse contexto seguiremos a análise de Camila Chagas Martins Alves e Roselaine das Chagas Fonseca⁵⁶⁰ do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada Nº175-CE⁵⁶¹, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, para identificar como a Corte Constitucional tem se posicionado nas questões relacionadas à saúde, com o objetivo de verificar como o Supremo Tribunal Federal tem entendido o seu papel na defesa do direito fundamental à saúde e qual a importância do mínimo existencial para a garantia de tal direito.

Suspensão de Tutela Antecipada Nº175-CE de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. EMENTA: 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 pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso.

De acordo com Camila Chagas Martins Alves e Roselaine das Chagas Fonseca⁵⁶² a alegação da agravante (União) norteava-se para demonstrar que houve ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública.

Além disso, alega que a decisão, objeto do pedido de suspensão, viola o princípio da separação de poderes e as normas do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

Com relação à necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar mínimo existencial e reserva do possível, Gilmar Mendes afirma que:

⁵⁶⁰ ALVES, Camila Chagas Martins. FONSECA, Roselaine das Chagas. O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF. Revista Jurídica Direito & Realidade. 2021, p. 18

⁵⁶¹ Examina-se no presente caso a ação proposta pelo Ministério Público Federal em favor de uma jovem com grave doença neurodegenerativa, pleiteando o fornecimento pelo Estado do medicamento denominado “Zavesca”, o qual custa cerca de R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. Restou claro, que esse medicamento era o único capaz de deter a progressão da doença e também de aliviar os sintomas e sofrimentos enfrentados pela paciente, dando-lhe a possibilidade de um aumento e/ou melhora da sua qualidade de vida. ALVES, Camila C. Martins. FONSECA, Roselaine das Chagas. O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF. 2021.

⁵⁶² ALVES, Camila Chagas Martins. FONSECA, Roselaine das Chagas. O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF. Revista Jurídica Direito & Realidade. 2021, p. 18

A dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos de caráter social leva, parte da doutrina, defender que estas normas teriam feição de normas programáticas, dependendo, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis e que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação de Poderes o princípio da reserva do financeiramente possível.⁵⁶³

Conclui-se com base nos ensinamentos de Nathalia Masson⁵⁶⁴ que a garantia do mínimo existencial, que decorre da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, restringe a invocação da reserva do possível como óbice à concretização do acesso aos direitos sociais. Ressaltando que apesar da divergência doutrinária, a Segunda Turma do STF já decidiu nesse sentido, sendo também a posição adotada por alguns doutrinadores, dentre eles Ingo Sarlet.

É fácil concluir pois, que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana⁵⁶⁵.

Antes de encerrar esse tópico, merece registro do posicionamento dos autores Ingo Wolfgang Sarlet e Taís Hemann da Rosa⁵⁶⁶, que a partir de pesquisa realizada no STF, asseveram que o mínimo existencial tem alcançado posição de destaque nesse Tribunal, e que de forma bastante superficial, sendo vinculado à dignidade da pessoa humana⁵⁶⁷, mas sem que venha a gerar consequências jurídicas como um direito autônomo, sendo possível constatar que em diversas ocasiões o mínimo existencial é utilizado de modo retórico, como argumento de reforço e como se sua mera referência permitisse a extração de efeitos jurídicos.

⁵⁶³ ALVES, Camila Chagas Martins. FONSECA, Roselaine das Chagas. O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF. Revista Jurídica Direito & Realidade. 2021, p. 19

⁵⁶⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 439.

⁵⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2021, p.292.

⁵⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, 2015, p. 231

⁵⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Carolina Zancane Zockun, apresentam que a noção de dignidade foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social.

A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais⁵⁶⁸.

Dentro desse contexto, a doutrina e a jurisprudência, com base nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, “importou” limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, divididos entre aqueles arguidos em favor do Executivo, que visam a impedir a intervenção judicial, e aqueles que buscam uma garantia, mínima que seja, da efetivação dos direitos sociais encartados na Constituição.

Tem-se, assim, a divisão entre a reserva do possível, na tentativa de proteger as finanças e prioridades definidas pelo governo; e o mínimo existencial, que seria um “núcleo duro” dos direitos sociais, um conjunto de prestações materiais mínimos ligados à dignidade humana, que seriam imediatamente exigíveis, independentemente da existência de lei que os regulamente ou de recursos financeiros do ente Estatal.

Teria, assim, justiciabilidade imediata e, em caso de comprovada falta de recursos do Estado, o Judiciário estaria autorizado a determinar a realocação de recursos para garantia desses direitos.

O mínimo existencial seria, assim, um “limite aos limites” ao controle jurisdicional de políticas públicas. Essa ideia de mínimo existencial defendida pela doutrina majoritária e já encampada pela jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo, Supremo Tribunal Federal, tem como pressuposto teórico:

- I. A existência de um modelo de suporte fático restrito dos direitos fundamentais (isto é, excluem-se, a priori e de forma definitiva, determinadas condutas do âmbito de proteção da norma);
- II. A adoção da teoria interna de restrições aos direitos fundamentais (isto é, as restrições aos direitos existem também de forma apriorística e dispensam, portanto, a fundamentação constitucional); e, finalmente,
- III. A adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁵⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, Vol. 3, n. 2, p. 115-141. 2016, p. 141.

Tais pressupostos estabelecem um conteúdo essencial apriorístico dos direitos fundamentais, destacado da situação concreta e que não admite restrições senão aquelas internas ao próprio direito (limites imanentes).

Assim, a saída encontrada para efetivação dos direitos sociais no plano fático sem que o Estado fosse obrigado a se tornar um “segurador universal” seria a de que os direitos sociais teriam um conteúdo essencial definido a priori, irreduzível, que deveria ser garantido em toda e qualquer situação, sem o qual o cidadão estaria em situação de indignidade.

Esse núcleo mínimo não se submeteria à ponderação de interesses ou à aplicação da regra da proporcionalidade. Somente aquilo que ultrapassasse o “núcleo” é que poderia ser objeto de ponderação pelo legislador ou submetido à análise da proporcionalidade pelo julgador.

Por fim, pensar em efetividade dos direitos sociais, mínimo existencial e controle de políticas públicas pelo Judiciário não se resume a um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização dos direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador.

4.2 RESERVA DO POSSÍVEL

A finalidade precípua deste capítulo será analisar as questões relevantes relacionadas à teoria da reserva do possível, desde a sua origem até a sua atual concepção no ordenamento jurídico pátrio, com ênfase no entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores e doutrinário.

Nessa perspectiva, para os juristas Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵⁶⁹ entendem que o ponto possivelmente mais controverso em termos de exigibilidade do direito social à saúde como direito subjetivo e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas diz respeito à assim chamada “reserva do possível”, ou seja, com a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais, na condição de direitos a prestações estatais, de modo que, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re)distribuição de recursos

⁵⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023, p.288.

materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais.

Verifica-se a questão dos recursos econômicos disponíveis por parte dos entes federativos no processo efetivação dos serviços estatais relacionados à saúde, mais precisamente quanto ao de crescimento de demandas judiciais, requerendo determinados tratamentos ou fornecimento de medicamentos, por pessoas que não têm condições financeiras para o pagamento destes serviços relacionado à saúde.

Inicialmente, faremos uma análise da definição da expressão “reserva do possível”, na sua forma originária advinda do Tribunal Alemão, compreendendo sua aplicabilidade prática para, posteriormente, analisarmos sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. Questiona-se a possibilidade de o Estado deixar de prestar auxílio ao tratamento médico ou disponibilização de medicamentos a uma pessoa usando como justificativa a teoria da reserva do possível.

4.2.1 Origem da Teoria Reserva do Possível na Alemanha

Apresentamos, neste momento a contextualização histórica vivenciada na Alemanha que deu origem a teoria da reserva do possível com suas fundamentações e razões de sua aplicabilidade no caso concreto, com o fito de compreendermos sua função nas demandas relacionadas aos direitos fundamentais, sobretudo, à saúde, quando requeridos uma decisão para sua efetivação pelo poder judiciário.

Dessa maneira, em conformidade com o entendimento de Andreas Joachim Krell⁵⁷⁰, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 não incorporou no ordenamento sistemático nenhum dos direitos sociais da “segunda geração” tais como: direitos dos trabalhadores, direito a educação, direito a saúde ou direito a assistência.

Quanto a origem da Teoria da "Reservado Possível" é uníssona na doutrina o entendimento de que a esta teve predomínio na Alemanha, notadamente a partir dos anos 1970, resultado de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como resposta de casos apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera.

⁵⁷⁰ KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) carminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p. 244.

Ao seu turno, Andreas Jurgen Schwabe⁵⁷¹, exorta que:

A expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) surgiu na decisão BVerGE 33,3033 (numerus clausus) na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. O caso analisou a constitucionalidade, em controle concreto, das leis estaduais de Hamburgo (Lei Universitária de Hamburgo) e da Baviera (Lei de Admissão às Universidades Bávaras). Essas leis estabeleciam limitações de acesso ao ensino superior no curso de medicina, fato que foi questionado perante o Tribunal Constitucional Federal.

Nessa linha, George Marmelstein⁵⁷² esclarece quanto a sua origem na forma seguinte.

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido Caso Numerus Clausus das Vagas em Universidades, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis.

Sob a ótica de Andreas Joachim Krell⁵⁷³ inspirado em tais parâmetro, narra que em sua origem, a teoria consistia na restrição de prestação de determinados direitos sociais a uma reserva do possível, ou seja, àquilo que a sociedade poderia exigir, de forma razoável do poder público, porquanto a efetivação dos direitos sociais prestacionais depende de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas. Por essa razão, chegou-se ao consenso de que a escassez de recursos públicos constituía verdadeiro limite fático à sua plena concretização.

Narra Nathalia Masson⁵⁷⁴ que a pretensão dos estudantes se baseou no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Foi alegada a afronta ao artigo 12, I da Lei Fundamental alemã, que estabelece que: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente

⁵⁷¹ SCHWABE, Andreas Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. 2005. P. 78.

⁵⁷² MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 328.

⁵⁷³ KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) carminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p. 244.

⁵⁷⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, JusPodivm, 2023, p.

a sua profissão, o lugar de trabalho e de aprendizagem. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei. In casu, a Corte alemã proferiu decisão em demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha, na época”.

Para tanto, como percebe Emmanuelle Konzen Castro⁵⁷⁵ em linhas gerais, o caso em questão trata do questionamento sobre a não existência de vagas para todos os candidatos que quiserem ingressar no curso de medicina nas universidades de Hamburgo e Baviera e foi decidido que a alocação de dispendiosos recursos para a criação de novas vagas não atenderia aos interesses prioritários da coletividade, conforme trecho da decisão abaixo:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores.(...) Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade⁵⁷⁶.

Na doutrina de Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁷⁷, afirma fazendo referência aos ensinamentos de Garbosa que:

Após uma longa fundamentação, considerando o aumento da demanda relativa aos cursos superiores em períodos precedentes e as iniciativas concretas tomadas pelos órgãos competentes para suprir o déficit, o Tribunal Constitucional Federal Alemão rejeitou a pretensão dos demandantes no sentido da declaração de inconstitucionalidade das disposições legais referidas e a pretendida criação das vagas necessárias a admissão dos pretendentes ao curso superior de medicina.

⁵⁷⁵ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.71.

⁵⁷⁶ SCHWABE, Andreas Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. 2005. p. 78.

⁵⁷⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p.1267

Para decidir a controvérsia, a Corte Constitucional, aplicando a teoria inovadora da "Reserva do Possível", reconheceu que o direito à prestação positiva, relacionada ao número de vagas nas universidades, se encontrava submetida a reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente e/ou proporcionalmente se pudesse esperar⁵⁷⁸.

Andreas Jürgen Schwabe⁵⁷⁹, ressalta um dos argumentos utilizados pelo Tribunal é que nesse caso o número de estudantes de medicina na cidade de Hamburg e Baviera já era significativamente alto, não sendo necessária a abertura de novas vagas.

Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescente-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].

Nessa linha de intelecção, não era razoável que a máquina estatal pudesse disponibilizar tantas vagas quantas fossem possíveis nos cursos de medicina por uma questão de proporcionalidade/razoabilidade. Esse entendimento apresentado pelo Tribunal Constitucional Alemão fora pioneiro na fundamentação das decisões relacionadas a teoria da reserva do possível.

Em síntese, ainda esclarece Emmanuelle Konzen Castro⁵⁸⁰, sobre o tema, que a concepção originária da “reserva do possível”, centralizou a análise do mérito da questão no princípio da razoabilidade, decidindo pela impossibilidade de se destinar recursos do Estado, mesmo que existentes, para conceder privilégios aos poucos em detrimento das demais demandas coletivas, levando-se em conta o alto número de alunos já matriculados no curso de medicina e às demandas individuais flutuantes.

Essa tese foi corroborada pelo entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet,⁵⁸¹ ao considerar que a decisão da Corte Constitucional alemã se referiu à razoabilidade da

⁵⁷⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 454.

⁵⁷⁹ SCHWABE, Andreas Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. 2005. p. 78.

⁵⁸⁰ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.72.

⁵⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90.

pretensão e que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo 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 razoável⁵⁸².

Argumenta Emmanuelle Konzen Castro⁵⁸³ que em decorrência da limitação do número de vagas no curso, vários candidatos tinham que ficar esperando a oferta de novas vagas e os que não tinham condições de esperar optavam por outro curso, o que prejudicava substancialmente a liberdade de livre exercício profissional.

Àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “mesmo em disposto o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Narra ainda Nathalia Masson⁵⁸⁴, que ao solucionar a questão o Tribunal Constitucional alemão determinou que o direito à prestação positiva — que na hipótese envolvia o aumento do número de vagas nas Universidades — estava sujeito à reserva do possível, ou seja, àquilo que seria razoável para o indivíduo exigir, de maneira racional, da sociedade.

4.2.2 Teoria Reserva do Possível no Brasil

Partindo da origem histórica, analisaremos aplicação da teoria da reserva do possível de origem alemã no ordenamento jurídico brasileiro, dado que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais superiores têm-se utilizado com frequência dessa teoria como manifestação nas decisões do poder judiciário como forma de relativizar os direitos fundamentais e sociais.

Observa Fernando Rister de Sousa Lima⁵⁸⁵, que no plano dogmático, o debate a respeito da possibilidade ou não de efetivação do direito à saúde pelo Judiciário

⁵⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

⁵⁸³ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.71.

⁵⁸⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 426.

⁵⁸⁵ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 697.

sempre teve como algoz o postulado da reserva do possível, tornando-se um aspecto importante no desenvolvimento da tese em construção.

Paralelamente, é possível verificarmos que essa dogmática jurídica alemã foi, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos outros conceitos e dogmas preceitos da Carta Magna de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã⁵⁸⁶.

Estudos relatam que o precursor que desta teoria foi plantada no direito brasileiro a partir dos estudos de Ingo Wolfgang Sarlet como apresenta de forma didática Nathalia Masson⁵⁸⁷, mencionando que:

A implantação da teoria da "reserva do possível" no direito pátrio, estar relacionada aos estudos de Ingo Wolfgang Sarlet, ao delimitar que a mesma apresenta uma dúplici dimensão, a primeira relacionada a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, enquanto a segunda está direcionada sobre a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a determinação das prioridades na alocação das receitas.

No entendimento dos juristas Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵⁸⁸, o argumento da reserva do possível se desdobra em pelo menos dois aspectos: fáticos e jurídicos.

O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde.

Nas palavras dos autores⁵⁸⁹ mencionados, o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica.

⁵⁸⁶ KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) carminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p. 244.

⁵⁸⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 428.

⁵⁸⁸ SARLET Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 2011, p. 13.

⁵⁸⁹ SARLET Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 2011, p.13.

Quanto a disponibilidade jurídica, Nathalia Masson⁵⁹⁰ declara que se deve verificar quais os órgãos competentes para formular e efetivar as políticas públicas, determinando as preferências dos gastos públicos e as despesas são prioritárias.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero⁵⁹¹, pontifica que, em vista tanto da dimensão fática, quando da faceta jurídica da “reserva do possível”, passou-se a sustentar que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob uma “reserva do possível”, caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber:

- a) A real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais;
- b) A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e
- c) O problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.

Sobre essa questão, argumenta Nathalia Masson⁵⁹², que esta seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo.

Esclarecem ainda Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero⁵⁹³ que:

Todos esses aspectos vinculam-se entre si e, além disso, guardam relação com outros princípios e regras constitucionais, exigindo, assim, uma solução sistemática e constitucionalmente adequada, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, não sirvam como barreira intransponível, mas como instrumentário que se soma às demais garantias de proteção dos direitos fundamentais (e sociais) – como na hipótese de conflito de direitos em que se tiver a invocação, e desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do

⁵⁹⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, JusPodivm, 2023, p. 428.

⁵⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023, p.285.

⁵⁹² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 426.

⁵⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023, p.285.

mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de direito fundamental.

Na verdade, verifica-se que o sentido original atribuído à expressão “reserva do possível” é muito diferente do utilizado por alguns autores e juristas no Brasil, país em que a alocação de recursos não atende aos interesses da coletividade, mas de minorias que se encontram no poder⁵⁹⁴.

Ainda mais enfático sobre a aplicação dessa teoria no Brasil, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁹⁵ aponta que esse modelo se afasta sensivelmente do modelo originário, ao asseverar da forma seguinte:

Malgrado tenha sido recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a teoria da “reserva do possível” passou por uma sensível transformação, como lembra Garbosa: “da análise da doutrina se observa que vem sendo hoje considerada, sob a expressão reserva do possível, em geral, toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida, como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária”.

Para tanto, como percebe, Emmanuelle Konzen Castro⁵⁹⁶, a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo como a Alemanha e sua aplicabilidade em países com realidades culturais, históricas e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes compromete a própria efetividade e construção dos direitos sociais que ainda estão em processo de consolidação e desenvolvimento nessas regiões.

Prossegue ainda o referido autor que estudo podem comprovar que muitas vezes a interpretação desse conceito é feita de maneira distorcida e tanto aumente diversa da jurisprudência que os originou, gerando uma verdadeira distorção do real significado da teoria quando a sua aplicação ao caso concreto⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.75.

⁵⁹⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019, p. 1268.

⁵⁹⁶ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.74.

⁵⁹⁷ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.78.

Ao seu turno, Nathalia Masson⁵⁹⁸, asseverou que a transposição da doutrina para o direito pátrio, todavia, acabou por transformá-la em uma teoria da "reserva do financeiramente possível", pois se considera a insuficiência de recursos públicos um limite à efetivação de direitos fundamentais sociais.

Assim, torna-se questionável se a adoção dessa teoria no Brasil é relevante ou não, posto que, utilizar esse conceito de Reserva do possível conforme significado originário pela doutrina e pelo Poder Judiciário tem uma aplicação prática e eficiente, uma vez que os fatores políticos, sociais e econômicos são totalmente diferentes das condições vivenciadas na Alemanha, país desenvolvido.

Nesse sentido, Nathalia Masson⁵⁹⁹ bem esclareceu:

A teorização da reserva do possível, pois, em sua origem, não se relacionava direta e unicamente com as restrições de recursos materiais enquanto limites intransponíveis para a concretização do direito social, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.

No dizer de Emmanuelle Konzen Castro⁶⁰⁰, entende-se que apesar de o direito alemão e de suas teorias, exercer influência positiva no sistema judicial brasileiro quanto a abordagem dos princípios constitucionais e na introdução da razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais, quando da aplicabilidade dessas teorias como acontece com a reserva do possível e inúmeros outros gerando grande prejuízo para construção e efetividade dos direitos sociais e fundamentais da saúde no Brasil.

Observa-se que, por questões lógicas, é inviável a aplicação da teoria da reserva do possível como está configurada na Alemanha, segundo Ricardo Lobo Torres⁶⁰¹.

No Brasil é adotada a reserva do possível fática, significando uma mudança de interpretação do paradigma estrangeiro. Denota a confusão com o limite (fático) do limite (reserva do orçamento), que opera dentro do âmbito de proteção do mínimo existencial e não é meramente heurístico.

⁵⁹⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 426.

⁵⁹⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 426.

⁶⁰⁰ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.78.

⁶⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Prossegue ainda Emmanuelle Konzen Castro⁶⁰² que a referida teoria em sua forma originária não foi utilizada para denegar direito fundamental indissociavelmente ligado à vida. Trata-se de uma decisão prolatada em um país de primeiro mundo que não passa pelos graves problemas sociais como os de saúde pública e miserabilidade vivenciados no território nacional⁶⁰³.

Nessa linha, os autores Diego Daniel Ferraz de Oliveira Medrad e Alexandre de Lima Silva⁶⁰⁴ relatam sobre o verdadeiro motivo que deu origem a essa teoria, pontuando que:

A origem e motivo da teoria da reserva do possível, surge no Direito Alemão como uma forma de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando o direito constitucional de interesse privado, mas não agindo de forma maléfica e sim prezando pelo direito da maioria, cabendo assim do recurso no Estado de forma não onerosa ao orçamento.

A decisão não faz referência expressa à incapacidade econômica do Estado alemão, mas à razoabilidade. Disso resulta de acordo com Krell⁶⁰⁵ o entendimento conclusivo que as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transportadas para a realidade brasileira sem as devidas adaptações⁶⁰⁶.

⁶⁰² CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.78.

⁶⁰³ Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. 2002.52.

⁶⁰⁴ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p.05.

⁶⁰⁵ KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p.256.

⁶⁰⁶ A Teoria dos Valores, defendida pela Corte Constitucional Alemã defende a ideia de que os direitos fundamentais como expressão de uma “ordem objetiva de valores”, sobre essa perspectiva, os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si. Assim, os valores assentados nos direitos fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento das cláusulas gerais do direito civil (ex.: “boa-fé”, “bons costumes”). KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) carminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p. 244.

Embora seja empregada pelo poder público, no Brasil, como reserva do financeiramente possível, ou seja, limitando-se a efetivação de direitos fundamentais sociais à suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa, não deve a cláusula da reserva do possível ser invocada pelo Estado com a finalidade de ser exonerado do cumprimento dos mandamentos constitucionais, mormente quando se tratar da efetivação de direitos fundamentais garantidos.

Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo⁶⁰⁷, entende que o problema da limitação dos recursos públicos, para assegurar o direito fundamental à saúde, que envolve a questão da chamada "reserva do possível" é o debate em torno das decisões acerca da alocação dos recursos públicos.

Narra Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Júnior Ananias Castro⁶⁰⁸ que a reserva do possível é um argumento muito utilizado pelo Estado nas questões judiciais cujo núcleo gira em torno do adimplemento de prestações previstas em regras que conferem aos cidadãos determinado direito fundamental e social. Tem como foco adequar essas prestações às possibilidades econômicas do Estado.

Em virtude disso, o princípio da reserva do possível passou a ser aplicado em diversos países com objetivo de limitar exigências em prol dos direitos fundamentais, levando em consideração a conformidade financeira do Estado, sua possível adequação e a necessidade do pedido com critério proporcional⁶⁰⁹.

Conclui-se esse assunto, aos ensinamentos de Krell⁶¹⁰, que não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar em conta os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

4.2.3 Definição e objetivo da Teoria Reserva do Possível

Considerando a origem da teoria do reserva-se do possível, o conceito de "reserva do possível" também é proveniente do direito alemão, aparecendo pela

⁶⁰⁷ SARLET Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 2011, p. 13.

⁶⁰⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. 2014, p. 133.

⁶⁰⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. 2014, p. 05.

⁶¹⁰ KRELL Andreas Joachim. Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) carminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre S.A Fabris, 2002, p.244.

primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha afirmando que direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos⁶¹¹.

Assim também destaca Ana Paula de Barcellos⁶¹² apud GOMES, analisando o conceito da reserva do possível, pondera que por não existir uma definição específica, ou único pensamento sobre a natureza jurídica:

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

Na doutrina de Uadi Lammêgo Bulos⁶¹³ a reserva do possível (Voerbehalt des Möglichen) pressupõe que o direito fundamental não assegura, apenas, uma proibição de intervenção (Eingriffverbot), contendo, também, um postulado de proteção (Schutzgebote). Quer dizer, se, por um lado, a atribuição de formular e concretizar políticas públicas é tarefa típica das funções legislativa e executiva, de outro, é dever do oráculo da ordem jurídica, consolidado na missão do Supremo Tribunal Federal em fiscalizar, em sede de controle normativo abstrato, o efetivo cumprimento das liberdades públicas e dos direitos revestidos de conteúdo programático, delineados na Carta Maior.

Nesse pensamento, Ana Paula de Barcellos⁶¹⁴ pontifica que há necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados continua válida, e será preciso enfrentar a circunstância da existência ou não de recursos disponíveis para atender às prestações positivas que se conclua que os direitos exijam. Assim, entende-se que a “reserva do possível” é uma situação fática que limita a aplicação e a eficácia dos direitos sociais⁶¹⁵.

Jose Afonso da Silva⁶¹⁶ assevera que:

⁶¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa*. 2018, p.102

⁶¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p. 203.

⁶¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 191.

⁶¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 203.

⁶¹⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p.1270.

⁶¹⁶ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. Malheiros, 2018, p. 26.

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Para tanto, como percebe, Uadi Lammêgo Bulos⁶¹⁷, a reserva do possível reside justamente neste ponto: verificar se os direitos constitucionais, a exemplo daqueles de segunda geração, que compreende os direitos econômicos, sociais e culturais, estão sendo respeitados pelo Poder Público, o qual tem o dever constitucional de os concretizar.

Como relata, Ana Paula de Barcellos⁶¹⁸ a expressão reserva do possível procura identificar o fator limitante dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

Dessa maneira, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas⁶¹⁹ 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.⁶²⁰

Os autores, Diego Daniel Ferraz de Oliveira Medrad e Alexandre de Lima Silva⁶²¹ inspirados sobre essa temática, relatam que o objetivo da reserva do possível estar relacionado na possibilidade do poder público em limitar exigências em prol da efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito a saúde, levando em consideração a conformidade financeira do Estado, sua possível adequação e a necessidade do pedido, com critério proporcional. Assim, um mínimo existencial a ser garantido aos indivíduos e a própria sociedade.

Pontua Marçal Justen Filho⁶²², que fatores sociais, ambientais, econômicos e individuais impedem que o ser humano se realize como sujeito autônomo e usufrua

⁶¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1.

⁶¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 203.

⁶¹⁹ Leny Pereira da Silva, exemplifica que em se tratando de obrigação de fazer (construir um posto de saúde, fornecer medicamentos, realizar um tratamento médico, etc.) que esteja dentro da reserva do possível, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador. Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e princípio da reserva do possível. s.d. 65 f. Monografia - Especialização em Direito. 2018, p. 31.

⁶²⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 205.

⁶²¹ MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública. 2019, p. 11.

⁶²² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 14ª. Ed. Forense, 2023. p. 05.

da própria vida com dignidade. Isso exige a implantação e o desenvolvimento de serviços públicos pelo Estado.

4.2.4 Teoria Reserva do Possível e Recursos Públicos

Observa Alexandre de Moraes⁶²³, que no Brasil, tradicionalmente desde a Constituição Imperial, cabia ao Poder Executivo a atribuição para a elaboração e a apresentação da proposta orçamentária, pois é este Poder, em tese, quem conhece a realidade sociopolítica em que irá atuar, possibilitando o fornecimento de maiores elementos ao legislador, para análise e decisão sobre a peça orçamentária. Paralelamente, não se pode desconsiderar, diferentemente daquilo que comumente é afirmado, que todos os direitos sociais, têm custos privados e públicos⁶²⁴.

Sobre esse aspecto de limitação dos recursos financeiros por partes dos entes federativos na efetivação de direitos fundamentais, o Ministro Luís Roberto Barroso⁶²⁵, esclarece que:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública.

Assim, argumenta Nathalia Masson⁶²⁶, que tão certo quanto dizer que a proteção e a efetivação de todos os direitos positivados na Constituição acarreta custos econômicos, é reconhecer que, em se tratando de direitos sociais os gastos econômicos ficam ainda mais visíveis e dispendiosos, uma vez que estes, em grande medida, traduzem-se em obrigações prestacionais — de fazer — para o Estado.

⁶²³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 745.

⁶²⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 408.

⁶²⁵ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009, p. 10.

⁶²⁶ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 426.

Disso resulta de acordo com Sylvio Motta⁶²⁷ o entendimento de que:

De fato, a maioria dos direitos sociais dependerem da disponibilidade financeira do Estado para sua plena fruição fez com que fosse elaborada pela doutrina o que se denominou “cláusula da reserva do possível”, no sentido de que o Poder Executivo, responsável pela construção das políticas públicas atinentes à concretização dos direitos sociais, não pode ser coagido a efetivá-las pelos Poderes Legislativo e Judiciário, já que àquele Poder cabe determinar a forma como serão aplicados os recursos públicos.

Assim, a efetivação e realização dos direitos sociais ao atendimento em saúde dependeria da existência simultânea de dois requisitos: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado⁶²⁸.

Nessa linha de raciocínio se manifestam Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Júnior Ananias Castro⁶²⁹, que a reserva do possível não aborda apenas da limitação de recursos, mas também do fato de que há um orçamento limitado e que a obtenção de um remédio por um, pode inviabilizar que outras centenas tenham acesso a tratamentos essenciais à manutenção de suas vidas. Isso também viola o direito à saúde — e à vida — desses outros.

Essa disponibilidade financeira, encontra-se assegurada na legislação brasileira. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁶³⁰ menciona que:

Um desses diplomas é a Lei Complementar no 101, de 4.5.2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, regulamentando o art. 163, I, (finanças públicas) e o art. 169, da Constituição. O grande objetivo desse diploma reside na obtenção de equilíbrio nas contas públicas, para tanto prevenindo riscos e corrigindo desvios, tudo mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa.

A necessidade de previsão orçamentária pelos Estados-membros tem sido apresentada como justificativa para a não efetividade dos direitos sociais da saúde por parte dos entes federativos.

⁶²⁷ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021. p. 403.

⁶²⁸ NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 635.

⁶²⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. 2014, 133

⁶³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas, 2022, p. 844.

Nessa linha doutrinária, Fernando Rister de Sousa Lima⁶³¹ asseverou que os recursos são escassos e as necessidades sociais infinitas. Dessa feita, caberia ao Poder Executivo a análise do que é mais importante.

Diante do exposto, verifica-se que o Estado-juiz não poderia intervir nessas situações justamente porque não haveria recursos; seriam, pois, escassos, obrigando o gestor público a concretizar a reserva do possível.

Observa-se, porém, que está defesa não é válida, uma vez que, a previsão orçamentária para as despesas públicas de serviços relacionados à saúde é direcionada exclusivamente ao poder público e não aos membros do poder judiciário, que tem autonomia e competência para concretizar as normas ou preceitos da Constituição através de uma simples ponderação de valores efetivando assim tratamento a saúde relacionado ao acesso ao medicamento como direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro.

Nas palavras de Fernando Rister de Sousa Lima⁶³², essa forte defesa, reiteradas vezes utilizada como álibi, quer na jurisprudência, quer na teoria, quer pela Administração Pública, é completamente desacreditada pela racionalidade do STF. Isso porque, segundo a Corte, estar-se-ia tratando de valores constitucionais.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que essa justificava não prevalece sobre a necessidade de promover o acesso ao direito a saúde em respeito indeclinável à vida, conforme podemos transcrever trecho do voto do eminente Ministro Celso de Melo ao apreciar a Petição 1.246 do Estado de Santa Catarina, pontuando que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador

⁶³¹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. O paradoxo da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde: uma descrição sistêmico-pragmática (Luhmann - peirce) num diálogo com Marcelo Neves. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado, apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013 p.97.

⁶³² LIMA, Fernando Rister de Sousa. O paradoxo da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde: uma descrição sistêmico-pragmática (Luhmann - peirce) num diálogo com Marcelo Neves. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado, apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013 p.97.

⁶³³ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 87.

uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Leny Pereira da Silva⁶³³, pondera que, a saúde e a manutenção da vida humana são os bens mais substanciais de uma comunidade, razão pela qual todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que seja as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

Naturalmente que serem os bens protegidos pelos direitos sociais prestações custosas, a reserva do possível estará sempre em questão, mas não de modo a impedir ou compelir o Estado a não os garantir, pelo contrário, todos os direitos fundamentais devem ser consagrados e prestados, mesmo que para alguns isso possa significar um retrocesso e para outros não⁶³⁴.

Nas palavras de Ana Paula Barcellos⁶³⁵ em um contexto de recursos públicos escassos, o aumento de expectativa de vida, expansão de recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde – ou, mais precisamente, o direito a prestações de saúde – formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

No dizer de Ana Paula de Barcellos⁶³⁶, considerando que há necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados, é preciso enfrentar a circunstância da existência ou não de recursos disponíveis para atender às prestações solicitadas.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo⁶³⁷ entre outras causas apontadas pela doutrina especializada, o crescimento das despesas com saúde adviria de uma prevalência das doenças crônicas e degenerativas (inclusive pelo envelhecimento da população), da consagração da saúde como direito fundamental, do incremento salarial decorrente da especialização dos profissionais da área da saúde e dos interesses da indústria farmacêutica e de eletromedicina.

⁶³³ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e princípio da reserva do possível. s.d. 65 f. Monografia (Especialização em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público. 2018, p. 53.

⁶³⁴ PRATES, Laura Spyer. A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, 2012, p. 87.

⁶³⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4^a. Ed. Forense, 2022. p. 133.

⁶³⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4^a. Ed. Forense, 2022. p. 645.

⁶³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2007, p. 13.

Ao seu turno, Hector Cury Soares⁶³⁸, vislumbra que um aspecto recorrente na questão ligada à justiciabilidade do direito prestacional à saúde é a despesa. Percebe-se que é uníssono, na doutrina e na jurisprudência brasileira, a afirmação de que os direitos sociais fundamentais geram custos.

Nas palavras de Jose Afonso Silva⁶³⁹ a “reserva do possível”, no que toca à possibilidade financeira do Estado, consubstancia a disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica, de tratamento médico, em geral.

Há de ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la⁶⁴⁰.

O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais⁶⁴¹”.

Para Ana Paula de Barcellos a rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. Conforme passa a explicar:

O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância sob uma perspectiva temporal quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais poder-se-ia falar de reserva do possível fática¹⁰⁹. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica, já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular⁶⁴².

⁶³⁸ SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. 2015, p. 31.

⁶³⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. Malheiros, 1998, p. 29.

⁶⁴⁰ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e princípio da reserva do possível. s.d. 65 f. Monografia (Especialização em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público. 2018, p. 31.

⁶⁴¹ FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14).

⁶⁴² BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 646.

É interessante observar que o tema ainda se encontra em busca de equilíbrio no Brasil. De um lado, a reserva do possível é usada como defesa padrão pelo Poder Público – às vezes ao longo de muitos anos na mesma demanda –, sem maiores demonstrações de sua realidade.

Assim, a iminência do terror econômico, anunciada pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas⁶⁴³. Uma vez que essas decisões causariam impactos significativos na qualidade dos serviços públicos.

Flávio Quinaud; Pedron e João Carneiro Duarte Neto⁶⁴⁴ esclarecem ainda que com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, que demonstra seu caráter pluralista, solidário e cidadão, a Carta Magna promove indiretamente um maior acirramento entre os três Poderes. O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos constitucionalmente, em regra alegando a limitação da reserva do possível e defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos em face da infinidade das demandas sociais.

Narra, Ana Paula de Barcellos⁶⁴⁵ que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obtê-los, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Observa George Marmelstein⁶⁴⁶, que as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la em concreto.

Nathalia Masson⁶⁴⁷, assevera que:

⁶⁴³ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 646.

⁶⁴⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p. 99.

⁶⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 644.

⁶⁴⁶ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 330.

⁶⁴⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2022, p. 432.

Quanto à possibilidade de os Poderes Públicos alegarem a cláusula da reserva do possível diante dos direitos mais básicos à subsistência do cidadão, que compõem o mínimo existencial, há divergência doutrinária. Para alguns (Ingo Sarlet), os direitos que integram esse mínimo, exatamente por serem imprescindíveis à existência digna, não se sujeitam à cláusula.

No dizer de Uadi Lammêgo Bulos⁶⁴⁸, não se afigura lícito, muito menos ético-moral, que o Poder Público alegue falta de recursos, de modo a criar obstáculos que inviabilizem o cumprimento de deveres constitucionais impostergáveis, previstos em favor da própria pessoa humana e dos cidadãos em geral. Com o tempo, porém, parece que o argumento foi desacreditado: o Judiciário chegou a afirmar que a ausência de recursos ou de previsão orçamentária não pode impedir a fruição de direitos⁶⁴⁹.

O mesmo autor⁶⁵⁰, consolidando seu posicionamento, define 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, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Esclarece ainda, Ana Paula de Barcellos⁶⁵¹, que se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados mais essenciais pelo texto constitucional, até que eles sejam realizados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵² explica que em situações como essas, a Administração Pública, na qualidade de ré, costuma invocar o princípio da reserva do possível, nem sempre aceito pelo Poder Judiciário, já que se trata de atender a direito fundamental, analisado no caso concreto, sendo possível a alocação de verba orçamentária para esse fim.

⁶⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

⁶⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 646.

⁶⁵⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 331.

⁶⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 644.

⁶⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

4.2.5 Teoria da Reserva do Possível e o Poder Judiciário Brasileiro

A jurisprudência e parte da doutrina do país têm aderido, preferencialmente, a teorias estrangeiras sobre a aplicação e eficácia dos direitos sociais⁶⁵³, que nem sempre se prestam a ser empregadas no Brasil⁶⁵⁴.

Nesse sentido, duas correntes doutrinárias têm se manifestado sobre a possibilidade ou não da aplicação da teoria da reserva do possível pelo poder judiciário no Brasil.

Beatriz Graeff Zenotelli e Regiane Nistler⁶⁵⁵, discorrem sobre a viabilidade do uso do princípio da reserva do possível pela atividade judicante:

É que 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, 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. Cumpre 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.

Iniciamos então apresentado os argumentos favoráveis de determinados doutrinadores ou juristas sobre essa teoria. Uma vez que essa teoria pode ser utilizada pelo poder judiciário quando estiver diante de demandas que requeiram a efetivação

⁶⁵³ Possibilidade de controle jurisdicional de política pública regulatória. Duas das principais funções atribuídas ao Poder Judiciário, no estado constitucional contemporâneo, é o de atuar no controle jurisdicional de validade dos atos normativos editados pelo poder público e o de concretizar e implementar os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, notadamente os de natureza prestacional, como os direitos de sociais e econômicos. RE 657718 / MG

⁶⁵⁴ KRELL, Andreas 1. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des caminhos de um Direito Constitucional 'comparado". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 240.

⁶⁵⁵ ZANOTELLI, Beatriz Graeff; NISTLER, Regiane. A Judicialização do Direito à Saúde. 2018, p. 54.

do direito social a saúde como exigência de condutas ou ações positivas a serem seguidas por determinação judicial aos entes da federação, mais precisamente a administração pública direta.

Nesse sentido, argumenta Nathalia Masson⁶⁵⁶ que:

A intervenção jurisdicional, desde que justificada pela ocorrência de arbitrária e inadequada recusa governamental em conferir significação real a algum direito social, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao princípio da separação de poderes) sempre que se impuser a necessidade de fazer prevalecer aos direitos sociais uma proteção mínima, conforme constitucionalmente engendrada. A proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Conforme aponta Dirley Cunha Junior⁶⁵⁷, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência passaria do Legislativo para o Judiciário.

Nas palavras de Nathalia Masson⁶⁵⁸ desse dilema, surge uma importante discussão que circunda o tema: a possibilidade do controle judicial das políticas públicas enquanto modo de efetivação dos direitos sociais naquelas hipóteses em que os órgãos políticos (Legislativo e Executivo) mantêm-se inertes e não cumprem seus deveres constitucionalmente postos referentes à implementação daqueles direitos. O que se debate, em síntese, é a viabilidade da intervenção do Poder Judiciário para efetivar diretamente o acesso aos bens que o Estado, injusta e infundadamente, recusa.

Esclarece ainda Nathalia Masson⁶⁵⁹ que se torna válida a ingerência do Poder Judiciário quando haja violação incontestada e desarrazoada das determinações constitucionais, ou tenham os órgãos políticos agido com nítido intuito de neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais, pois, nestes casos, é papel do Judiciário corrigir as más (e, às vezes, cruéis) escolhas orçamentárias, na tentativa de assegurar as condições materiais essenciais a uma existência digna.

⁶⁵⁶ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 429.

⁶⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 785, apoiado em HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo, p. 56-57.

⁶⁵⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 428.

⁶⁵⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 429.

Contextualizando, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶⁰, demonstra que:

No caso da negação de prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas e da falta da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, especialmente na área da saúde, o bem maior da vida humana. Para ele, “a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equipara a aplicação de uma pena de morte”.

Posicionamentos contrários sobre a possibilidade de intervenção do poder judiciário interferir na prestação de serviços públicos de competência constitucional do Poder Executivo.

Nas palavras de Sylvio Mota⁶⁶¹ o Poder Executivo, se possível (se para tanto dispuser de recursos financeiros), deve implementar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, não podendo ser coagido a tanto pelos Poderes legislativo e Judiciário, sob quebra do federalismo brasileiro.

Nos dias atuais parcela da doutrina reconhece como indevida a interferência judiciária “em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação.”⁶⁶²

Enfatiza Jose Afonso Silva⁶⁶³ que, em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos.

De acordo com Sylvio Motta⁶⁶⁴, no início da década de 1990 surge o Constitucionalismo brasileiro da efetividade, que defende que todas as decisões judiciais implicam, necessariamente, aplicação e fundamentação em normas constitucionais, surgindo assim, novos paradigmas importados, sobretudo do Direito germânico, como o “mínimo existencial”, a “reserva do possível” e a “proibição do retrocesso”.

⁶⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Liv. do Advogado, 2007, p. 317.

⁶⁶¹ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 413.

⁶⁶² KRELL, Andreas 1. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 107.

⁶⁶³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. Malheiros, 1998, p. 30.

⁶⁶⁴ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 47.

Daí a tendência de negar ao Poder Judiciário a análise de direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária, o que está localizado no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos⁶⁶⁵.

Dessa forma, no que se refere à última das dimensões, pertinente à proporcionalidade da prestação invocada e a razoabilidade de a mesma ser pleiteada ao Estado, tem-se como necessário adequar à pretensão individual às reservas orçamentárias⁶⁶⁶.

4.2.6 Teoria da Reserva do Possível e o Supremo Tribunal Federal

Nesse viés, manifesta-se o Supremo Tribunal Federal⁶⁶⁷ que para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais 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 a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Esclarece ainda, José dos Santos Carvalho Filho⁶⁶⁸, que a jurisprudência pátria tem se inclinado no sentido da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível, quando se trata de garantir o exercício de direitos considerados pelo legislador como fundamentais e prioritários, sobretudo se o Poder Público não comprova a ausência de recursos para o cumprimento do dever administrativo.

Daniel Wang⁶⁶⁹ realizou um estudo pautado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e verificou que, nas demandas envolvendo direito a saúde a expressão “reserva do possível” até 2007 não era utilizada para denegar direitos, com isso, todas as decisões analisadas concediam o medicamento pleiteado.

Esclarece ainda o mesmo autor que:

⁶⁶⁵ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos dir. fundamentais sociais. 2007. p. 62.

⁶⁶⁶ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2023, p. 430.

⁶⁶⁷ ADPF nº 45-MC-DF, Rel. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, Supremo Tribunal Federal.

⁶⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas, 2022, p.154.

⁶⁶⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Livraria do Advogado Editora, p. 349-371, 2010.

Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento⁶⁷⁰.

A seu turno, Castro⁶⁷¹, corrobora com esse entendimento ao mencionar que foi verificado que após 2007, os argumentos utilizados pelos ministros tiveram uma maior preocupação com as consequências orçamentárias de suas decisões, relacionando a “reserva do possível” à capacidade financeira do Estado.

Analisa-se, contudo, se o Judiciário possui legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos⁶⁷².

Outro questionamento é apresentado por Emmanuelle Konzen Castro⁶⁷³ ao questionar. Como o Judiciário poderia verificar essa capacidade financeira, se não há uma inter-relação e um diálogo com o Executivo e Legislativo na busca de informações sobre isso? Uma possível solução é apresentada pelo mesmo autor, conforme apresentamos.

O ideal seria haver uma dialogicidade entre as três funções no poder, mas principalmente entre o Judiciário e o Executivo, a fim de que seja informado a este último quais as maiores demandas que chegam ao Judiciário, para que o Executivo promova as políticas públicas que supram tais omissões, evitando, assim, a propositura de novas ações para situações semelhantes.

A possível solução desta problemática seria a busca do diálogo entre as esferas de poder, como o Princípio da Separação de Poderes prega, a harmonia e interdependência das funções, a fim de que o Judiciário auxilie efetivamente o Executivo na reelaboração da política pública, assim como receber aporte desse último para melhor fundamentar suas decisões⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 354

⁶⁷¹ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.74.

⁶⁷² KRELL, Andreas 1. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 107.

⁶⁷³ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.74.

⁶⁷⁴ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.77.

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal⁶⁷⁵ verifica-se que a teoria da reserva do possível aparece no posicionamento de seus membros, ora como “cláusula” ou “postulado”, ora como “princípio”.

Conforme relata esse autor na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45 o STF utilizou a expressão “cláusula”: Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’.

E posteriormente em 18 de setembro de 2008 quando do julgamento da Agi 677.274/SP, de Relatoria do Ministro Celso de Mello.

Prossegue Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁶⁷⁶, que no Recurso Extraordinário 642.536 Agravo relatado pelo Min. Luiz Fux, o STF utilizou a expressão “princípio”:

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço e saúde prestados por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47 Agravo Regimental.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, várias foram às vezes em que mencionada a “reserva do possível”, ora aplicando-a para refutar a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, ora para afastá-la⁶⁷⁷.

Pode-se mensurar que a Teoria da Reserva do Possível, tem sido amplamente utilizada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este tribunal, não raro, possui características maximalistas em suas decisões, ou seja, trata com profundidade teórica casos sob judge, a fim de estabelecer regras gerais sobre determinado tema.

Nessa senda, realizou-se uma pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, na busca de fundamentações desta Corte, verificando-se que a expressão “Reserva do Possível”, foi encontrada em 1.471 Decisões Monocráticas, em 80 acórdãos, produzidos pela primeira e segunda câmara e ainda pelo tribunal pleno, inseridas em 09 repercussão geral e consolidada em 28 Informativos do STF. Logo, a retratação em porcentagem/gráfico abaixo:

⁶⁷⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p. 1270.

⁶⁷⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p.1270.

⁶⁷⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p. 1271.

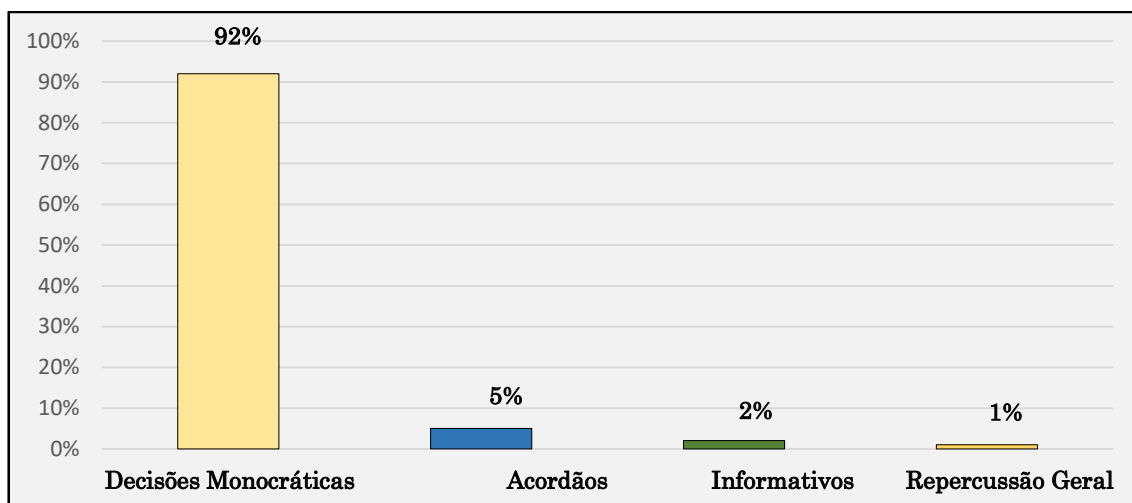


Gráfico 1. Teoria da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal

Com o propósito de obtermos uma maior completude da forma em que o Supremo Tribunal Federal tem usado da Teoria da Reserva do Possível em suas decisões, não resta dúvida que a referida teoria, em algum momento, já fora referenciada pelos ministros do STF.

Em atenção aos julgados colacionados neste estudo, percebe-se que a Teoria da Reserva do Possível tem sido usada, costumeiramente, como a *ratio decidendi* – núcleo decisório – acerca de uma questão de direito que lhe foi submetida, sobretudo pela Ministros da segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, a referida Teoria da Reserva do Possível também é mencionada como questão de *obiter dicta*⁶⁷⁸, ou seja, como argumentos de passagem de mero reforço de deliberações marginais tratadas pelos julgadores – sobretudo, os Ministros da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, mas que não dizem respeito à questão principal a ser decidida, não compondo o núcleo da controvérsia, sendo simples opinião do julgador acerca de um tema conexo ao que está sendo decidido.

⁶⁷⁸ A título de esclarecimento, os *obiter dicta* não são dotados de eficácia vinculante, mas tão somente a *ratio decidendi*.

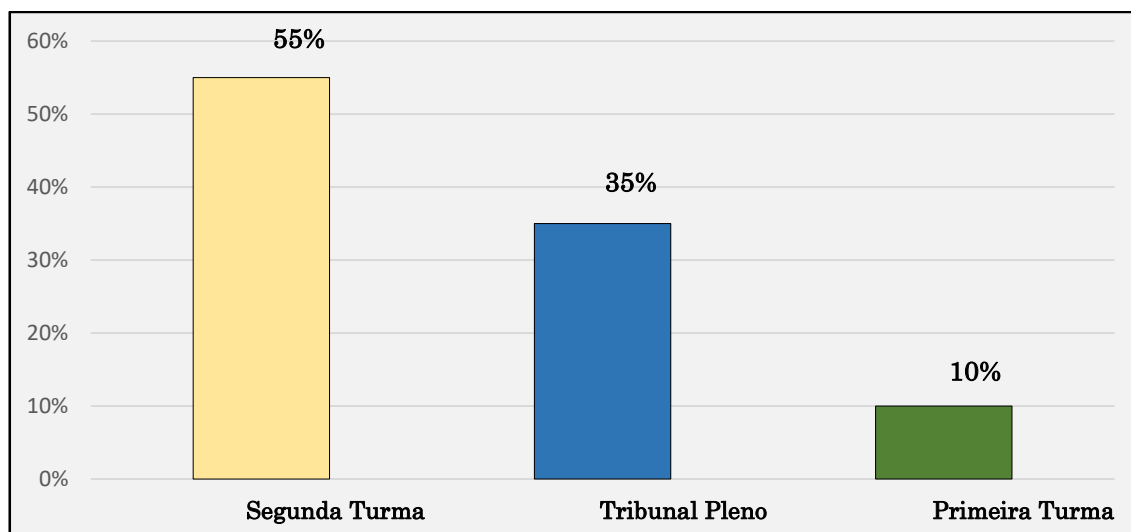


Gráfico 2. Produção de Acórdãos sobre Reserva do Possível Supremo Tribunal Federal

Em análise específica dos acórdãos produzidos pelos órgãos do Supremo Tribunal Federal, por entendermos que essas decisões representam o posicionamento colegiado da suprema corte brasileira, verifica-se sua menção em todos os órgãos que compõem sua estrutura, conforme se passa a descrever.

Sensível a essa temática tão importante para a manutenção da vida/saúde, o Supremo Tribunal Federal marcha em consonância, consolidando a jurisprudência no sentido de aplicação de medidas judiciais para impor o dever do Estado em prestar serviço público de saúde para a população, mesmo considerando as (im) possibilidades fáticas.

Assim, os acórdãos⁶⁷⁹ produzidos, na temática da reserva do possível, pelo Supremo Tribunal Federal, em síntese, foram produzidos em sua maioria absoluta pela Segunda Turma, atualmente sendo composta pelo Ministro Presidente, Ministro André Mendonça, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Edson Fachin e Ministro Nunes Marques, com um total de 45 acórdãos, conforme o quadro abaixo.

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal	Julgamento
Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal	13.04.2011
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.7155 São Paulo.	22.11.2005
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo.	23.08.2011

⁶⁷⁹ As decisões colegiadas dos Tribunais são denominadas acórdãos. O julgamento é o ato de decidir o processo e o acórdão é o documento escrito, composto pelo relatório e pelos votos de todos os Ministros que tenham participado do julgamento, que é efetivamente juntado ao processo. Os julgamentos dos órgãos colegiados são realizados oralmente, de forma que os votos dados por cada magistrado devem ser reduzidos a termo para que sejam publicados e juntados ao processo. Essa circunstância leva à ocorrência, nos Tribunais, de uma separação temporal entre o momento do julgamento e o momento da composição do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667 Ceará.	22.10.2013
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas.	29.10.2013
Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 Paraná	25.03.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864	04.11.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais	02.12.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 796.347 Rio Grande do Sul.	24.03.2015
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 Distrito Federal	14.04.2015
Embargos de Declaração no Recurso Ext. com Agravo 875.333 Rio Grande do Sul	28.04.2015
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 855.762 Rio de Janeiro.	19.05.2015
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 855.476 Minas Gerais.	16.02.2016
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.026.698 Mato Grosso.	30.06.2017
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.076.911 Distrito Federal	16.03.2018
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.101.106 Distrito Federal.	22.06.2018
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.096.445 Paraná.	30.11.2018
Agravo Regimental no Recurso Ext. com Agravo 1.129.152 Rio Grande do Sul.	07.12.2018
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 926.069 Paraná.	12.03.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.139.140 Paraná	12.04.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.060.961 Distrito Federal.	29.04.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.165.054 Rio Grande do Norte.	31.05.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.196.369 Piauí.	23.08.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.014 São Paulo.	27.09.2019
Agravo Regimental no Recurso Ext. com Agravo 1.197.779 Rio Grande do Norte	25.10.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.171.192 Sergipe.	20.12.2019
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.227.381 Pernambuco.	15.05.2020
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.250.997 Pernambuco.	29.06.2020
Agravo Regimental no Recurso Ext. com Agravo 1.162.878 Rio de Janeiro.	24.08.2020
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.219.482 Rio Grande do Sul.	03.10.2020
Habeas Corpus 172.136 São Paulo.	10.10.2020
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco.	23.11.2020
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco.	19.04.2021
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.214.757 Rio Grande do Sul.	16.06.2021
Agravo Regimental no Recurso Ext. com Agravo 1.269.451 Rio Grande do Sul.	15.09.2021
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.289.323 Rio de Janeiro.	04.10.2021
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.348.154 Rio de Janeiro	28.03.2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.374.478 Maranhão.	14/09/2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.356.138 São Paulo.	14.09.2022
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.330.615 Rio de Janeiro.	10/10/2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.351.412 São Paulo.	03/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Ext. com Agravo 1.366.212 Rio de Janeiro	10/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.377.281 Maranhão.	22/11/2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.290.901 São Paulo.	28/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.045.560 Bahia.	05/12/2022

Quadro 2. Acórdãos sobre Reserva do Possível da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, descrevemos as decisões proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com um quantitativo de 28 acórdãos em que boa parte dos julgados não tem dado efetividade ao argumento da reserva do possível, conforme se verá abaixo:

Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal	Julgamento
Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal	26.02.2003
Intervenção Federal 1262 São Paulo	26.02.2003
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3489-8 Santa Catarina	09.05.2007

Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240-7 Bahia	09.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3316-6 Mato Grosso	09.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3689-1 Pará	10.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3768-4 Distrito Federal	19.09.2007
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco	14.04.2008
Reclamação 6.568-5 São Paulo.	21.05.2009
Suspensão de Liminar 47 Pernambuco Agravo Regimental	17.03.2010
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará.	17.03.2010
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167 Distrito Federal.	27.04.2011
Recurso Extraordinário 567.985 Mato Grosso	18.04.2013
Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul	13.08.2015
Medida Cautelar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 DF.	09.09.2015
Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul.	03.12.2015
Recurso Extraordinário 553.710 Distrito Federal.	23.11.2016
Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul.	16.02.2017
Recurso Extraordinário 587.970 São Paulo	20.04.2017
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal.	24.08.2017
Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais.	22.05.2019
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129 Goiás.	11.09.2019
Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.171.152 Santa Catarina	03.10.2019
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Provisória 101 Espírito Santo.	03.10.2019
Tutela Prov. Incid. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 756 D.F.	22.03.2021
Mandado de Injunção 7.300 Distrito Federal.	27.04.2021
Embargos de Declaração no Mandado de Injunção 7.300 Distrito Federal.	23.11.2021
Recurso Extraordinário 1.008.166 Santa Catarina	22.09.2022

Quadro 3. Acórdãos sobre Reserva do Possível pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Em conclusão, apresentamos a relação dos acórdãos julgados pela Primeira Turma do Supremo, no período de 13 de março de 2011 a 19 de dezembro de 2022. Importante mencionar que no presente momento a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal é composta da forma seguinte: Ministro Luís Roberto Barroso, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Dias Toffoli, Ministro Luiz Fux e Ministro Alexandre de Moraes.

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal	Julgamento
Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal	13.04.2011
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 Amapá.	05.02.2013
Agravo de Regimento no Agravo de Instrumento 747.402 Bahia.	27.05.2014
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.293.740 Paraná	17.02.2021
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.627 Paraná	30.08.2021
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.879 D. Federal	11.10.2021
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.403.193 S. Catarina	19.12.2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.366.831 São Paulo.	19.12.2022

Quadro 4. Acórdãos sobre Reserva do Possível na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Em análise detida dos acórdãos em conformidade com seus relatores, destaca-se em número considerado sobre sua relatoria, mencionamos por ordem de produção os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes,

Dias Toffoli, Eros Graus, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Roberto Barroso e Rosa Weber.

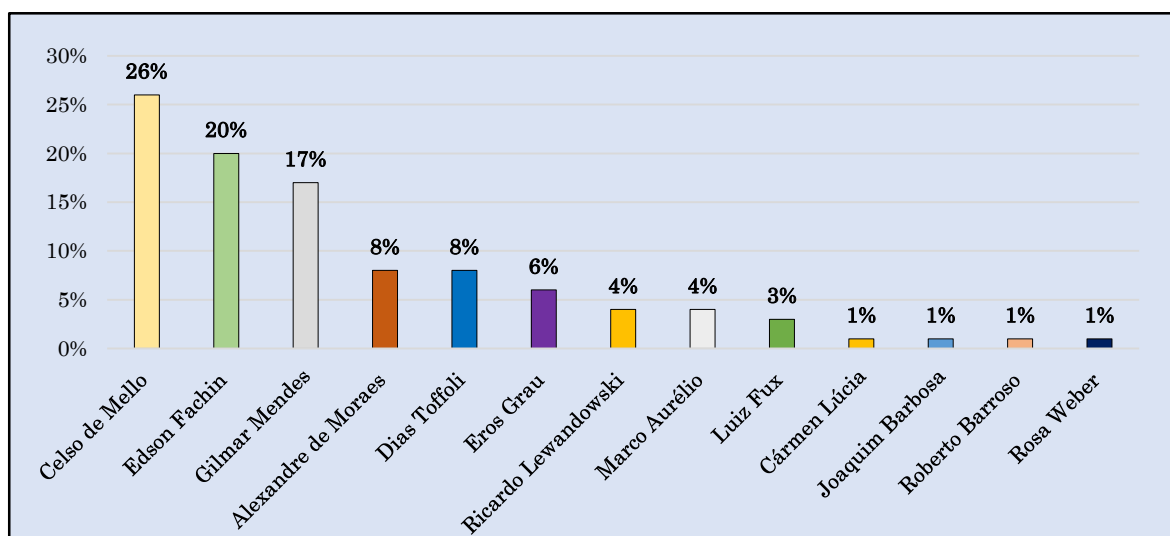


Gráfico 3. Relatoria dos Acórdãos sobre Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal

O Ministro Celso de Mello, como adepto à teoria maximalista das decisões, ou seja, tratando com profundidade questões doutrinárias e direito comparado, manifestou-se como relator em 21 acórdãos, produzidos no período de 2005 a 2020, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Celso de Mello e Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.7155 São Paulo.	22.11.2005
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco	14.04.2008
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo	23.08.2011
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667 Ceará	22.10.2013
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas	29.10.2013
Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 Paraná	25.03.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864	04.11.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais	02.12.2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 796.347 Rio Grande do Sul	24.03.2015
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.026.698 Mato Grosso	30.06.2017
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.076.911 Distrito Federal	16.03.2018
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.101.106 Distrito Federal	22.06.2018
Agravo Regimental Recurso Extraordinário com Agravo 1.129.152 R. Grande Sul	07.12.2018
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 926.069 Paraná	12.03.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.139.140 Paraná	12.04.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.165.054 Rio Grande do Norte	31.05.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.014 São Paulo	27.09.2019
Agravo Regimental Recurso Extraordinário Agravo 1.197.779 R. Grande do Norte	25.10.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.171.192 Sergipe	20.12.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.219.482 Rio Grande do Sul	03.10.2020
Habeas Corpus 172.136 São Paulo	10.10.2020

Quadro 5. Relatoria de Acórdãos Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Edson Fachin, manifestou-se como relator em 16 acórdãos, produzidos no período de 2019 a 2022, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Edson Fachin e Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.060.961 Distrito Federal	29.04.2019
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.227.381 Pernambuco	15.05.2020
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.250.997 Pernambuco	29.06.2020
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.267.067 Pernambuco	23.11.2020
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.272.488 Pernambuco	19.04.2021
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.214.757 Rio Grande do Sul	16.06.2021
Agravo Regimental Recurso Extraordinário com Agravo 1.269.451 R. Grande Sul	15.09.2021
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.289.323 Rio Janeiro	04.10.2021
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.374.478 Maranhão	14/09/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.356.138 São Paulo	14.09.2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.330.615 Rio Janeiro	10/10/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.351.412 São Paulo	03/11/2022
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.366.212 Rio Janeiro	10/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.377.281 Maranhão	22/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário c/ Agravo 1.290.901 São Paulo	28/11/2022
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.045.560 Bahia	05/12/2022

Quadro 6. Relatoria de Acórdãos Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Gilmar Mendes, manifestou-se como relator em 14 acórdãos, produzidos no período de 2003 a 2022, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Gilmar Mendes e Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Intervenção Federal 470 São Paulo	26.02.2003
Intervenção Federal 1262 São Paulo	26.02.2003
Suspensão de Liminar 47 Pernambuco Agravo Regimental	17.03.2010
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará	17.03.2010
Recurso Extraordinário 567.985 Mato Grosso	18.04.2013
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 Distrito Federal	14.04.2015
Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário Agravo 875.333 R. Grande Sul	28.04.2015
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 855.762 Rio de Janeiro	19.05.2015
Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul	16.02.2017
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.196.369 Piauí	23.08.2019
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.162.878 Rio Janeiro	24.08.2020
Mandado de Injunção 7.300 Distrito Federal	27.04.2021
Embargos de Declaração no Mandado de Injunção 7.300 Distrito Federal	23.11.2021
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.348.154 R. Janeiro	28.03.2022

Quadro 7. Relatoria de Acórdãos Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Alexandre de Moraes, manifestou-se como relator em 06 acórdãos, produzidos no período de 2019 a 2022, reconhecendo a existência da Teoria da

Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro. Mas aplica de forma parcial em seus julgados, dando ênfase a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Min. Relator Alexandre de Moraes & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129 Goiás	11.09.2019
Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.171.152 Santa Catarina	03.10.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.293.740 Paraná	17.02.2021
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.627 Paraná	30.08.2021
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.879 D. Federal	11.10.2021
Agravo de Regimento Recurso Extraordinário com Agravo 1.403.193 S. Catarina	19.12.2022

Quadro 8. Relatoria de Acórdãos Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Dias Toffoli, manifestou-se como relator em 06 acórdãos, produzidos no período de 2014 a 2022, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Dias Toffoli & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Agravo de Regimento no Agravo de Instrumento 747.402 Bahia	27.05.2014
Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul	03.12.2015
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 855.476 M. Gerais	16.02.2016
Recurso Extraordinário 553.710 Distrito Federal	23.11.2016
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Provisória 101 Espírito Santo	03.10.2019
Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.366.831 São Paulo	19.12.2022

Quadro 9. Relatoria de Acórdãos Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Eros Grau, manifestou-se como relator em 05 acórdãos, produzidos no período de 2007 a 2009, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministro Eros Grau, manifestou-se como relator em 05 acórdãos, produzidos no período de 2007 a 2009, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Eros Grau & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3489-8 Santa Catarina	09.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240-7 Bahia	09.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3316-6 Mato Grosso	09.05.2007
Ação Direta de Inconstitucionalidade 3689-1 Pará	10.05.2007
Reclamação 6.568-5 São Paulo.	21.05.2009

Quadro 10. Relatoria de Acórdãos Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Ricardo Lewandowski, manifestou-se como relator em 03 acórdãos, produzidos no período de 2015 a 2021, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Ricardo Lewandowski & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul	13.08.2015
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.096.445 Paraná	30.11.2018
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 Distrito Federal	22.03.2021

Quadro 11. Relatoria de Acórdãos Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível

A depender da situação posta em julgando, o Ministro Marco Aurélio costuma ponderar a Teoria da Reserva do Possível conforme as situações fáticas. Como relator, manifestou-se em 03 acórdãos, produzidos no período de 2011 a 2017, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Marco Aurélio & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal	13.04.2011
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.	09.09.2015
Recurso Extraordinário 587.970 São Paulo	20.04.2017

Quadro 12. Relatoria de Acórdãos Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

O Ministro Marco Luiz Fux, manifestou-se como relator em 03 acórdãos, produzidos no período de 2013 a 2022, reconhecendo a existência da Teoria da Reserva do Possível, no ordenamento jurídico brasileiro.

Min. Relator Luiz Fux & Teoria da Reserva do Possível	Julgamento
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 Amapá	05.02.2013
Recurso Extraordinário 1.008.166 Santa Catarina	22.09.2022

Quadro 13. Relatoria de Acórdãos Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

Por fim, apresentamos os ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal, que atuaram uma única vez como relatores de acórdão sobre a temática abordada: Ministra Cármen Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3768-4 Distrito Federal, julgada em 19.09.2007; Ministro Joaquim Barbosa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167 Distrito Federal, julgada em 27.04.2011; Ministro Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais, julgada em 22.05.2019E a Ministra Rosa Weber, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal, julgada em 24.08.2017.

Salienta-se que, o Ministro Luís Roberto Barroso reconhece que, em democracias, “decisões políticas devem ser deixadas para quem tem voto”, mas “a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite ao Estado não cumprir direitos fundamentais”.

A forma como foi referenciada a Teoria da Reserva do Possível na produção dos acórdãos, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, em síntese pode ser compreendida a partir das informações inseridas no quadro elaborado, organizado de forma cronologicamente decrescente, ou seja, do mais antigo, datado de 2003 até o mais recente, produzido em 2023.

Teoria da Reserva do Possível nos Acórdãos produzidos pelo Supremo Tribunal Federal - STF	
1º. Intervenção Federal 470-5 São Paulo. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado 26.02.2003	Um caso paradigmático neste sentido é aquele em que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre “ <i>numerus clausus</i> ” de vagas nas Universidades” <i>numerus clausus Entscheidung</i> ”, reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do financeiramente possível (<i>Vorbehalt des finanziellen Möglichen</i>). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo.
2ª Intervenção Federal 1662-7 São Paulo. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado 26.02.2003	Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no Estado de São Paulo o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinalados pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com apenas 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.
3. Agravo Reg. no R. Extraordinário 410.7155 SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 22.11.2005	Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.
4. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3989-8 SC Relator Min. Eros Grau. Julgado 09.05.2007	Indexação. Consequência, instalação, força normativa dos fatos. Anulação, anexação, localidade, hipótese, autos, resultado, situação, denominação, reserva do impossível, sentido, impossibilidade, anulação, decisão política, ausência, ofensa, princípio federativo.
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240-7 Bahia. Relator Min. Eros Grau. Julgado 09.05.2007	Indexação. Positivo, consequência, instalação, força normativa dos fatos. Anulação, criação, município, hipótese, autos, resultado, situação, denominação, reserva do impossível, sentido, impossibilidade, anulação, decisão política, ausência, ofensa, princípio federativo.
6. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3316-6 Mato G. Relator Min. Eros Grau. Julgado 09.05.2007	Indexação. Boa-fé, cidadão, princípio da confiança, autonomia política, município, princípio federativo, excepcionalidade, situação fática, manifestação, reserva do impossível. Caracterização, município putativo, comparação, instituto jurídico, casamento putativo. Aplicação, princípio da continuidade do estado. Inaplicabilidade
7. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3689-1 Pará. Relator Min. Eros Grau. Julgado 10.05.2007	Indexação. Previsão, direito positivo, representação, força normativa dos fatos. Anulação, decisão política, criação, município, caracterização, reserva do impossível, sentido, impossibilidade, anulação, decisão política, ausência, ofensa, princípio federativo. STF, interpretação, força normativa, constituição.
8. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3768-4 DF. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado 19.09.2007	Comunidade, viabilidade, concretização, dignidade, bem-estar, ausência, caracterização, condicionamento, imposição, princípio da reserva do possível. Princípio da reserva do possível, necessidade, compatibilização, garantia, mínimo existencial. Concessão, serviço público, transporte, estado, atribuição, particular.
9. Agravo de Reg. S. Tutela A. 223 Pernambuco. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 14.04.2008.	Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta

governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

10. Reclamação 6.568-5 São Paulo. Relator Min. Eros Grau. Julgado 21.05.2009

Interpretação, garantia constitucional, conformidade, princípio da reserva do possível. omissão, constituição federal, justificativa, ampliação, interpretação, garantia constitucional, consideração, princípio da reserva do possível. - obiter dictum, min. Gilmar Mendes: omissão, Constituição Federal

11. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Julgado 13.03.2010

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar "mínimo existencial" e "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen). A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

12. Agravo Reg. Susp. T. Antecipada 175 Ceará. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 17.03.2010

Cumprir advertir, desse modo, cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

13. Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal Relator Min. Marco Aurélio. Julgado 13.04.2011

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. Aqui, não. São direitos sociais que só podem ser gozados na medida em que o Estado atue desembolsando recursos. Aí veio a idéia que Vossa Excelência combate e que eu em boa medida combato também: Bem, se os direitos sociais, notadamente no campo da saúde, da educação, da assistência à adolescência e à infância, são direitos de crédito contra o Estado, demandam prestação contra o Estado, desembolso de recursos, é preciso atentar para o fato de que os recursos orçamentários são escassos e pesa contra esses direitos uma cláusula da reserva financeira do possível. Mas eu entendo que essa reserva financeira do possível seja uma desculpa cômoda por parte do Estado; é a mais cômoda das desculpas.

14. Ação D. de Inconstitucionalidade 4.167 DF. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado 27.04.2011.

Basta lembrar o seguinte: a educação é tão importante para o nosso Magno Texto que ela está versada na Constituição em 96 dispositivos. 96 dispositivos, entre a parte permanente e a parte transitória. Por isso que a educação, pelo menos a médio e longo prazo, é a prioridade das prioridades constitucionais, a justificar mesmo a criação de um piso que, por ser o mínimo existencial dos professores, se impõe à cláusula da reserva financeira do possível. A cláusula da reserva financeira do possível não pode operar diante dessa prioridade máxima que a Constituição conferiu à Educação em geral e ao piso profissional em particular.

15. Agravo Reg. Rec. Extraordinário 639.337 SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 23.08.2011

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

16. Agravo Reg. Rec. Extraordinário 642.536 Amapá. Min. Relator. Luiz Fux. Julgado 05.02.2013.

Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

No mérito, sustentou que ‘o princípio da reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no feito sub examine’, destacando que ‘o princípio em pauta determina que a Administração Pública só tem o dever de atuar quando presentes os requisitos idôneos à atividade administrativa. Inexistindo meios

materiais, como recursos financeiros aptos a arrostar as despesas solicitadas, queda inviável a providência desejada.

17. Recurso Extraordinário 567.985 MG. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18.04.2013.

E Sua Excelência mesmo disse que o legislador ordinário, o Congresso Nacional, deve ter feito uma série de cálculos e chegou à conclusão que esse é o valor possível, é aquilo que os juristas chamam de reserva do possível, aquilo que o erário pode pagar, neste presente momento histórico, ao idoso. Então, esse é um aspecto que me parece relevante.

18. Agravo Regimental no R. Extr. 763.667 Ceará. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 22.10.2013.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”.

Que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

19. Agravo Regimental R. Extr. 581.352 Amazonas. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 29.10.2013

A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

20. Embargos Dec. Agr. Instrumento 598.212 Paraná. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 25.03.2014.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”.

21. Agravo de Reg. Agr. Instrumento 747.402 Bahia. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 27.10.2014.

Ademais, e como forma de eventual contra-argumento, não se revelam legítimos os argumentos expendidos “ad terrorem” no sentido de que, ante o quadro de escassez, premissa inexorável da economia, os Gestores possuem limitações fáticas e orçamentárias para a aplicação dos recursos públicos nos programas governamentais, a cognominada reserva do possível. Com efeito, é insuficiente que o Poder Público invoque, genericamente, o argumento de reserva do possível não observar os comandos constitucionais, em especial aqueles relacionados aos direitos fundamentais prestacionais (e.g., saúde e educação). Para a utilização desse argumento deve estar condicionada a comprovação, pelo respectivo ente político, da utilização otimizada dos recursos públicos disponíveis. Do contrário, os governantes veem-se compelidos pelos imperativos constitucionais a destinar os percentuais exigidos pelo texto magno.

22. Agravo Reg. Recurso Extr. Agravo 727.864 Relator. Min. Celso de Mello. Julgado 04.11.2014

Cumprir asseverar que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. Assim sendo, não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão.

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

23. Agravo Reg. Recurso E. Agravo 745.745 MG Relator. Min. Celso de Mello. Julgado 02.12.2014.

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta

governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

24. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 796.347 Rio Grande do Sul.

Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

25. Agravo Reg. no R. E. com Agravo 860.979 DF. Relator. Min. Gilmar Mendes. Julgado 14.04.2015.

Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou provimento ao recurso extraordinário com agravo, aos seguintes fundamentos: (I) o princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante do inadimplemento do Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas; (II) Inoponibilidade da cláusula da reserva do possível na hipótese, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados; e, (III) a constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. agravo regimental contra decisão que negou provimento ao recurso extraordinário com agravo, aos seguintes fundamentos: (i) o princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante do inadimplemento do Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas; (II) inoponibilidade da cláusula da reserva do possível na hipótese, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados; e, (III) a constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade.

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina.

26. Embargos de Decl. RE com Agr. 875.333 RS. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado 13.05.2015.

Além disso, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente. Por outras palavras, a parte recorrente cinge-se a afirmar suposta prerrogativa de avaliação da viabilidade material do pedido, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade. Portanto, não logrou demonstrar, de forma objetiva, ou seja, mediante detalhamento orçamentário, a impossibilidade de assegurar à parte recorrida o acesso à educação infantil especializada garantida pelo art. 208, III, da Constituição Federal.

27. Agravo Reg. no Rec. E. Agravo 855.762 RJ. Relator. Min. Gilmar Mendes. Julgado 01.06.2015.

Acerca da teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende inaplicável por injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Nesse sentido, a intervenção judicial torna-se possível, pois não se trata de inovação na ordem jurídica, mas apenas determinação de que o Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

28. Rec. Extraordinário 592.581 Rio G. Sul Relator. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado 13.05.2015.

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

A reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal. A referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.

29. Medida C. na Arguição de D. de Preceito F 347 DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado 09.09.2015

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa.

30. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 03.12.2015.

Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário. É o que decorre também dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível: não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação.

31. Agravo de Reg. no Rec. E. Agravo 855.476 MG. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 16.02.2016.

O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 580.252/MS-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao dever, ou não, do Estado de indenizar o preso por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). Estado de Minas Gerais interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que determinei a devolução dos autos à Corte de origem para a aplicação do disposto no art. 543-B do CPC, haja vista o reconhecimento da repercussão geral da matéria debatida no RE nº 580.252/MS-RG, Tema 365, no qual se discute “o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais teoria da reserva do possível.

32. Recurso Extraordinário 553.710 Distrito Federal. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 23.11.2016

Quanto ao mérito, não há sentido em alegar que o pagamento individual configura satisfação do mínimo existencial, por parte do Ministério da Defesa, muito menos em aduzir que o pagamento dos retroativos está cingido à reserva do possível. O caso concreto refere-se à existência de direito líquido e certo de percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente. E sobejou também, evidentemente, um argumento assim derradeiro da União sobre a reserva do possível, porque não tem como fazer reavivar aqui aquele debate belíssimo de Otto Bachof com Cass Sunstein, porque aqui não tem reserva do possível. Como o próprio Relator mencionou no seu voto, havia destinação orçamentária. Refere-se à adoção do princípio da reserva do possível, quando “notória a incapacidade do Poder Público em prover todas as necessidades ilimitadas da coletividade, seja no campo da saúde, da segurança pública ou até mesmo no cumprimento de decisões judiciais que demandam prévia existência de recursos.

33. Recurso Extr. 580.252 Mato G. Sul. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado 16.02.2017.

A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas. Ademais, não podemos acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, a coloca, dogmaticamente, na esfera da licitude dos atos públicos, tal qual determinada pela doutrina da 'reserva do possível'. Desta forma, não há falar em dever de indenizar.

União, por seu Advogado-Geral, manifesta-se pelo desprovimento do recurso, sustentando, em síntese, que (c) a construção de unidades prisionais adequadas encontra óbice no princípio da reserva do possível, pois os direitos de segunda geração, que impõem ao Poder Público a implementação de políticas públicas para que os presos possam usufruir de uma prisão digna, são sempre onerosos e dependem da disponibilidade financeira do Estado; Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.

34. Recurso Extraordinário 587.970 São Paulo Relator. Min. Marco Aurélio. Julgado 20.04.2017.

Pode-se dizer que, ao reconhecer o direito de estrangeiro residente no País de receber o benefício, o Judiciário confronta a dignidade da postulante com a dos cidadãos brasileiros, natos ou naturalizados, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível. A crítica é improcedente.

Quarto, refuto o uso da doutrina da “reserva do possível” no presente caso. Embora o argumento consequencial seja de grande relevância para a jurisdição constitucional, verifica-se, nesta ação, que a população de estrangeiros potencialmente beneficiária não é numericamente relevante.

O INSS sustenta ser necessário considerar a doutrina da reserva do possível para antever (i) o impacto que a decisão do Plenário poderá causar ao já combalido orçamento da seguridade social, bem como (ii) o indesejável incentivo a que cidadãos estrangeiros de países vizinhos adentrem o

35. Agravo Reg. Rec. E. 1.026.698 Mato Grosso. Min. Relator Celso de Mello. Julgado 30.06.2017.

Rel. Min. Ricardo Lewandowski, nele proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: “Repercussão Geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

36. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 F. Relatora. Min. Rosa Weber. Julgado 28.08.2017 Há que se advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém propriamente da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.
37. Agravo de Regimento Rec. Ext. 1.076.911 DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 16.03.2018. Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
38. Agravo de Regimento no Rec. E. 1.101.106 DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 22.06.2018. Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
39. Agravo Reg. Rec. Ext. Agr. 1.096.445 Paraná. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado 30.11.2018. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia trazida nos autos no RE 592.581-RG (tema 220), de minha relatoria, julgado pelo Plenário em 1.2.2016, assentando a tese de que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes
40. Agravo Reg. Rec. Extr. Agravo 1.129.152 RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 07.12.2018. Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade
41. Agravo Reg. Rec. Extr. Agr. 926.069 Paraná. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 12.03.2019. Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
42. Agravo de Reg. Recurso Extr. 1.139.140 Paraná Relator Min. Celso de Mello. Julgado 12.04.2019 Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
43. Agravo Reg. Rec. Extraordinário 1.060.961 DF. Relator min. Edson Fachin. Julgado 29.04.2019 A esse respeito, acrescenta-se que em discussão relativa à realização obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 1º.02.2016 (tema 220), com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.
44. Recurso Extraordinário 657.718 M. Gerais. Relator MIN. Marco Aurélio. Julgado em 22.05.2019 Destaca ser a vedação de importação e de uso de medicamento distinta da ausência de registro na ANVISA. Afirma que a chamada teoria da reserva do possível não exime o administrador de cumprir as obrigações constantes no Texto de 1988. Requer, ao final, a concessão de tutela antecipada em virtude do estado de saúde precário. Defende, assim, (i) a possibilidade de afastar, ainda que excepcionalmente, a vedação legal ao fornecimento de medicamento sem registro emitido pela Anvisa, e (ii) a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível em relação ao fornecimento de medicamentos.
45. Agravo Reg. no Recurso Extr. 1.165.054 RN. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 31.05.2019

Consoante posição do Supremo Tribunal Federal não é possível a aplicação da reserva do possível, quando sua invocação comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial do indivíduo.

Entende o STF que cabe ao Poder Judiciário promover a implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público (RE 581352 AgR/AM, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29.10.2013).

– Na esteira da posição deste Tribunal, é possível a cominação 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

46. Agravo Reg. R. Extr. Agravo 1.196.369 Piauí. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 23.08.2019.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Ação Civil Pública. Políticas públicas. Omissão estatal. Ofensa aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível não verificada. 4. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária.

47. Medida C. na Ação D. de Inconst. 6.129 Goiás. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado: 11.09.2019

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de assentar-se em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível. Esse, por sinal, foi o sentido da bela análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde:

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.

48. Ag Regimental RE Agravo 1.189.014 S. Paulo. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 27.09.2019.

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

49. Repercussão Geral Rec., E. 1.171.152 SC. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado 03.10.2019

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.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

50. Agravo Reg. Suspensão de Tutela Prov. 101 ES. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 03.10.2019.

Administrativa; vedação, lei. Via de regra, privilégio, tratamento de saúde, sistema único de saúde (sus). Ação judicial, necessidade, produção de prova. Reserva do possível. Sistema único de saúde (sus), princípio da universalidade do atendimento. Ação coletiva, matéria, saúde pública, influência, situação financeira

51. Ag. Reg. no RE Agravo 1.197.779 Rio Grande do Norte Relator Min. Celso de Mello. 25.10.2019

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

52. Agravo de Reg. R. E. Agravo 1.171.192 Sergipe. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 20.12.2019

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Sendo assim, e em face das razões expostas,

nego provimento ao presente agravo interno, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.
53. Agr. de Reg. R. E. Agravo 1.227.381 Pernambuco. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 15.05.2020 O Supremo Tribunal Federal, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.
54. Agravo Reg. RE com Agr. 1.250.997 Pernambuco. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 29.06.2020 Cabe somente ao médico identificar a doença e encontrar o melhor meio para um tratamento eficaz, não importando se há outros tratamentos, pois estes podem não ter a mesma eficácia do indicado pelo profissional de saúde. Inclusive, saliento que o fato de o SUS dispor de outro tratamento para a mesma enfermidade não afasta a possibilidade do Estado custear o fornecimento do fármaco/equipamento indicado pelo médico, que trata diretamente do paciente em questão. 5. Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da triplicação de funções estatais e da discricionariedade da Administração, não se justificando, ainda, a inibição à efetividade do direito ofendido sob a escusa de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível. 6. Recurso de agravo improvido por unanimidade.
55. Agravo Reg. Rec. E. com Agravo 1.162.878 RJ. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 24.08.2020 Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Encostas. Perigo de desabamento. Laudo da Geo/Rio. Não violação ao princípio da separação dos poderes. Reserva do possível. Impossibilidade. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento e, tendo em vista a ausência de fixação de honorários pela origem, deixo de aplicar o disposto no § 11 do art. 85 do NCP.
56. Agravo Reg. no Recurso Extr. 1.219.482 RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 03.10.2020 Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
57. Habeas Corpus 172.136 São Paulo. Relator Min. Celso de Mello. Julgado 10.10.2020 A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras "escolhas trágicas", em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do "mínimo existencial", em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do "mínimo existencial", em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.
58. Agravo Reg. Rec. Ext. com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Relator Min. Edson Fachin. 23.11.2020 (...) 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 642.536- AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.02.2013). A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.
59. Agravo de Reg. R. E. 1.293.740 Paraná, Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado 17.02.2021. Pois bem, o Plenário desta Corte, no julgamento do RE 592.581-RG (Tema 220, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), fixou a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à

sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”

60. Referendo em Tutela P. In. ADPF 756 DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado 22.03.2021
Além do mais, o Supremo Tribunal Federal já entendeu, com esteio na supremacia da dignidade da pessoa humana, que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais” (RE 592.581/RS, de minha relatoria, grifei), de modo que não se poderia opor à decisão judicial o argumento da reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes.

61. Agravo Reg. RE. Agravo 1.272.488 Pernambuco. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 19.04.2021.
Ademais, quanto ao princípio da reserva do possível, confirmam-se as seguintes ementas: “(...) 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 642.536AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.02.2013).

“Recurso Extraordinário – Ação civil pública para elaboração de plano municipal de controle da tuberculose – obrigação jurídico- constitucional que impõe ao poder público o dever de observância do direito constitucional da saúde (CF, art. 196 e seguintes) – implementação de políticas públicas – violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inocorrência – decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal – consequente inviabilidade do recurso que a impugna – sucumbência recursal – (CPC, art. 85, § 11) – não decretação, no caso, ante a ausência de condenação em verba honorária na origem – agravo interno improvido” (RE 1.165.054-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 27.06.2019).

62. Mandado de Injunção 7.300 DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado. 27.04.2021

A reserva do possível não pode limitar direitos básicos, entre os quais os aqui versados, nem privar o indivíduo de dignidade considerado o mínimo existencial, sob pena de esvaziar a própria força normativa da Constituição Federal.

Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 473/474)

63. Agravo Regimental no R. E. 1.214.757 RS. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 14.06.2021.

Ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2016 (Tema 220), no qual se discutia a competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela litude da imposição da obrigação, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

64. Agr. R no RE com Agr. 1.322.627 Paraná. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado 30.08.2021.

A decisão recorrida encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firmada no julgamento do RE 592.581-RG Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Tema 220), no sentido de que: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”

65. Agravo Reg. Recurso Extr. Agravo 1.269.451 RS. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 15.09.2021.

Por fim, como já me posicionei em julgamento nesta Corte Suprema descabe invocar a Reserva do Possível como fundamento para o Estado se furtar ao adimplemento das obrigações expressamente previstas no texto constitucional (ARE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tema 220).

Transcrevo os fundamentos extraídos do voto que lancei àquela ocasião: “Assim, reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas políticas deixam de atender demanda tão fundamental. Em outras palavras, a invocação da reserva do possível não pode consistir em mera

alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.”

66. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.289.323 RJ. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 04/10/2021.

8. A cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada ao caso, uma vez que iria de encontro ao direito fundamental das pessoas que cursam a Instituição, previsto da Constituição. Dessa maneira, destaca-se que o fornecimento de alimentação adequada não está sujeito à discricionariedade do administrador. Quanto à alegação da cláusula da reserva do possível, confira-se precedente do Supremo Tribunal Federal.

Destaco, ainda, quanto à questão envolvendo a cláusula da reserva do possível, trechos da ementa proferida no RE 639.337-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011: “A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

67. Agravo de R no RE com Agr. 1.322.879 DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado 11.10.2021

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

68. Embargos de Decl. no M. de Injunção 7.300 DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 23.11.2021.

A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do ‘mínimo existencial’, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é impositiva à concretização do ‘mínimo existencial’, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador”. HC 172.136, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 1º.12.2020.

Além disso, é de longa data a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes ou à reserva do financeiramente possível, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais, sem qualquer ressalva em relação ao período da implementação destes direitos.

69. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.348.154 RJ. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 28.03.2022

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Ação Civil Pública. Políticas públicas. Omissão estatal. Inexistência. Ofensa aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível não verificada. 3. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

70. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.374.478 MA. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 14.09.2022.

Extraio, ainda, do voto condutor do aresto proferido no ARE 1.197.779-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2019, os seguintes fragmentos: “Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

71. Agravo de Reg. no RE. com Agravo 1.356.138 SP. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 14.09.2022.

Além disso, como já me posicionei em julgamento nesta Corte Suprema descabe invocar a Reserva do Possível como fundamento para o Estado se furtar ao adimplemento das obrigações expressamente previstas no texto constitucional (ARE 592.581-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Tema 220). Transcrevo os fundamentos extraídos do voto que lancei àquela ocasião: “Assim, reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas políticas deixam de atender demanda tão fundamental. Em outras palavras, a invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

72. Recurso Extraordinário 1.008.166 Santa Catarina Relator Min. Luiz Fux. Julgado 22.09.2022.

A controvérsia pertinente à “Reserva do possível” e a intangibilidade do mínimo existencial: A questão das “escolhas trágicas”. (...) - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que

representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. .

73. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.330.615 RJ. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 10.10.2022.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Encostas. Perigo de desabamento. Laudo da GEO/RIO. Não violação ao princípio da separação dos poderes. Reserva do possível. Impossibilidade. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento e, tendo em vista a ausência de fixação de honorários pela origem, deixo de aplicar o disposto no § 11 do art. 85 do NCPC” (ARE 1.162.878-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.09.2020).

74. Agravo de R. no RE. com Agravo 1.351.412 SP. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 03.11.2022.

Além disso, como já me posicionei em julgamento nesta Corte Suprema descabe invocar a reserva do possível como fundamento para o Estado se furtar ao adimplemento das obrigações expressamente previstas no texto constitucional (ARE 592.581-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, Tema 220). Transcrevo os fundamentos extraídos do voto que lancei àquela ocasião: “Assim, reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas políticas deixam de atender demanda tão fundamental. Em outras palavras, a invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

75. Agravo de Reg. no RE. com Agravo 1.366.212 RJ. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 10.11.2022.

Por fim, cumpre destacar que o princípio da reserva do possível não pode ser considerado óbice à condenação do ente estatal, na hipótese, a uma por não se sobrepor aos direitos fundamentais dos usuários em jogo, e a duas, porque a condenação imposta na sentença não implica em aumento imediato de despesas, tratando-se de providências que se efetivam de forma simples, como a afiação de indicador de capacidade máxima de passageiros, o respeito ao limite de ocupação das viaturas e a abstenção de transporte de presos algemados coletivamente.”

Ademais, a alegação de limite orçamentário a que está vinculado o Estado, sem que ocorrência motivo plausível abordado no acórdão recorrido, não é justificativa para se afastar do dever constitucional de adotar medidas assecuratórias de direitos essenciais relacionados ao funcionamento da segurança pública e aos direitos humanos. Na mesma época, precisamente em 13/08/2015, a Suprema Corte, ao julgar, com repercussão geral, o tema 220, tendo por leading case o RE 592581, consagrou, por unanimidade, o entendimento de que não viola o princípio da separação dos poderes e não é oponível a tese da reserva do possível a decisão judicial que condene a Administração Pública a promover medidas ou executar obras de caráter emergencial em estabelecimentos prisionais, com vistas a dar efetividade ao primado da dignidade da pessoa humana, que está à base dos intangíveis direitos à integridade física e moral titulados por todos aqueles que se encontrem sob custódia estatal.

76. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.377.281 MA. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 22.11.2022.

Além disso, no que tange à alegação da parte Recorrente de observância do limite orçamentário a que está vinculado o Estado, a orientação desta Corte é no sentido de que, sem que ocorrência motivo plausível, não é justificativa para se afastar do dever constitucional de adotar medidas assecuratórias de direitos essenciais relacionados ao funcionamento da segurança pública.

Extraio, ainda, do voto condutor do aresto proferido no ARE 1.197.779-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2019, os seguintes fragmentos: “Cumpre 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

77. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.290.901 SP. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 28.11.2022.

Extraio, ainda, do voto condutor do aresto proferido no ARE 1.197.779-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2019, os seguintes fragmentos: “Cumpre 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ao apreciar o mérito do mencionado RE 592.581-RG, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2016 (Tema 220), no qual se discutia a competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos, o Supremo Tribunal Federal decidiu

pela licitude da imposição da obrigação, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

78. Agravo de Reg. no RE com A 1.290.901 1.045.560 BA. Rel Min. Edson Fachin. Julgado 05.12.2022.

Extraio, ainda, do voto condutor do aresto proferido no ARE 1.197.779-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2019, os seguintes fragmentos: “Cumpra 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É evidente, como defende o Estado da Bahia, que os recursos públicos são escassos, mas tal fato não pode justificar a omissão governamental que impõe aos adolescentes em confronto com a lei a internação em local distante de suas residências, muitas vezes incompatível – pela superlotação – com as existências constitucionais para a preservação do mínimo existencial desses cidadãos.

Como se vê, não há justificativa plausível para a inércia estatal em cumprir os mandamentos constitucionais que asseguram o mínimo existencial aos adolescentes em conflito com a lei, notadamente quando há – e mesmo que não houvesse – previsão orçamentária própria para a execução de tais políticas públicas, consistentes, na espécie, na construção de unidade de internação na Região Sul do Estado da Bahia.

79. Agravo de Reg. no RE com A 1.403.193 SC. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado 19.12.2022.

O Plenário desta Corte, por ocasião do julgamento do RE 592.581-RG (Tema 220, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2016), fixou tese no sentido de que: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”

80. Agravo de Reg. no RE com Agravo 1.366.831 SP. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 19.12.2022.

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interditada pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. Solidariedade dos entes federativos, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE nº 855.762/ RJ- AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1/6/15).

Quadro 14. Referência dos Ministro do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível.

Diante do exposto podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal de forma recorrente faz menção a Teoria da Reserva do Possível em diversas ações onde se questionava a efetivação de diversos direitos sociais.

Desse modo analisando especificamente essas manifestações da corte em relação a efetivação do direito social à saúde podemos mensurar que a Teoria da Reserva do Possível ou até mesmo da separação dos poderes não pode servir de argumento por parte do Poder Executivo para o não cumprimento de ações relacionadas ao tratamento médico ou hospitalar ou ainda o fornecimento de determinado medicamento independentemente do seu custo.

Estudos revelam que aproximadamente há duas décadas o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido e aplicado a Teoria da Reserva do Possível no Brasil, uma vez que existem, em conformidade com as estatísticas elaboradas nesse estudo, um total de 1.471 decisões monocráticas, por parte dos Ministros da Suprema Corte brasileira.

Verifica-se que a primeira manifestação em decisão individualizada data de 9 de março de 2004, na ADPF 45 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de relatoria do Ministro Celso de Mello, ação que analisava a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental.

Até a manifestação mais recente, no sentido mais conservador em relação aos mais antigos julgadores, do Min. Relator André Mendonça, julgada em 23 de março de 2023, no Recurso Extraordinário com Agravo 1.389.645 em que o Estado de Sergipe, aponta violado o art. 2º da Constituição da República, diz ter havido ingerência do Judiciário no Executivo, implicando contrariedade ao princípio da separação dos Poderes. Entende incabível a intervenção determinada, ante a inexistência de omissão do Poder Público na prestação do serviço público, notadamente no que diz respeito à reforma e à ampliação das escolas estaduais. Alude à cláusula da reserva do possível e às dificuldades financeiras do Estado.

Nesse sentido, apresentam-se as manifestações individualizadas dos ministros do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, no que se refere a inserção da teoria da reserva do possível, nas mais diversas ações judiciais como serão descritas adiante. Seguindo o parâmetro do uso mais frequente pelos ministros até chegarmos aqueles que somente eventualmente e esporadicamente, fizeram menção a essa teoria em seus julgados.

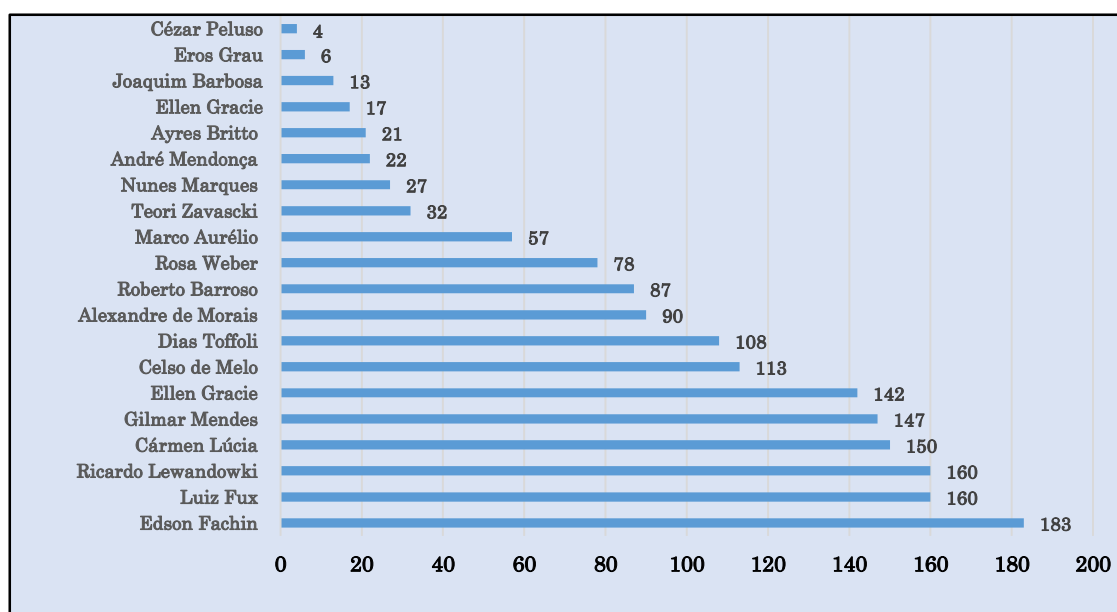


Gráfico 4. Decisões Monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível

O Ministro Edson Fachin, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 183 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando nas seguintes classes; em 201 Recurso Extraordinário com Agravo, 45 Recurso Extraordinário, 29 Suspensão de Tutela Antecipada, 14 Suspensão de Liminar, 7 Reclamação, 4 Suspensão de Tutela Provisória, 2 Mandado de Segurança e 1 Recurso Ord. em Mandado de Segurança.

Nesse aspecto, o Ministro Luiz Fux, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 160 (cento e sessenta) decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; em 116 Recurso Extraordinário com Agravo, 30 Recurso Extraordinário, 3 Reclamação, 3 Suspensão de Tutela Provisória, 2 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, 2 Suspensão de Liminar, 1 Gravo de Instrumento, 1 Suspensão de Segurança, 1 Mandado de Segurança, 1 Recurso Ord. em Mandado de Segurança.

O Ministro Ricardo Lewandowski, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 160 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; em 86 Recurso Extraordinário com Agravo, 54 Recurso Extraordinário, 5 Reclamação, 3 Ação Cível Originária, 3 Recurso Ord. em Mandado de Segurança, 2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2 Suspensão de Tutela Antecipada, 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade, 1 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, 1 Mandado de Segurança, 1 Suspensão de Liminar e 1 Suspensão de Segurança.

A Ministra Cármen Lúcia, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 150 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; em 95 Recurso Extraordinário com Agravo, 41 Recurso Extraordinário, 5 Agravo de Instrumento, 2 Recurso Ord. em Mandado de Segurança, 2 Suspensão de Liminar, 2 Suspensão de Tutela Antecipada, 1 Ação Civil Ordinária, 1 Reclamação e 1 Suspensão de Segurança.

Já o Ministro Gilmar Mendes, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 147 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; em 85 Recurso Extraordinário com Agravo, 21 Recurso Extraordinário, 17 Suspensão de Tutela Antecipada, 9 Suspensão de Segurança, 8 Reclamação, 4 Suspensão de Liminar, 1 Gravo de Instrumento, 1 Habeas Corpus, e 1 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

Nessa linha, a Ministra Ellen Gracie, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 142 decisões monocráticas, enquanto Ministra do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 77 Recurso Extraordinário com Agravo, 29 Suspensão de Tutela Antecipada, 14 Suspensão de Liminar, 13 Suspensão de Segurança, 4 Suspensão de Tutela Provisória e 1 Reclamação.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 113 decisões monocráticas, enquanto Ministra do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 47 Recurso Extraordinário com Agravo, 42 Recurso Extraordinário, 13 Gravo de Instrumento, 3 Habeas Corpus, 2 Mandado de Segurança, 1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 1 Reclamação e 1 Ação Cautelar.

O Ministro Dias Toffoli, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 108 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 52 Recurso Extraordinário com Agravo, 28 Recurso Extraordinário, 12 Gravo de Instrumento, 8 Mandado de Injunção, 3 Recurso Ord. em Mandado de Segurança, 1 Reclamação, 1 Suspensão de Liminar e 1 Suspensão de Tutela Provisória.

O Ministro Alexandre de Moraes, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 90 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 55 Recurso Extraordinário com Agravo, 27 Recurso Extraordinário, 4 Reclamação, 3 Recurso Ord. em Mandado de Segurança e 1 Habeas Corpus.

Nesse caminho, o Ministro Roberto Barroso, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 87 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 56 Recurso Extraordinário com Agravo, 28 Recurso Extraordinário, 1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 1 Gravo de Instrumento e 1 Mandado de Segurança.

A Ministra Rosa Weber, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 78 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestando nas seguintes classes; 50 Recurso Extraordinário com Agravo, 17 Recurso Extraordinário, 5 Reclamação, 3 Gravo de Instrumento, 1 Ação Cautelar, 1 Ação Civil Ordinária e 1 Recurso Ord. em Mandado de Segurança.

O Ministro Marco Aurélio, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 57 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal,

manifestando-se nas seguintes classes; 41 Recurso Extraordinário com Agravo, 8 Recurso Extraordinário, 6 Gravo de Instrumento, 1 Reclamação e 1 Ação Cautelar.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 32 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se nas seguintes classes; 22 Recurso Extraordinário com Agravo e 10 Recurso Extraordinário.

O Ministro Nunes Marques, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 27 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, se manifestou nas seguintes classes; 16 Recurso Extraordinário com Agravo, 9 Recurso Extraordinário, 1 Recurso Ord. em Mandado de Segurança e 1 Reclamação.

O Ministro André Mendonça, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 22 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se nas seguintes classes; 18 Recurso Extraordinário com Agravo, 2 Recurso Extraordinário e 2 Reclamação.

O Ministro Ayres Brito, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 21 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se nas seguintes classes; 2 Recurso Extraordinário com Agravo, 14 Recurso Extraordinário, 3 Gravo de Instrumento, 1 Suspensão de Liminar e 1 Ação Cautelar.

A Ministro Ellen Gracie, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 17 decisões monocráticas, enquanto Ministra do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se nas seguintes classes; 8 Recurso Extraordinário, 4 Gravo de Instrumento, 2 Reclamação e 3 Suspensão de Liminar.

O Ministro Joaquim Barbosa, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 13 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se nas seguintes classes; 8 Suspensão de Tutela Antecipada, 2 Recurso Extraordinário, 1 Suspensão de Liminar, 1 Suspensão de Segurança 1 Petição.

O Ministro Eros Graus, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 6 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se em 06 Recurso Extraordinário.

Por fim, Ministro Cezar Peluso, fez referência a Teoria da Reserva do Possível em 4 decisões monocráticas, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal,

manifestando-se nas seguintes classes; 2 Recurso Extraordinário, 1 Suspensão de Liminar e 1 Suspensão de Segurança.

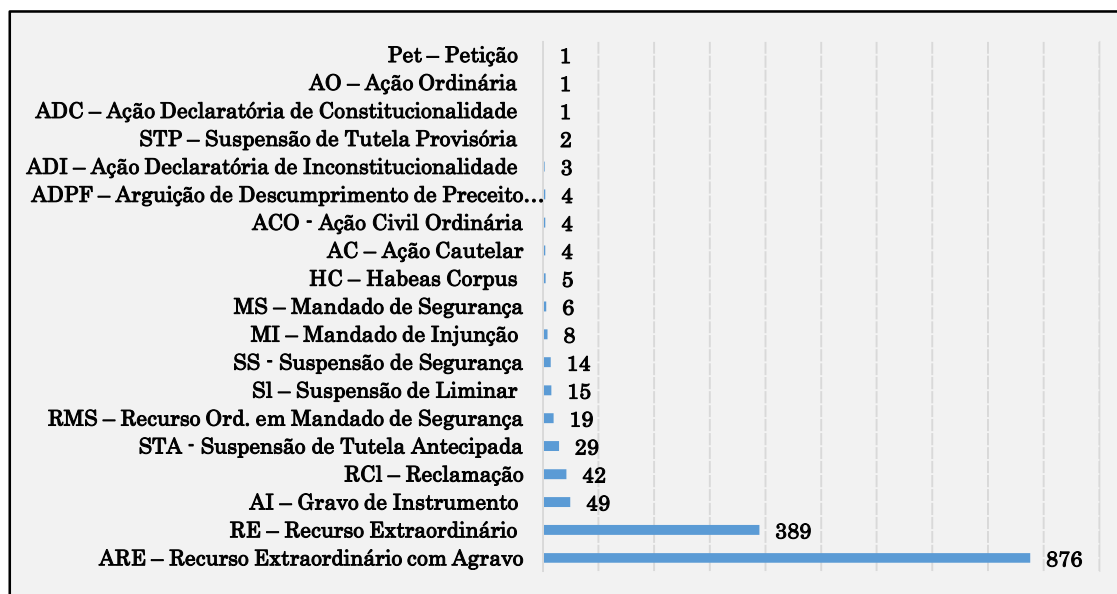


Gráfico 5. Modalidade de Ações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre Reserva do Possível

Diante do exposto, apresenta-se as modalidades de ações processuais, em que os membros do Supremo Tribunal Federal, expuseram suas decisões monocráticas, manifestando-se sobre a Teoria da Reserva do Possível.

Essa teoria em análise foi referenciada da seguinte forma: em 876 Recurso Extraordinário com Agravo, em 389 Recurso Extraordinário, em 49 Gravo de Instrumento, em 42 Reclamação, em 29 Suspensão de Tutela Antecipada, em 19 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, em 15 Suspensão de Liminar, em 14 Suspensão de Segurança, em 8 Mandado de Injunção, em 6 Mandado de Segurança, em 5 Habeas Corpus, em 4 Ação Cautelar, em 4 Ação Civil Ordinária, em 4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em 3 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, em 2 Suspensão de Tutela Provisória, em 1 Ação Declaratória de Constitucionalidade, em 1 Ação Ordinária e 1 Petição.

A tese defendida, destarte, é a de que os direitos estão sob a reserva do possível, no sentido de que somente aquilo que é razoável pode ser exigido do Estado e, em última análise, da própria sociedade. Assim, sob a denominação de reserva do possível não estariam contidos apenas os debates envolvendo eventuais restrições financeiras do Estado. A cláusula da reserva do possível, na forma posta pelo

Supremo Tribunal Federal, é muito mais ampla, não cuidando somente do aspecto financeiro das demandas feitas perante o Estado.

Nesse ponto, a garantia dos direitos sociais constitui-se como exigência do reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, de modo a assegurar uma sociedade livre, justa e solidária e a reduzir as desigualdades sociais, econômicas, políticas, culturais existentes entre os cidadãos brasileiros.

Não raro, a teoria da reserva do possível tem sido invocada para obstaculizar o acesso a esses direitos fundamentais, na medida em que destaca a ausência ou insuficiência de recursos financeiros disponíveis como escusa para a implementação de determinado direito social, com ênfase à saúde. Assim, tem-se utilizado essa cláusula de modo arbitrário e desproporcional para descumprir os objetivos e as finalidades garantidas pela Constituição Federal, dispondo-se apenas a assegurar um mínimo existencial.

Está pacificado então no entendimento do Supremo Tribunal Federal que não basta simplesmente o poder público alegar que não há possibilidades financeiras para concretização do direito social à saúde, sendo imperioso demonstrá-la de forma justificada essa impossibilidade.

Acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁸⁰ no caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual.

É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática, se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos.

Desse modo, torna-se imprescindível a efetivação dos direitos sociais de maneira progressiva, planejando a aplicação da verba pública via orçamento, pois a mera existência de direitos sociais no ordenamento jurídico não faz sentido se não forem efetivados, principalmente através das políticas públicas.

⁶⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 38.

Para tanto, o Judiciário, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal possui o papel de protetor e decisório do Estado Democrático de Direito, bem como a realização da cidadania e da justiça social, sem que, para isso, seja considerado violador do princípio da separação dos poderes, que não pode ser entendido de forma absoluta, máxime quando há grave violação, omissão ou ameaça a direito, que deve ser apreciado e analisado pelo Judiciário.

Nesse sentido, observamos que a teoria da cláusula da reserva do possível tem sua análise na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente em março de 2005, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do Distrito Federal, quando se discutiu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas em decorrência da omissão do poder público no cumprimento de obrigação imposta pela Constituição Federal.

Sobre essa temática, em estudo realizado por Uadi Lammêgo Bulos⁶⁸¹, foi possível identificarmos pontos capitais da ADPF 54 do Distrito Federal, sobre a relatoria do Ministro Celso de Mello, convém serem transcritos:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional"; Embora, "a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo"; e Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais".

Disso resulta, de acordo Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁶⁸², o entendimento doutrinário de que uma das mais importantes decisões se refere à ADPF 45, relatada pelo Min. 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

⁶⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 192.

⁶⁸² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p. 271,

– 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 texto da Carta Política.

Nesse sentido, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁶⁸³, asseverou que de acordo o Supremo Tribunal Federal.

Não pode o Estado- administração alegar a “reserva do possível” (limitações financeiras e orçamentárias) para descumprir o “mínimo existencial” dos direitos fundamentais: “a cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (ADPF 45).

Por sua vez, Carlos Augusto Lima Vaz⁶⁸⁴ da Silva asseverou:

Não obstante a forma de incorporação do princípio da reserva do possível em nosso sistema, a ADPF 45 MC/DF já aponta importantes diretrizes para sua avaliação, como: 1) a necessária preservação do mínimo existencial, não se opondo a este o princípio da reserva do possível²⁶; 2) a impossibilidade de que o Estado crie obstáculos de natureza orçamentária²⁷ para justificar – com base na reserva do possível – o descumprimento de obrigações; 3) a reserva do possível deve ser devidamente comprovada, de forma objetiva, quando alegada como tese defensiva.

A reserva do possível é uma limitação fática e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem recurso não há como efetivar diversos direitos.

Verifica-se ainda no RE 436966/SP de 2005⁶⁸⁵, manifestação proferida em voto, ocasião em que o Ministro Celso de Mello, explica que:

⁶⁸³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Curso de direito constitucional. Saraiva, 2019, p.415.

⁶⁸⁴ SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. O Princípio da Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 53.

⁶⁸⁵ Recurso Extraordinário 436966/São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Celso de Mello. Julgado 26.10.2005.

Não se ignora que 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 alegação de 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.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos ⁶⁸⁶, em outro julgamento⁶⁸⁷, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, é possível verificar a aplicação da reserva do possível, para manter decisão que obrigava o Estado do Tocantins e o Município de Palmas a prestarem tratamento odontológico, com aplicação de anestesia geral, para menor portador de distúrbios mentais. Desse modo, Sua Excelência priorizou o direito fundamental à saúde (CF, art. 196), nada obstante o Município ter alegado não ter recursos para arcar com tais despesas.

Em 02 de dezembro de 2014 a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, quando a teoria da reserva do possível, ficou consolidado o seguinte entendimento:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Na sequência de seu voto, continua o eminente Ministro Celso de Melo, pontificar que:

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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos

⁶⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 193.

⁶⁸⁷ STA 238/ TO, Rei. Min. Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal. j. em 21-10-2008.

constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ainda sobre essa temática, de 09 de novembro de 2020, quando do Recurso Extraordinário nº. 657718⁶⁸⁸ Minas Gerais de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que versava sobre Medicamentos não registrados na ANVISA, volta o Supremo Tribunal Federal, mencionar o seguinte:

Direito constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de REGISTRO. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o controle de preços.

No douto voto do Ministro Marco Aurélio, quanto a teoria da reserva do possível, ficou registrado o seguinte:

Sustenta ser dever do Estado garantir o direito à saúde, mostrando-se descabida a situação em que portador de doença grave não disponha do tratamento compatível. Assevera que o argumento de falta de previsão do remédio na lista do Sistema Único de Saúde não encontra guarida ante a responsabilidade do ente federativo. Destaca ser a vedação de importação e de uso de medicamento distinta da ausência de registro na ANVISA. Afirma que a chamada teoria da reserva do possível não exime o administrador de cumprir as obrigações constantes no Texto de 1988. Requer, ao final, a concessão de tutela antecipada em virtude do estado de saúde precário. Defende, assim, (i) a possibilidade de afastar, ainda que excepcionalmente, a vedação legal ao fornecimento de medicamento sem registro emitido pela Anvisa, e (ii) a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível em relação ao fornecimento de medicamentos. Há que advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.

⁶⁸⁸ O presente recurso extraordinário discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, à luz do direito fundamental à saúde, consubstanciado nos arts. 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal. Em 12.03.2012, esta Corte reconheceu, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, a repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos seguintes termos:

Nas palavras de Emmanuelle Konzen Castro⁶⁸⁹ a teoria da “reserva do possível” utilizada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal tem por finalidade justificar a impossibilidade de concessão de pedidos, sobretudo na área da saúde, educação e pagamento de precatórios.

No dizer de Sylvio Mota⁶⁹⁰, objetivando-se a concretização dos direitos sociais, vai perdendo força tal perspectiva, como deixou assente o Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado:

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.

Nesse contexto, a jurisprudência do STF tem evoluído significativamente na proteção e efetivação do direito social à saúde a se manifestar pela não aceitabilidade da teoria da reserva do possível, quando apresentada pelo poder executivo como justificação para não proporcionar atendimento nos serviços de saúde ou disponibilização de medicamentos requeridos no poder judiciário brasileiro.

⁶⁸⁹ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. 2016, p.73.

⁶⁹⁰ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p.413.

5. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O presente capítulo tem por finalidade analisar a possibilidade de intervenção dos órgãos do poder judiciário brasileiro no processo de efetivação do direito à saúde sempre que houver omissão ou oferta irregular em serviços públicos relacionados a proteção à saúde, nas demandas relacionadas a tratamentos em saúde ou até mesmo na oferta de medicamentos indispensáveis para o restabelecimento da saúde do indivíduo.

Por mais que acreditamos na Independência dos poderes, daí que ativação de suas funções constitucionais estar consolidado, como haveremos de apresentar neste capítulo que há uma determinação jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal Federal possibilitando ao poder judiciário obrigar ao poder executivo a proporcionar tratamento médico hospitalar em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Iniciaremos este Capítulo, abordando a diferença apresentada pela doutrina entre a judicialização da política na efetivação dos direitos fundamentais sociais e o ativismo judicial no contexto do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial, representa uma conduta ou uma postura do Supremo Tribunal Federal como proativa em algumas matérias diante da inércia do Poder Legislativo na omissão de cumprimento de determinado dever constitucional.

Sobre essa temática Rennan Thamay⁶⁹¹, acrescenta que:

Os defensores do ativismo judicial afirmam que esse fenômeno se presta a uma verdadeira concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo necessária a participação do Poder Judiciário como realizador e implementador das políticas públicas descumpridas, mormente pelo fato de as normas constitucionais imporem uma atuação das demais funções – Executivo e Legislativo – não sendo possível o descumprimento das ordens constitucionais e a omissão do Poder Judiciário fundado na separação dos poderes, sob pena de colocar em risco todas as intenções do legislador constituinte originário.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais como maior

⁶⁹¹ THAMAY, Rennan. Processo Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes conforme menciona Ministro Luiz Roberto Barroso.

O ativismo judicial ocorre se, no exercício da sua competência, o Poder Judiciário optar por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, o Poder Judiciário escolhe ter uma postura mais ativa na interpretação da Constituição⁶⁹².

O ativismo judicial na definição apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁶⁹³ significa uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.

Com o mesmo propósito, Gina Vidal Marcílio Pompeu e Clarissa Fonseca. Maia⁶⁹⁴ conceituam o ativismo judicial com uma conotação negativa⁶⁹⁵, pontificando que:

O ativismo judicial manifesta-se quando, em juízo objetivo, geral e abstrato, o Poder Judiciário invade a função típica do Poder Legislativo configurando materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”. Então, encara-se o ativismo judicial como uma escolha, uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites permitidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desse modo, o Poder Judiciário opta por ser ativista quando busca concretizar os valores e fins consagrados na Constituição intervindo na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e a escolha por ele feita pode ocorrer em casos de aplicação direta da Constituição e em casos não contemplados expressamente e sem

⁶⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2012, p. 23.

⁶⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2012, p. 23.

⁶⁹⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do Legislativo. In: Jornada de Direito Constitucional Comparado. 2013, Fortaleza. Anais. Fortaleza: Unifor, 2013.

⁶⁹⁵ O ativismo judicial, é tratado apenas em uma conotação negativa, pois é considerado uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites impostos pela Constituição. Portanto, como um ato de vontade, uma escolha feita pelos magistrados. Uma postura ativa de interpretar a Constituição além dos limites constitucionais, ocorrendo, conseqüentemente, uma violação das funções dos outros dois Poderes. DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, 2020.

a intermediação do legislador ordinário, de declaração da inconstitucionalidade das leis e determinação de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Clarrisa Tassinari⁶⁹⁶ descreve de forma didática a diferença entre judicialização e ativismo judicial;

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; Segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; E quarto, a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

Desse modo não restam dúvidas de que tanto a judicialização como o ativismo judicial são reflexos diretos do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passou a exigir dos intérpretes uma nova postura, afastando a concepção formalista do método da subsunção⁶⁹⁷.

Eduardo Rocha Dias compreende que o ativismo judicial é uma opção de comportamento a ser adotado pelo magistrado além dos limites permitidos pela Constituição; ao buscar o sentido e o alcance do texto de forma mais expansiva, o Poder Judiciário exerce uma invasão na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo⁶⁹⁸.

Desse modo, compreende-se que o ativismo judicial está intimamente ligado a uma interferência por parte do Supremo Tribunal Federal sobre determinada omissão do Poder Legislativo e como as ações de saúde são de competência privativa do Poder Executivo não nos parece interessante abordarmos nesta pesquisa a questão do ativismo judicial uma vez que a judicialização da Saúde é que tem relação com a atuação do Poder Judiciário ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal, diante da omissão ou da inexistência de políticas públicas por parte da Administração Pública

⁶⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. p. 36-37.

⁶⁹⁷ RIBEIRO, Civana Silveira; ROCHA, Ana Paula Pinto da. A força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse como abertura para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. In: Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas Na Sociedade Contemporânea, 11; Mostra de trabalhos jurídicos Científicos, 7. 2014. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11707>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁶⁹⁸ DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Revista de Informação Legislativa: 2020.

em efetivar o direito social de acesso à saúde através da efetivação de tratamento médico-hospitalar ou disponibilidade aos pacientes de medicamentos necessários para o seu tratamento. Nesse contexto, analisaremos especificamente as questões relacionadas a judicialização de políticas públicas no Brasil e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

5.1 Origem da Judicialização do Direito Social à Saúde no Brasil

Estudos revelam que a judicialização das ações relacionadas a direitos sociais no Brasil tem origem em 1999, utilização do termo judicialização foi inicialmente utilizado nos estudos de Vianna e colaboradores em 1999, em sua obra “Judicialização da política e das relações sociais no Brasil”⁶⁹⁹.

Tendo-se a discursão da judicialização através de dois eixos, sendo o eixo procedimentalista e substancialista. No eixo procedimentalista há o entendimento que a concepção de justiça está ligada autonomia e não ao bem-estar, assim, deveriam os cidadãos se enxergarem como autores no seu direito e não como seus destinatários. Referente ao eixo substancialista, explicam os autores que a judicialização é tida como uma extensão da democracia e ampliação da cidadania, garantindo a grupos a margem da sociedade uma possibilidade para a clamarem os seus direitos. Definem ainda que a judicialização é um instrumento hábil para a comunidade encontrar seus propósitos trazidos formalmente na CRFB.

Segundo Marcelo Novelino⁷⁰⁰ a separação dos poderes visa garantir o sistema de freios e contrapesos, evitando-se qualquer forma de abuso de poder, além de garantir a harmonia entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Desta forma, os entes federados entendem que não caberia ao judiciário formular políticas públicas, pois geraria um desequilíbrio entre os órgãos e fere o princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, a separação dos poderes como princípio republicano por um período considerável modelamento jurídico brasileiro impossibilitou que o poder judiciário pudesse interferir nas ações relacionadas as funções administrativas do

⁶⁹⁹ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde e princípio da separação dos poderes. 2019.

⁷⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito constitucional. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

poder executivo, independentemente de tratar-se ou não de direitos fundamentais, ou direitos sociais.

Nos dizeres de Flávio Quinaud Pedron e João Carneiro Duarte Neto⁷⁰¹

À medida que os destinatários se conscientizam da existência de tais obrigações prestacionais do Estado, passam a exigí-los mais e mais do Poder Executivo. Porém, os recursos financeiros são limitados e insuficientes para atender a todos. Esse confronto gera frustração social e tensões, enfraquecendo o sistema como um todo. Por isso, o Poder Judiciário passou a destacar-se entre os poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado pelo direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional aliado à impossibilidade de pronunciamento pelo Judiciário do non liquet.

Maikon Henrique Oliveira⁷⁰², pontua que a Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe o princípio da separação dos poderes, todavia, muitas vezes, existe a necessidade de interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Executivo.

Destarte, diante de tal interferência, visa-se analisar se as decisões judiciais que obrigam os entes federados a fornecerem acesso a tratamento de saúde violam o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos⁷⁰³ esclarece que no caso brasileiro, é possível submeter ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, de modo que com relativa facilidade os autores podem construir suas pretensões em torno dessas categorias, sejam tais construções juridicamente consistentes ou não. E em alguns casos, como na judicialização da saúde que postula medicamentos individualmente, o índice de êxito obtido pelos autores é altíssimo, de modo que há grande incentivo para a judicialização.

Um direito absolutamente central no Estado de Direito é o acesso ao Judiciário. Nesse sentido, o art. 5º, XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, assegurando, portanto, um acesso preventivo – diante da ameaça – ou repressivo. Lei aqui, como em outras previsões constitucionais similares, significa, de forma ampla, qualquer espécie legislativa, incluindo emendas constitucionais e naturalmente atos infralegais.

⁷⁰¹ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p. 101.

⁷⁰² OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde e princípio da separação dos poderes. 2019.

⁷⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p. 150.

O Brasil tem passado por um momento de crescimento do Judiciário em que a resolução de inúmeros conflitos sociais e econômicos, que antes cabiam estritamente à esfera política, está sendo entregues aos juízes, tendo em vista a inação do Poder Público em garantir a efetividade de inúmeros direitos, com destaque para o direito social à saúde⁷⁰⁴.

Maikon Henrique Oliveira⁷⁰⁵ muito se discute que a atuação do Poder Judiciário acaba por violar o princípio da separação dos poderes, porém, ao longo da pesquisa, pôde-se notar que apesar da ação do Poder Judiciário ir contra o princípio da separação dos poderes, tal atitude mostra-se necessária, para dar eficácia ao direito garantido constitucionalmente, não incorrendo a usurpação de poder, pois conforme analisado a atuação do Poder Judiciário se dará apenas quando o Estado se mantiver omissos ou com desempenho deficiente.

Para tanto, como percebe Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁰⁶ o fato é que vem ganhando força, embora com muitas contestações, a tese que defende o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. E vem crescendo o número de ações em que se pleiteia judicialmente a imposição de prestações positivas para o Estado, com o objetivo de garantir o atendimento de direitos sociais.

Observa Ana Paula de Barcellos⁷⁰⁷ que o direito ao acesso ao poder judiciário representa um direito absolutamente central no Estado de Direito, é o acesso ao Judiciário. Nesse sentido, o art. 5º, XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, assegurando, portanto, um acesso preventivo – diante da ameaça – ou repressivo.

Nas palavras de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Júnior Ananias Castro⁷⁰⁸ nos últimos anos, tem-se destacado no Brasil o fenômeno da judicialização da saúde, em vista da inércia do Poder Público em garantir a efetividade desse direito fundamental, principalmente quando se pensa na atuação do Poder Executivo.

Maikon Henrique Oliveira⁷⁰⁹ comenta que ante a essa corriqueira interferência do Poder Judiciário, busca-se analisar se as decisões judiciais que impõe o

⁷⁰⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. 2014, p. 127.

⁷⁰⁵ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde o princípio da separação dos poderes. 2019.

⁷⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 951.

⁷⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p. 308.

⁷⁰⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. 2014, p. 127.

⁷⁰⁹ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde o princípio da separação dos poderes. 2019.

fornecimento de acesso ao tratamento de saúde violam ou não o princípio da separação dos poderes, ou apesar de contrariar o princípio da separação dos poderes a interferência do Poder Judiciário se faz necessária para que o direito previsto na Constituição Federal não seja apenas uma “promessa constitucional”.

Argumenta o Ministro Luís Roberto Barroso⁷¹⁰ que no Brasil, o fenômeno da judicialização assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica, constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Nesse sentido, Mário Scheffer e Andrea Lazzarini Salazar⁷¹¹ esclarece que o marco inicial da judicialização da saúde no Brasil se deu na década de 90, a partir de uma liminar julgada favorável para o fornecimento gratuito de medicamentos pelo poder público, para o combate ao vírus da imunodeficiência humana (HIV).

A judicialização da saúde ocorre justamente pelo fato de a ordem jurídica brasileira declarar que a saúde é um direito fundamental e, enquanto direito, habilita o cidadão a recorrer ao Judiciário toda vez que sofrer lesão ou ameaça de lesão, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição estabelecido no art. 5, XXXV da Constituição Federal⁷¹².

Narra Flávio Quinaud Pedro e João Carneiro Duarte Neto⁷¹³ que mesmo depois da promulgação da CRFB, o vácuo jurisdicional ainda permanece por longos dez anos.

Alguns doutrinadores comparam essa primeira fase com uma “ressaca”, devido ao comportamento letárgico após o texto constitucional “embriagar” a sociedade com “exageradas doses” de direitos fundamentais. Alegava-se que o simples texto constitucional não era suficiente para garantir a existência real e concreta de direitos fundamentais sociais. Seriam normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais ainda

⁷¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 450.

⁷¹¹ SCHEFFER Mário, SALAZAR AL, Andrea Lazzarini. O Remédio Via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. 2005, p. 12.

⁷¹² ANDRÉA, Gianfranco Faggini Mastro. PATULLO Marcos Paulo Falcone. A inaplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional no sistema de saúde brasileiro. 2021, p. 22.

⁷¹³ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.103.

inexistentes. Propagava-se o caráter programático da CRFB, irrealizável imediatamente.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷¹⁴, esclarece que em termos judiciais, pode-se traçar um paralelo e verificar que esses primeiros anos corresponderam a uma posição de maior timidez por parte da jurisprudência, que de certa forma também se prendia ao paradigma constitucional anterior, com menor efetividade dos direitos fundamentais, muitas vezes interpretados "a partir" da legislação, e não o inverso.

Nas palavras de Daniel Sarmento⁷¹⁵ o reconhecimento da proteção judicial desses direitos envolveu a superação da ideia, que prevaleceu entre nós por muito tempo, de que eles seriam tutelados por “normas programáticas”, que não gerariam direitos subjetivos positivos. Passou-se a reconhecer que também os direitos sociais desfrutam da aplicabilidade imediata.

No entender de Ingo Wolfgang Sarlet⁷¹⁶, nesse período inicial, e em que pese a explicitação constitucional da aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, prevalecia uma interpretação ainda restritiva, quer por atribuir caráter meramente programático às normas de direitos fundamentais, e, de modo especial, aos direitos sociais, como o direito à saúde, quer por colocar em dúvida a fundamentalidade destes últimos, ou pelo menos refutar as consequências jurídicas derivadas da afirmação mais ampla da tutela jus fundamental Protetiva.

Conforme Flávio Quinaud Pedro e João Carneiro Duarte Neto⁷¹⁷ o Supremo Tribunal Federal manteve-se num “estado de espanto inicial” por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível encontrado nesta pesquisa data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Competência – Agravo de Instrumento – Trânsito do Extraordinário. Saúde – Promoção – Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

⁷¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2011, p.15.

⁷¹⁵ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj. e metodologia. 2016, p.221.

⁷¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2011, p.15.

⁷¹⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.103.

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos⁷¹⁸ asseverou que já se tornou corrente, a chamada judicialização da saúde descreve justamente o fenômeno de multiplicação de ações judiciais, sobretudo individuais, mas também coletivas, solicitando prestações de saúde, principalmente medicamentos e procedimentos médico-hospitalares. Essas ações têm se multiplicado ao longo do tempo, em geral, com resultados positivos para os autores, e com a consequente condenação do SUS a custear ou fornecer tais bens e serviços.

Considera-se então que a maioria das ações individuais ou coletivas Judicializadas tem por premissa o pedido por medicamentos e procedimentos médicos fita lares aos indivíduos hipossuficientes no Brasil.

Assim, a saúde se apresenta como um dos mais importantes deveres do Estado, devendo este direito ser assegurado, através de políticas sociais e econômicas que vislumbrem a redução do risco da doença e quaisquer outros agravos, tornando-a acessível de forma universal e igualitária⁷¹⁹.

Desse modo, ainda que o direito à saúde esteja consolidado como direito fundamental na Constituição Federal, por muitas vezes há uma omissão do estado na efetivação de políticas públicas capazes de promover ao cidadão brasileiro acesso aos serviços de saúde pelo sistema único de saúde e nessas situações possibilita se ao poder judiciário através de ações judiciais a efetivação desse direito após o final

5.2 Definição de Judicialização da Saúde

Inicialmente ponderamos que a saúde é um direito social fundamental Consagrado pela Constituição federal. Portanto, é fundamental, para qualquer análise que se faça sobre tal tema, salientar que o eixo central da discussão não se dá na legitimidade de um direito, mas em mecanismos que assegurem este sem a necessidade de o Judiciário intervir, ou seja, na garantia do direito à saúde por aqueles a quem compete⁷²⁰.

Maikon Henrique Oliveira⁷²¹ pontua que a busca pelo tratamento universal é uma responsabilidade da Administração Pública, como ensina Weicherter (2004),

⁷¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p. 328.

⁷¹⁹ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde o princípio da separação dos poderes. 2019.

⁷²⁰ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: Ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2021.p. 13

⁷²¹ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde o princípio da separação dos poderes. 2019.

cabendo esta efetivação ao Estado, aqui entendido como União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, também, a iniciativa privada, porém apenas com atuação complementar.

Entretanto, diante da omissão do Estado na efetivação do direito à saúde os indivíduos têm recorrido ao Poder Judiciário através de ações requerendo tratamento, esse processo é denominado pela doutrina e pela jurisprudência pátria como judicialização.

Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁷²², Ministro do Supremo Tribunal Federal, o termo judicialização significa:

Que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública, em geral.

Contribuindo com esse entendimento, o Conselho Nacional de Justiça⁷²³ anuncia que por judicialização da saúde, entende-se o fenômeno crescente dos números de demandantes que pleiteiam questões relativas à saúde junto ao Judiciário. Alguns aspectos importantes devem ser considerados para se ter em mente como este fenômeno surge.

Nas palavras de Nathalia Masson⁷²⁴ a judicialização significa, em síntese, a transferência para o Poder Judiciário de decisões sobre o reconhecimento e concretização de um direito, que, ao menos em tese, seriam da alçada dos demais Poderes da República (Poder Executivo e Poder Legislativo), sobretudo quando se trata da elaboração de políticas públicas.

Nessa linha de raciocínio, Daniel Sarmento⁷²⁵ assentou que a doutrina dominante e a jurisprudência brasileira contemporânea enfatizam que a vagueza com que muitos desses direitos estão consagrados não impede a sua concretização judicial, como também não é obstáculo para a garantia jurisdicional de diversos direitos individuais igualmente vagos.

⁷²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, 2009, p. 47.

⁷²³ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: Ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2021.p. 13

⁷²⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 432.

⁷²⁵ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, traj e metodologia. 2016, p.221.

Essa transferência de função para o Poder Judiciário, diante da inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo na elaboração de efetivação de políticas públicas de acesso aos serviços de saúde, tem por premissa, a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial necessário a sobrevivência do indivíduo como função basilar do Estado democrático e social de direito.

Em manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁷²⁶ ratifica que:

A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. A judicialização tem por objeto questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Esclarece ainda, Luís Roberto Barroso⁷²⁷ a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência jurídica nas ações dos outros Poderes.

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil.

Nesse contexto observamos que desde a promulgação da Constituição Federal consagrando o direito à saúde como direito social fundamental de todo brasileiro houve um aumento progressivo de ações junto ao poder judiciário e querendo a efetivação do direito à saúde através da sua judicialização.

Desse modo, aí a judicialização da saúde no Brasil representa um mecanismo jurídico de proteção dos direitos sociais subjetivos nas demandas judiciais

⁷²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, 2009, p. 47.

⁷²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 280.

relacionadas ao fornecimento de medicamento ou o pagamento de tratamentos médicos independentemente do valor pelo estado como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.3 Causas da Judicialização

Quais seriam as necessidades dos indivíduos que quando não efetivadas pelo Poder Público nos níveis de governança municipal, estadual e federal tem sido apresentada pela doutrina e pela jurisprudência como causa do processo de judicialização da saúde no Brasil? A partir desse questionamento apresentaremos as principais causas da judicialização nos olhos do poder judiciário.

De acordo com estudos desta pesquisa, a primeira causa de judicialização da saúde no Brasil, remota aos anos de 1990, resultado de inúmeras ações de portadores de HIV com o propósito de exigir que a União garantisse o fornecimento de medicamentos antirretrovirais.

As prestações em serviços de saúde enquanto direito subjetivo do indivíduo em sentido estrito tem suas pretensões nas mais variadas formas de prestações relacionadas como, por exemplo, no fornecimento de medicamentos, em tratamentos médicos, realização de exames clínicos, internações em UTI, consultas, dentro de tantos outros serviços que deveriam ser ofertados de forma universal e igualitária a todo cidadão, pelo sistema único de saúde SUS.

Nathalia Masson⁷²⁸ esclarece que a atuação estatal deficiente ou inexistente na implementação deste direito fundamental autoriza qualquer pessoa nacional ou estrangeira a acionar o Poder Judiciário a interferir quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental.

Esclarece Fernando Rister de Sousa Lima⁷²⁹ que normalmente os pedidos são de produtos inseridos há pouco tempo no mercado farmacêutico, cujo valor é muito mais elevado do que os já oferecidos pelo Estado. Há também muitos processos com requerimentos de produtos não reconhecidos como remédios, visto ainda estarem em fase de experimentação pela Agência Nacional de Saúde (ANS) e, por isso mesmo, não terem sido liberados ao comércio.

⁷²⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1708.

⁷²⁹ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 704.

No dizer de Nathalia Masson⁷³⁰ a judicialização do direito à saúde, ganha maior relevância e intensifica a polêmica, especialmente em razão da ineficiência do sistema público de saúde e da atuação marcadamente inábil das instâncias políticas tradicionais na condução de uma política pública de qualidade.

Nesse contexto, o Ministro Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso indica, preliminarmente, as causas centrais da Judicialização⁷³¹ no Brasil, quais sejam:

1. A redemocratização do país, que teve como ápice a promulgação da Constituição cidadã de 1988. Assim, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais". Em conclusão, "a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira".
2. A constitucionalização abrangente, que inseriu na Constituição inúmeros assuntos que antes eram deixados para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Assim, "na medida em que uma questão —seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial".
3. O completo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, que adota dois sistemas diversos: o americano (difuso) e o europeu (concentrado). Nesse contexto, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Em síntese, o Ministro Luís Roberto Barroso⁷³² pontifica que a judicialização é um fenômeno que tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro⁷³³, fruto da conjugação de circunstâncias diversas, uma vez que o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês, a chamada democracia ao estilo de Westminster, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.

⁷³⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 433.

⁷³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza. 2009.

⁷³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 488.

⁷³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, 2009.

Estudo realizado por diversos autores⁷³⁴, concluíram ao analisarem as causas da judicialização que existem três fatores específicos para as demandas judiciais, exigindo a efetivação do direito social a saúde no Brasil. Como resultado dessa pesquisa passamos a descrever essas causas, bem como os fatores preponderantes em suas incidências.

Em primeiro lugar verificou-se que 47% por cento das ações impetrados perante o poder judiciário brasileiro estão diretamente relacionadas a necessidade de assistência farmacêutica, tendo as possíveis determinantes para a judicialização:

- ✓ Incentivo à cultura de medicalização;
- ✓ Preços abusivos de medicamentos;
- ✓ Falta de estoque de medicamentos;
- ✓ Falta de padronização do uso;
- ✓ Medicamentos que não constam na lista de assistência farmacêutica;
- ✓ Requerimento de medicamentos em fases ainda experimentais de pesquisa clínica;
- ✓ Associação entre médicos e escritórios de advocacia nas solicitações dos medicamentos;
- ✓ Vazios assistenciais (na hipótese de doença que não tem protocolo clínico elaborado pelo SUS);
- ✓ Conflito entre evidência científica e opinião médica (quando há prescrição de medicamento fora da bula ou discordante dos protocolos do SUS).
- ✓ Ineficiência estatal em muitos aspectos da prestação do serviço à saúde da população.

Em segundo lugar, pontuamos que 33% das causas da judicialização da saúde encontramos como resultados dessa pesquisa os seguintes fatores:

- ✓ O baixo financiamento, a ausência de parâmetros que orientem o padrão de integralidade;
- ✓ A gestão pública insatisfatória;
- ✓ A falta de sentimento de pertencimento da população com o direito a saúde;
- ✓ Incapacidade do modelo operacional do SUS;
- ✓ Falta de políticas públicas de saúde que apoiem ou coincidam com as reivindicações do paciente;
- ✓ Falha da autoridade de saúde pública em cumprir com as políticas existentes, geralmente devido à falta de uma definição clara da divisão de autoridade entre entidades federais.

⁷³⁴ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 8.

Evidenciou-se ainda que a terceira causa da judicialização do direito à saúde estão relacionadas com práticas de gestão do poder público na efetivação do serviço públicos relacionados à saúde, representando assim, um quantitativo de 20% das hipóteses que proporcionam demandas judiciais.

- ✓ Necessidade de concepção de saúde como direito;
- ✓ Limitações do SUS real;
- ✓ Falta de recursos do estado e suplantando o somatório dos ligados à insuficiência da rede de serviços e de médicos;
- ✓ Falhas encontradas nas políticas públicas;
- ✓ Deficiências no acesso e cobertura as ações e serviços de saúde no SUS.
- ✓ Falta de resolutividade, por parte do SUS, frente as necessidades individuais e coletivas de saúde.

De acordo com os autores⁷³⁵ que realizaram a pesquisa as três abordagens temáticas trazem leituras diferentes do tema: a primeira categoria entende a judicialização como um novo papel do Poder Judiciário, identificando-o como um fenômeno desafiador e multifacetado, e normalmente faz um recorte da judicialização tratando apenas da vertente de acesso a medicamentos, por ser uma das maiores demandas da judicialização.

Enquanto que a segunda categoria, judicialização do direito à saúde, pauta o entendimento da judicialização com base na Constituição Cidadã de 1988, apontando-a como uma estratégia dos sujeitos para garantir o acesso a bens e serviços de saúde⁷³⁶.

E por fim, na terceira categoria, a judicialização é entendida como a relação que envolve os operadores do direito e aspectos inerentes às práticas de gestão, apontando aspectos amplos e diversificados para a causa da judicialização.⁷³⁷

⁷³⁵ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 9.

⁷³⁶ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 11.

⁷³⁷ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 13.

Os autores fazendo referência aos ensinamentos de Ramos et al. exemplificam que as causas dessas categorias.

Vão desde a necessidade de um maior entendimento sobre a concepção por parte dos usuários sobre o direito à saúde, envolvendo a falta de recursos financeiros, que somados à insuficiência da rede de serviços e de médicos, encontra nas fragilidades da implantação das políticas de saúde, fortes componentes que apontam a limitação do SUS real.

Algumas causas são apontadas como fomentadora da judicialização da assistência farmacêutica, principalmente para a solicitação de medicamentos como, por exemplo, a pressão da indústria farmacêutica, a falta de medicamentos disponíveis com regularidade, falta de padronização do uso e registro de medicamento no país, pela cultura da medicalização⁷³⁸.

Ressalta-se ainda que número considerado das demandas judiciais, relacionadas a fármacos de alto custo na judicialização específica de medicamentos está direcionado a medicamentos já inclusos na lista disponíveis pelo Sistema Único de Saúde, o que, na prática representa uma ineficiência da gestão pública no fornecimento desses remédios aos usuários do SUS.

Diversas são as causas que produz essa demora no acesso de medicamentos já disponíveis e autorizados pelas agências reguladoras, tais como: atrasa no processo licitatório, problemas na destinação de recursos, ou ainda desencontros logísticos.

Em estudo realizado por Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi⁷³⁹ verificou-se que 62% dos itens solicitados fazem parte de listas de medicamentos de programas do SUS. Sugerindo que esse novo viés encontrado pode ser sugestivo para a falta de conhecimento do médico acerca dos remédios ofertados por listas oficiais do sistema, como, por exemplo, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME.

⁷³⁸ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 8.

⁷³⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpino, Zucchi Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista de Saúde Pública. 2007;41(2):214-222.

Estudos⁷⁴⁰ apontam que o fenômeno da judicialização da saúde não pode ser classificado como algo pejorativo ou oneroso para o Sistema Único de Saúde, visto que se obteve diversas conquistas históricas no âmbito da saúde como:

- ✓ O direito ao tratamento dos usuários portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV);
- ✓ O direito ao tratamento e assistência dos pacientes portadores de doenças raras e raríssimas;
- ✓ Procedimentos de alto custo (cirurgias, exames)
- ✓ E medicamentos que ainda não se encontram na lista da Rename.

Acrescenta-se a essas hipóteses de causas da judicialização da saúde que sejam relevantes as falhas no sistema de saúde relacionados diretamente a alocação de recursos, contratação de médicos, construção de hospital, aquisição de medicamentos, resultado de questões burocráticas para fazer esse sistema funcionar.

É notório que a gestão pública no Brasil passa por problemas, ocasionando falhas no sistema de saúde e essas falhas com frequência se transformam em demandas judiciais, por exemplo, quando você tem atraso de fornecimento de medicamentos ou até menos na hipótese de licitação deserta em que não é possível a aquisição de medicamentos.

A falta de planejamento por parte da gestão administrativa, que pode ocorrer por questão burocrática, diante da necessidade de implementação das novas tecnologias ou no processo de incorporação de novos tratamentos, novos medicamentos em que os órgãos técnicos analisam uma série de pressupostos no processo de incorporação de novas tecnologias no Sistema Único de Saúde.

Acrescenta-se como causa da judicialização os problemas relacionados aos recursos financeiros, uma vez que para cumprir o requisito da universalidade e conseguir atender a toda a população de um modo universal ela exige recursos, exige muito dinheiro e o financiamento é sempre uma questão política problemática.

O Conselho Nacional de Justiça, no informativo denominado Judicialização e sociedade, menciona que ações para acesso à saúde pública de qualidade, especifica um rol de demandas envolvendo a prestação à saúde vai, desde a aquisição de medicamentos (estejam estes ou não no rol de medicamentos do SUS), até a

⁷⁴⁰ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 14.

prestação de serviços hospitalares, tais como: internações, disponibilidade de leitos, cirurgias, aquisição de bens relacionados a tratamentos contínuos, como o uso de fraldas ou cadeiras de roda⁷⁴¹.

Em síntese, conclui-se que a maioria das demandas por medicamentos geradas por ações judiciais poderia ser evitada se fossem consideradas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais. A falta dessa observância compromete a Política Nacional de Medicamentos, a equidade no acesso e o uso racional de medicamentos no Sistema Único de Saúde⁷⁴².

Sobre as questões licitatórias, a pesquisa perguntou, também, para as secretarias municipais de saúde sobre a utilização da Ata de Registro de Preços (ARP), uma modalidade de licitação que permite, além da contratação através de concorrência e pregão, a consulta e captação do maior número de órgãos públicos com o mesmo interesse de aquisição. A grande maioria dos municípios, 90,4%, afirmaram utilizar e apenas 9,6% afirmaram não utilizar⁷⁴³.

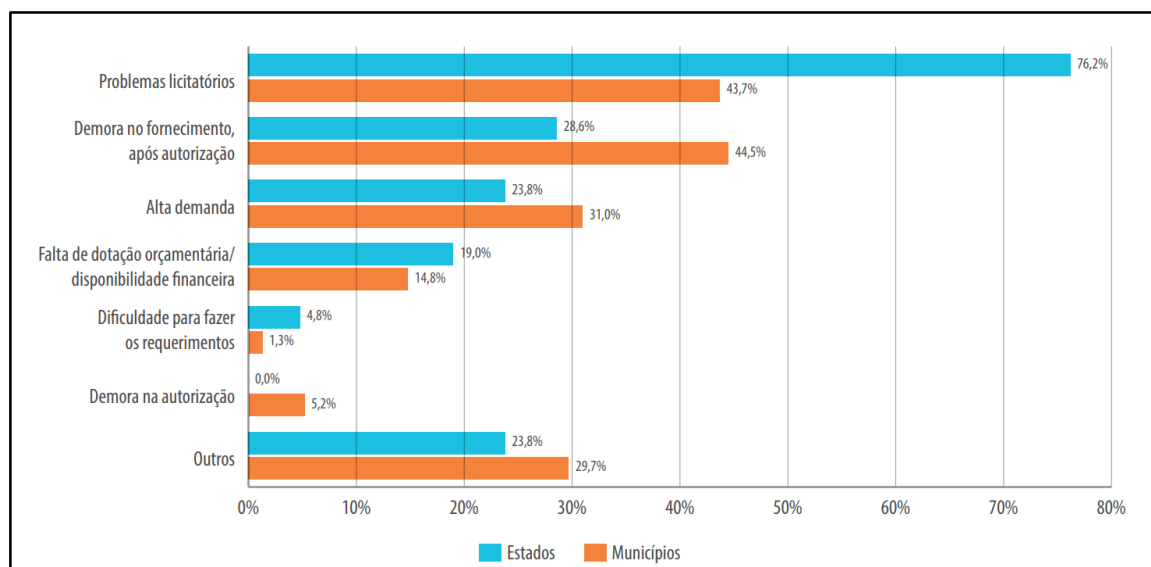


Gráfico 6. Principais causas identificadas para o desabastecimento de medicamentos em %. Fonte: Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020.

⁷⁴¹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 14.

⁷⁴² VIEIRA, Fabiola Sulpino, ZUCCHI Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista de Saúde Pública. 2007;41(2):214-222.

⁷⁴³ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 80.

De acordo com estudo realizado pelo Conselho nacional de Justiça⁷⁴⁴ em 2022, para análise das questões sobre causas atribuídas para o desabastecimento de medicamentos, foi realizada a contagem das citações, considerando-se que as perguntas autorizavam múltiplas respostas.

Sendo assim, a maior parte dos respondentes das entidades subnacionais citou, como maiores causas do desabastecimento das listas de medicamentos, problemas licitatórios e demora no fornecimento, após autorização. Esses problemas estão presentes em mais de 70% das secretarias estaduais que padecem, de alguma forma, com os desabastecimentos e em 43% das secretarias municipais.

5.4 Judicialização da Saúde em Números

Um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2021, mostra que os casos de saúde que chegam aos Tribunais de Justiça dos estados cresceram mais de 50% apenas entre 2015 e 2020, aproximando-se de meio milhão no ano mais recente.

Para o desenvolvimento deste estudo foram utilizados dados oriundos de diferentes fontes para explicar a judicialização da saúde no Brasil. Como já mencionado, foi realizada uma análise dos dados provenientes do Ministério da Saúde (MS), da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) e de levantamento feito com públicos-alvo dos Poderes Executivo e Judiciário (a saber, gestores municipais e estaduais de saúde, magistrados e Comitês de Saúde dos Tribunais de Justiça).⁷⁴⁵

De acordo com Lenir Camimura⁷⁴⁶ assim Mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na Justiça brasileira, de acordo com dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça ⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 80.

⁷⁴⁵ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021.

⁷⁴⁶ CAMIMURA, Lenir. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ. 26 de agosto de 2022.

⁷⁴⁷ O formulário enviado às Secretarias de Saúde Estaduais e Distrital (Distrito Federal) continha 30 perguntas sobre a realidade do sistema de saúde, formas de interação entre os outros entes e o Judiciário e como eles enxergam questões sobre a judicialização da saúde. Por meio desse questionário, também foi possível obter informações sobre o momento excepcional que está sendo experimentado pelos entes estatais em razão da pandemia do Covid-19 (conforme Lei nº 13.979/2020). Dentre as Secretarias Estaduais e do Distrito Federal, apenas seis delas não enviaram respostas ao

A ferramenta sobre as ações judiciais de saúde pública e suplementar no Brasil reúne informações da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) sobre a movimentação processual e a quantidade de processos por classe e tipo de ação – se individual ou coletiva, assunto e tipo da demanda saúde pública ou suplementar.

Nesse contexto, apresentamos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça referentes aos números de processos relacionados à temática saúde, tais dados dizem respeito aos anos de 2015 a 2019, e foram extraídos do painel interativo da “Justiça em Números”.

Tribunal	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Superior Tribunal de Justiça	6.953	8.116	9.764	10.250	1476	7.608
Tribunal de Justiça	322.395	320.447	367.438	326.397	427.633	486.423
Tribunal Regional Federal	36.673	47.139	40.730	40.357	41.795	58.774

Quadro 15. Quantidade de casos novos de saúde ingressados entre 2015 e 2020 por tipo de Tribunal. Fonte. Painel da Justiça em Números, 2020.

Em análise aos dados apresentados transcrevemos a avaliação apresentada pelo estudo realizado pelo Conselho nacional de Justiça⁷⁴⁸ referentes aos processos de 2015 a 2020, nos Tribunais Superiores no Brasil.

Conforme se depreende dos dados apresentados percebemos que a grande parte dos processos relacionados à saúde estão concentrados nos Tribunais de Justiça Estaduais, durante os anos de 2015 a 2018, houve pouca variação no número de casos novos a cada ano. Em 2015, os casos novos totalizaram 322.395 (trezentos e vinte e dois mil trezentos e noventa e cinco) e em 2018 um total de 326.397 (trezentos e vinte e seis mil trezentos e noventa e sete), o maior aumento esteve concentrado na mudança de 2018 para 2019, com o ano de 2019 tendo um total de 427.633. Já em relação aos Tribunais Regionais Federais o ano de 2015 contou com um total de 36.673 e o ano de 2020 com 58.744, sendo este último o ano com a maior incidência de casos novos⁷⁴⁹.

Em sequência, analisando os dados discriminados por Tribunais de Justiça⁷⁵⁰, no mesmo estudo, o Conselho Nacional de Justiça apresenta que a maior

levantamento realizado, Acre (AC), Alagoas (AL), Goiás (GO), Pará (PA), Rio de Janeiro (RJ) e Roraima (RR). Conselho Nacional de Justiça. 2021.

⁷⁴⁸ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 23.

⁷⁴⁹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, 26.

⁷⁵⁰ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 28.

concentração de processos se encontra no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos anos de 2015, 2017, 2018 e 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi o que mais recebeu processos no ano de 2016, com um total de 85.011 (oitenta e cinco mil e onze) processos relacionados ao tema.

Tribunal de Justiça	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TJ Acre	279	381	10.403	1.117	1.649	155
TJ Alagoas	2.613	4.506	4.788	8.515	6.592	2.369
TJ Amazonas	2.261	492	1.187	573	571 249	249
TJ Amapá	736	1.111	859	640	928	81
TJ Bahia	14.803	17.074	26.031	26.498	26.072	19.376
TJ Ceará	4.157	4.633	5.586	10.333	1.990	7.672
TJ Distrito Federal	3.869	5.812	9.466	8.259	8.259	7.970
TJ Espírito Santo	8.981	11.394	9.443	11.963	14.070	6.430
TJ Goiás	1.054	1.135	2.274	5.292	4.913	5.153
TJ Maranhão	2.147	2.767	3.282	ND	4.629	5.822
TJ Minas Gerais	29.927	85.011	42.416	36.783	46.809	203.177
TJ Mato Grosso do Sul	3.184	6.237	6.156	11.142	8.546	7.738
TJ Mato Grosso	3.876	5.327	3.833	4.615	53.102	26.144
TJ Pará	1.141	1.034	1.565	1.462	5.002	1.842
TJ Paraíba	3.060	3.644	4.802	4.223	5.097	4.552
TJ Pernambuco	9.466	11.459	9.413	5.871	8.927	6.152
TJ Piauí	625	845	2.993	2.307	2.494	2.167
TJ Paraná	9.736	9.129	8.789	2.458	11.034	8.938
TJ Rio de Janeiro	35.492	26.612	34.123	37.564	40.689	31.305
TJ Rondônia	ND	3.444	2.476	4.425	3.632	1.225
TJ Rio Grande do Norte	2.929	3.524	4.608	4.705	4.873	4.406
TJ Rio Grande do Sul	42.593	42.593	50.218	54.406	51.441	46.467
TJ Roraima	115	38	49	65	29	330
TJ Santa Catarina	19.986	16.742	14.787	15.965	22.507	10.648
TJ Sergipe	1.352	2.505	3.717	3.250	2.535	998
TJ São Paulo	116.209	50.689	102.280	60.982	86.593	72.087
TJ Tocantins	1.804	2.309	1.894	2.984	3.914	2.970
Total	322.395	320.447	367.438	326.397	427.633	486.423

Quadro 16. Quantidade processo de saúde entre 2015 a 2020 por Estado da Federação Fonte. Painel da Justiça em Números, 2020.

Analisando o quantitativo de processos por unidades da federação e pelo Distrito, Conselho Nacional de Justiça⁷⁵¹ apresenta que a maior concentração de processos se encontra no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos anos de 2015, 2017, 2018 e 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi o que mais recebeu processos no ano de 2016, com um total de 85.011 (oitenta e cinco mil e onze) processos relacionados ao tema. Se considerarmos toda a série histórica podemos depreender.

⁷⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021.

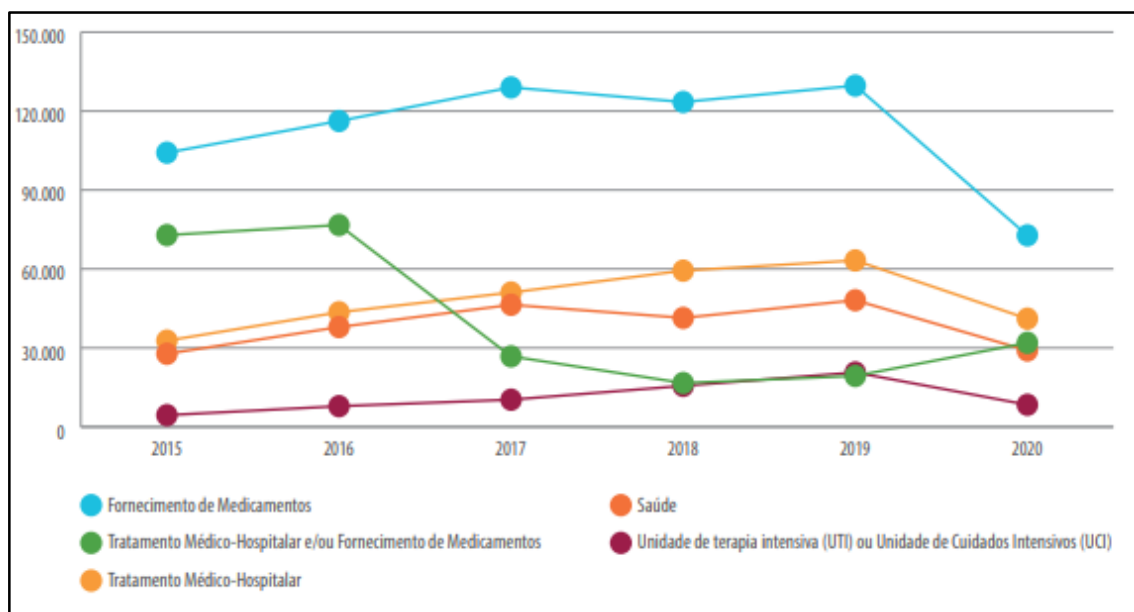


Gráfico 07. Principais assuntos judicializados nos processos de saúde entre 2015 a 2020
Fonte.: Painel da Justiça em Números, 2020.

Quanto aos assuntos que são de relevância nos processos de judicialização da saúde em conformidade com os dados do Justiça⁷⁵² em Números entre os anos de 2014 e 2019, excluindo as relacionadas aos Planos de Saúde e Seguro, verificou-se que os assuntos mais frequentes são aqueles relacionados: Fornecimento de Medicamentos, Saúde, Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos, Tratamento Médico-Hospitalar e Unidade de Terapia Intensiva - UTI ou Unidade de Cuidados Intensivos - UCI.

Os dados mostrados⁷⁵³ anteriormente indicam a importância do tratamento médico e o fornecimento de medicamentos na questão da judicialização da saúde.

De acordo com Carla Estefânia Albert⁷⁵⁴, em pesquisa realizada em 2015 pela Confederação Nacional de Municípios - CNM, a falta de profissionais especializados se posicionou como a segunda maior dificuldade em cumprir as ações demandadas, atrás apenas de “recursos insuficientes ou não previstos no orçamento”, tema que está também estritamente relacionado com a compra de medicamentos, que, em muitos casos, pode se tornar dispendioso.

⁷⁵² Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 30

⁷⁵³ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 34

⁷⁵⁴ Albert, Carla Estefânia. Análise sobre a judicialização da saúde nos municípios. CNM. 2016.

Estados		Municípios	
Especialidade	%	Especialidade	%
Ortopedia e traumatologia	90,5	Ortopedia e traumatologia	64,8
Cardiologia	57,1	Oftalmologia	40,0
Oftalmologia	57,1	Psiquiatria	38,7
Oncologia clínica	47,6	Cardiologia	27,8
Urologia	42,9	Neurologia	27,4

Quadro 17. As cinco especialidades médicas mais judicializadas segundo os Municípios e Estados 2015 a 2020

Fonte: Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020.

Quanto as especialidades médicas mais judicializadas⁷⁵⁵ segundo os Municípios e Estados, verificou-se que a falta de profissionais com a especialidade médica de “Ortopedia e Traumatologia” pode ser identificada nos estados brasileiros.

Apenas entre os respondentes, os estados de Pernambuco e Sergipe não incluíram esta especialidade entre as cinco mais judicializadas. A seguir, são apresentados os mapas de dois estados para cada região brasileira, com maior e menor quantidade de profissionais desta especialidade, de acordo com dados do ano de 2020 fornecidos pelo Ministério da Saúde. É possível perceber um grande quantitativo de municípios que não possuem este profissional.

Esse estudo revela⁷⁵⁶ que a falta de profissionais que atuam nas diversas áreas de saúde, principalmente os especialistas, é motivo de constante preocupação da sociedade brasileira.

Até outubro de 2020, o Brasil possuía 3.101.793 profissionais de saúde em estabelecimentos de saúde públicos e privados conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo das mais diversas profissões e especialidades, tais como médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, nutricionistas, farmacêuticos, agentes comunitários de saúde, dentre outros. Desse total de profissionais, 97,5% (ou 3.024.421 pessoas) são classificados como profissionais de atendimento de saúde, isto é, médicos, fisioterapeutas, enfermeiros, nutricionistas, técnicos de enfermagem e outros, sendo os mais frequentes os médicos (25,7% ou 795.987), em seguida os técnicos (21,1% ou 654.014), agentes (12,2% ou 397.578) e auxiliares (9,7% ou 300.853). Os demais 2,5% dos profissionais (77.372) pertencem à categoria de profissionais que não atendem diretamente o paciente, mas prestam a assistência necessária para o bom funcionamento da estrutura de saúde.

⁷⁵⁵ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 36

⁷⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 42.

O abaixo ilustra⁷⁵⁷, com base nas informações extraídas dos questionários aplicados, uma notória desigualdade na disponibilidade de aparatos institucionais como esses por parte das secretarias municipais e estaduais.

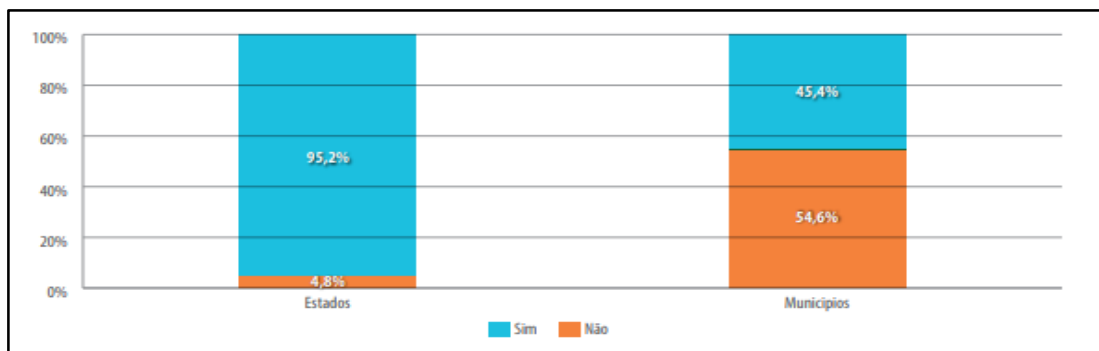


Gráfico 8. Existência de gerência ou procurador para demandas judiciais de saúde por Secretaria de Saúde

Fonte. Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020.

Enquanto em apenas uma das secretarias estaduais respondentes, do Piauí, não existe setor ou pessoal especializado no atendimento das demandas de saúde, mais da metade dos executivos municipais não contam com esse aparato institucional e, deste grupo, mais de 60,0% estão localizados na região Sudeste. Pode-se verificar então que há, em geral, a presença de estrutura especializada para encaminhamento e tratamento das demandas judiciais por saúde no âmbito das secretarias estaduais, mas não nas municipais⁷⁵⁸.

Observando-se a distribuição de aparato jurídico especializado nas secretarias municipais respondentes, constata-se que, com exceção dos municípios presentes na região Sul, cujo maior percentual de respondentes (64,8%) declarou não possuir gerência de saúde ou procurador específico para trabalhar nas demandas judiciais de saúde, e os da região Norte os quais apresentam maior percentual (56%) de presença deste tipo de aparato institucional –, nas demais regiões do Brasil, essa distribuição se dá de forma bastante aproximada aos dos percentuais apresentados no gráfico acima.

⁷⁵⁷ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 53

⁷⁵⁸ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 43.

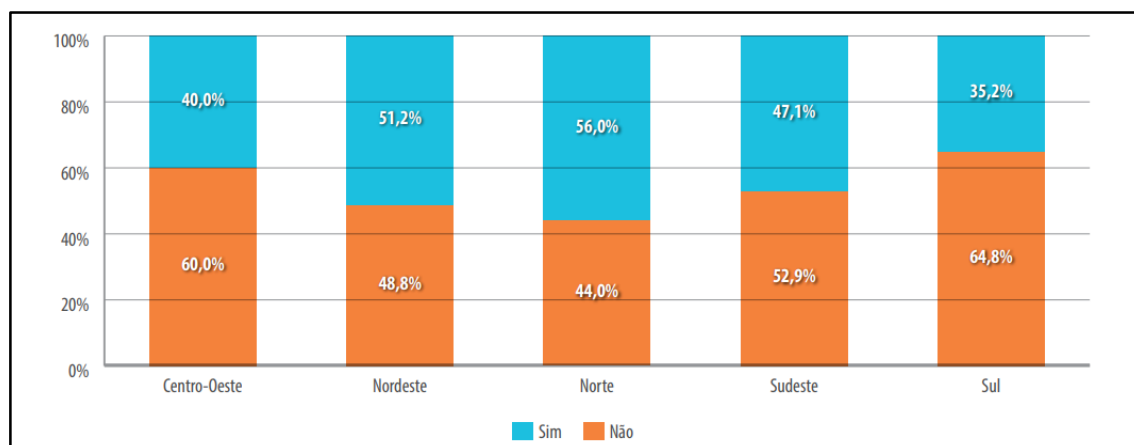


Gráfico 9. Existência de gerência ou procurador para demandas judiciais de saúde nas Secretarias de Saúde Municipais por Região Geográfica. Fonte. Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020.

À guisa de ilustração sobre a aparente falta de relação, a partir dos dados aqui apresentados e das limitações amostrais dos questionários aplicados, entre demandas por serviços de saúde e presença de estrutura ou serviços jurídicos especializados no âmbito das secretarias municipais de saúde, tomemos os municípios de Belo Horizonte (MG) e de Macaé (RJ) como exemplos⁷⁵⁹.

Ambos se encontram posicionados entre as sete cidades com maior quantidade total de atendimentos de saúde, percentual de incentivo do Ministério da Saúde para realização dos procedimentos e taxa SIA/População em 2019 e 2020, segundo apresentado em análise anterior. Macaé, inclusive, é a cidade com liderança nesse indicador. Ainda que com altos registros de atendimentos, a sua secretaria municipal de saúde declarou, em formulário de pesquisa aplicada, não possuir um setor especializado para tratar das demandas por judicialização. Já a de Belo Horizonte afirmou contar com esse aparato institucional.

O fornecimento de medicamentos tem sido tema recorrente de estudos que visam compreender o fenômeno da Judicialização da Saúde e isso não se dá por acaso. A judicialização associada a medicamentos representa uma expressiva parcela dos casos novos ingressados ao longo dos anos, segundo dados do Justiça em Números, entre 2015 e 2020 mais de 1 milhão de todos os processos novos recebidos pelo Judiciário possuíam temática¹⁶ relacionada a medicamentos.

⁷⁵⁹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 54.

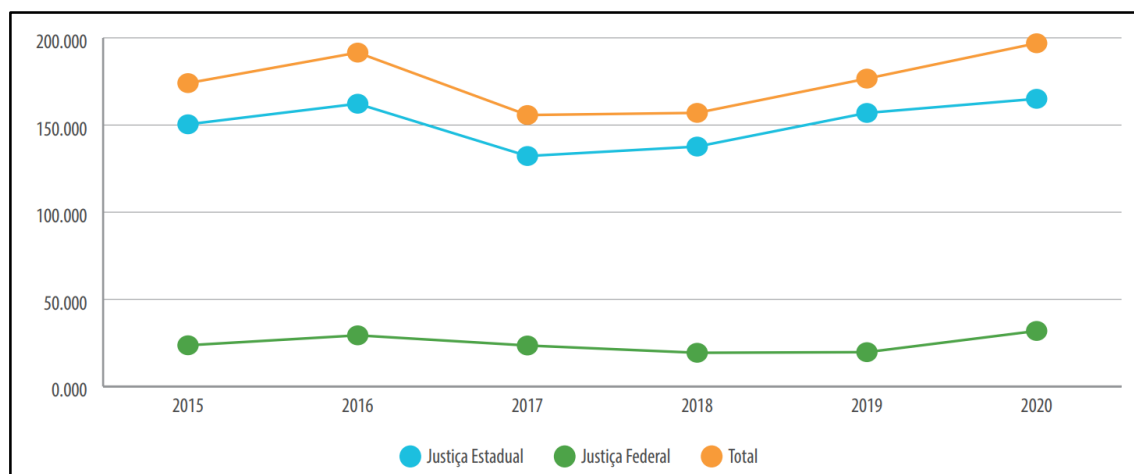


Gráfico 10. Quantidade total de casos novos ingressados sobre medicamentos segundo o segmento da justiça, 2015 a 2020, Fonte: Painel do Justiça em Números, 2020

Conforme apresenta o Gráfico abaixo, os processos novos sobre medicamentos recebidos pelo Judiciário tiveram um pico em 2016 e logo em seguida apresentaram importante queda, voltando a subir somente a partir de 2019 e registrando seu maior valor, 196.929 processos, em 2020. Cabe destacar o caráter único que os dados de 2020 possuem, levando em consideração a pandemia em decorrência do corona vírus. Nesse sentido, o aumento de casos dessa natureza para o ano de 2020 é plausível, uma vez que o sistema de saúde entrou em colapso em diversas localidades, fazendo com que diversos serviços fossem interrompidos⁷⁶⁰.

É possível perceber que os juízes de primeiro e segundo grau, juntamente com os juizados especiais, se destacam no recebimento de novos processos dessa natureza, tendo juntos somado 89,4% de todos os processos ingressados em 2019.

Outra constatação interessante é a baixa intensidade de articulação entre as Secretarias e os Magistrados, percebida nas questões sobre a existência de consulta administrativa prévia dos Magistrados para decidir liminares e vice-versa. Uma maior proporção dos representantes pesquisados marcou as opções “raramente” ou “nunca” como respostas, em contraste com uma maior frequência de respostas “às vezes” e “sempre” no que se refere à interlocução administrativa sobre o cumprimento de liminares.

Do ponto de vista dos Magistrados, 57% declarou concordar com a consulta administrativa prévia para embasar as decisões de liminares em processos de saúde pública. Esse “distanciamento”, ainda identificado e o número reduzido de municípios

⁷⁶⁰ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 80.

com um profissional responsável para tratar desta temática não facilita a existência de um trabalho colaborativo entre os dois poderes. Nesse sentido, fica mais difícil a diminuição dos casos relacionados a saúde que chegam ao Judiciário⁷⁶¹.

5.5 Posicionamento Doutrinários contrários a Judicialização

Alguns doutrinadores têm apresentado posicionamentos contrários a intervenção do poder judiciário nas políticas de efetivação do direito social a saúde, em justificativa a diversos fatores que podem contribuir negativamente no desenvolvimento das atividades desenvolvidas por órgãos da administração pública, conforme apresentamos.

Esclarece ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶² trata-se de hipóteses variadas em que o Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma omissão, mas vai além, impondo prestações positivas, diante da inércia do Legislativo ou do Executivo.

5.5.1 Invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas.

A primeira crítica apresentada pela doutrina pátria estar relacionada a usurpação de competências por parte do Poder Judiciário quando intervém na efetivação de políticas públicas de prestação de serviço a saúde, o que para parte da doutrina pátria seria competência exclusiva do poder executivo.

Narra José dos Santos Carvalho Filho⁷⁶³ que a moderna doutrina, em análise científica sobre o tema, advoga a interpretação de que deve rechaçar-se o “ativismo judicial” disfarçado em “constitucionalismo da efetividade”, fincando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição, sem que, para tanto, tenha que invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas.

⁷⁶¹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 118.

⁷⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 951.

⁷⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 36ª. Atlas, 2022, p.92.

5.5.2 Existência de critérios subjetivos para controle judicial

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶⁴ ratifica que:

Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento.

A mesma autora⁷⁶⁵ inspirada em tais parâmetros, foi peremptória ao concluir que não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do Poder Público, pela limitação dos recursos financeiros.

O Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa. E deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? Ela é adequada? Ela é proporcional? Não existem outros meios menos onerosos para os cofres públicos?⁷⁶⁶

Argumenta em contraposição ao apresentado os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo⁷⁶⁷ que com todo o respeito à fundamentação que embasa tal posicionamento, não se pode deixar de lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à

⁷⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 30.

⁷⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 951.

⁷⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 955.

⁷⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais, 2011, p. 13.

proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal.

5.5.3 Inaplicabilidade do princípio da reserva do possível

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶⁸ em situações como essas, a Administração Pública, na qualidade de ré, costuma invocar o princípio da reserva do possível (inexistência de recursos orçamentários disponíveis para atender ao pedido), nem sempre aceito pelo Poder Judiciário, já que este entende estar diante de direito fundamental, analisado no caso concreto, sendo possível a alocação de verba orçamentária para esse fim.

Acrescenta André Ramos Tavares⁷⁶⁹ uma das polêmicas da judicialização desses direitos está na disponibilidade orçamentária limitada e da invocação, por parte do administrador, da insuficiência orçamentária. Contudo, a alegação desta insuficiência, em juízo, por parte da Administração Pública, implica, como decidiu o STJ no Recurso Esp. 474.361-SP de Rel. do Min. Herman Benjamin, tornar incontroverso o fato constitutivo do direito dos interessados, dispensando-os de prova, porque aduz a Administração, nessas hipóteses, fato supostamente impeditivo do direito. Assim, passa a ser dever processual da Administração o provar a insuficiência orçamentária.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷⁰ acredita que para atuação judicial, ainda que com o objetivo de obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do poder público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração.

No dizer de George Marmelstein⁷⁷¹ apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público, quando

⁷⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 951.

⁷⁶⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. SaraivaJur, 2022, p. 270.

⁷⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 30.

⁷⁷¹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 330.

se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

5.5.4 Ações Individuais nas demandas de saúde

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷² que se depende de políticas sociais e econômicas, não se pode afirmar que o direito à saúde tem efetividade que decorre diretamente da Constituição. Se tem que garantir acesso universal e igualitário, o direito à saúde não pode ser reconhecido em ações individuais que privilegiam alguns (nem sempre os que mais necessitam) em detrimento do interesse da coletividade.

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁷⁷³ ponderam que um dos argumentos centrais da tese, não sem respaldo em dados concretos, sublinha o fato de que as decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de "necessitado".

Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de forma a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população - e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta -, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individuais, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade substancial, nem parece atender aos objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3.º da CF/1988.

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷⁴ essas ações individuais, que são propostas em grande quantidade, com fortes impactos orçamentários na área de saúde, afrontam o dispositivo constitucional, porque não observam qualquer política social ou econômica e descumprem o princípio da isonomia.

Sobre a possibilidade de ingresso de ações individualizadas pleiteando tratamento de saúde, Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁷⁵ pontifica que a dúvida, cada vez mais frequente na doutrina, acerca da real efetividade das decisões judiciais que

⁷⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 950.

⁷⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais, 2011, p. 13.

⁷⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 950.

⁷⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2007, p.15.

asseguram prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, perquirindo-se até que ponto são estas aptas à realização da "justiça distributiva", ainda mais quando se cuida de demandas individuais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷⁶ no mérito desse tipo de ação, talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão.

Por outras palavras, garante-se o direito a uma pequena parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas. É um impasse difícil de ser resolvido, porque dificilmente um magistrado vai negar, por exemplo, um medicamento a quem dele necessite para a própria sobrevivência. Mas, não há dúvida de que as consequências negativas da multiplicação desse tipo de ação recomendam o máximo de cautela no reconhecimento do direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷⁷ como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do Poder Público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade, que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. Por outras palavras, garante-se o direito a uma parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas.

No dizer de George Marmelstein⁷⁷⁸ a escassez de recursos exige que o magistrado tenha preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público.

No entender do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁷⁷⁹, as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com

⁷⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35^a. Ed. Forense, 2022, p. 29.

⁷⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35^a. Ed. Janeiro: Forense, 2022, p. 951.

⁷⁷⁸ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8^a. Ed. São Paulo: Atlas, (2019, p. 330.

⁷⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10^a. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 23.

os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.

Acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸⁰ o custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que podem atender ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo⁷⁸¹ compreende que as dificuldades resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário - fato que, por sua vez, revela a relevância da concretização da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e, de modo especial, do direito à saúde.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸² no caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática, se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo.

5.5.5 Falta de conhecimento do Judiciário em relação às políticas públicas

De acordo com o posicionamento de Letícia Canut⁷⁸³ outro efeito negativo da judicialização do direito à saúde se constatou na falta de conhecimento do Judiciário em relação às políticas públicas, causando desordem e o desmantelamento de todo

⁷⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 951.

⁷⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais, 2011, p. 13.

⁷⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 950.

⁷⁸³ CANUT Letícia. Operacionalização do Sistema Único de Saúde e de sua assistência farmacêutica diante da judicialização: um estudo de caso no município de São José/SC. 2017, p. 79.

o sistema, tendo um efeito nocivo para toda a rede, ferindo o SUS e o direito de todos à saúde. A pretendida racionalidade precisa se amparar no diálogo qualificado, principalmente sobre a operacionalização do SUS e de sua Assistência Farmacêutica e na aproximação entre todas as esferas envolvidas.

Tal assertiva foi corroborada pelos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁸⁴, ao mencionar a existência de crítica técnica pontual, apresentado que o poder judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde.

Asseverando que:

O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Assim, vislumbra Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸⁵ o direito à saúde, que vem sendo indiscriminadamente garantido pelo Poder Judiciário pela imposição de obrigações de fazer à Administração Pública, consistentes em fornecer medicamentos, exames, cirurgias, conforme assegurado no artigo 196 da Constituição, mediante “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A interferência do Judiciário, quando muito, pode ser importante para pressionar e, quem sabe, conscientizar as autoridades (se ainda se acredita em milagres), o poder público a se preocupar com a dignidade da pessoa humana.⁷⁸⁶

Ainda mais enfático sobre o tema, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁷⁸⁷ bem esclareceu que, não obstante, se por um lado esse maior protagonismo do Poder Judiciário provoca elogios, já que contribui para uma maior efetividade das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, também recebe muitas críticas, sobretudo duas:

⁷⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2021, p. 300. p. 23.

⁷⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 950.

⁷⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 16.

⁷⁸⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 2019. p.94.

1. Tal postura do Judiciário acaba por prestigiar as classes mais abastadas da sociedade. Isso porque os mais instruídos poderão acionar o Judiciário por meio de remédios constitucionais e outras ações com o escopo de concretizar seus direitos, que a maioria inculta sequer sabe ser titular;
2. Tal postura do Poder Judiciário viola a separação dos Poderes e o regime democrático, já que a implantação das políticas públicas é de responsabilidade principal do Poder Executivo, eleito diretamente pelo povo, e não do juiz, escolhido sem a participação popular.

Com relação à temática em evidência, Leny Pereira da Silva⁷⁸⁸ pontifica que a prática corriqueira de conceder medidas satisfativas na área da saúde, tem obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente morrerão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a administração pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros.

No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero⁷⁸⁹ ainda no que diz respeito a controvérsia sobre se e como os direitos sociais operam como direitos subjetivos a prestações oponíveis ao Poder Público e exigíveis pela via judicial, sendo possível afirmar que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência passaram a desenvolver critérios para a solução dos diferentes problemas relacionados aos casos que envolvem o acesso ao Poder Judiciário em matéria de efetivação dos direitos sociais.

A judicialização da saúde é um dos temas de constante preocupação no CNJ, como órgão estratégico do Poder Judiciário. Além de promover audiências públicas, jornadas e seminários para discutir o assunto, em 2010, o Conselho editou a Resolução CNJ 107, que instituiu o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde.

Em setembro de 2016, foi aprovada a Resolução CNJ 238, que dispõe sobre a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública, contexto no qual está inserido o Comitê Estadual de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

⁷⁸⁸ SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível. p. 57.

⁷⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.283.

As decisões do Poder Judiciário, em regra, valem apenas para o caso concreto. Entretanto, há decisões específicas que têm eficácia vinculante, ou seja, que são de observância obrigatória pelo próprio Judiciário, em maior ou menor grau. De qualquer forma, mesmo não sendo vinculantes, as decisões dos tribunais, principalmente do STF e do STJ, orientam e informam todo o sistema judiciário, sendo dotadas, portanto, de no mínimo eficácia persuasiva. Estas decisões repercutem sobre outros julgados e, portanto, determinam o resultado das demandas de saúde em geral.

Como um dos resultados dessa audiência, surgiu a Recomendação nº. 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispondo sobre orientações aos Tribunais brasileiros sobre a melhor forma de julgamento das ações em saúde. Entre suas principais recomendações, pode-se citar: a orientação para que o Judiciário ouça, quando possível, gestores de saúde antes de deferirem o pedido de urgência, possibilitando um maior diálogo entre órgãos; estabeleçam convênios disponibilizando apoio técnico de médicos e farmacêuticos para subsidiarem suas decisões; e que evitem fornecer autorização de medicamentos ainda não padronizados pela Anvisa⁷⁹⁰.

5.6 Teoria da Separação dos Poderes no Supremo Tribunal Federal

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional⁷⁹¹.

Narra o Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁹² que o papel do judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora.

No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso,

⁷⁹⁰ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília. 2021.

⁷⁹¹ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002. p. 241.

⁷⁹² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 371.

com os princípios da separação de Poderes e da efetividade constitucional. De qualquer modo, embora possa aceitar-se a referida ingerência em determinadas situações, em outras a pretensão determinativa dirigida a órgãos administrativos se revela juridicamente impossível e, conseqüentemente, inexecutável⁷⁹³.

Como direito social fundamental expressamente garantido pelo constituinte originário na Constituição Federal, o direito a saúde por diversas vezes tem sido negligenciado pelas autoridades competentes para sua efetivação, sendo que por inúmeras vezes fez-se necessário a intervenção do poder judiciário na saúde.

No entender de Flávio Martins⁷⁹⁴ o mínimo existencial da saúde tem o objetivo de fornecer o direito ao acesso de insumos, tratamento e medicamento necessário no combate às enfermidades, para exercício de uma vida digna. Já houve casos no Brasil em que o Judiciário determinou a realização de cirurgia milionária no exterior. Sobre essa intervenção, o referido autor pondera que:

Entendemos equivocada tal decisão, que extrapola, e muito, o mínimo existencial a ser cumprido pelo Estado no tocante ao direito à saúde. Com a devida vênia, embora haja entendimentos doutrinários e decisões judiciais em sentido contrário, por mais que a situação pessoal seja sensível, não se pode tutelar de forma irrazoável qualquer direito, como o direito à saúde, às expensas de toda a coletividade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁹⁵ tratando-se de mínimo existencial, alega-se que as normas constitucionais que o garantem não são meramente programáticas (como sempre se entendeu em relação aos dispositivos garantidores dos direitos sociais), mas, ao contrário, têm eficácia imediata, não dependendo de medidas legislativas ou administrativas para a sua implementação. Pondera a referida autora que:

Em decorrência disso, a omissão do Poder Público, afrontando metas constitucionais, pode ser corrigida pelo Poder Judiciário, quando provocado pelos interessados ou por órgãos de defesa de interesses coletivos, dentre os quais o Ministério Público. Em resumo, alega-se que o Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição⁷⁹⁶.

⁷⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas, 2022, p.808.

⁷⁹⁴ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Editora Saraiva, 2022, p. 136

⁷⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35^a. Ed. Forense, 2022, p. 950.

⁷⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35^a. Ed. Forense, 2022, p. 950.

Nesse contexto analisaremos sobre a perspectiva dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, se essa interferência do judiciário extrapola os limites constitucionais da separação dos poderes, como diversas vezes tem se manifestado a doutrina moderna.

Acrescenta o Ministro, Luís Roberto Barroso⁷⁹⁷ um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos.

No entender do Ministro Celso de Mello⁷⁹⁸, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

De acordo com Flávio Martins⁷⁹⁹ necessário no combate às enfermidades, para exercício de uma vida digna, como afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso, para quem:

O excesso de voluntarismo do Poder Judiciário nos casos individuais pode inviabilizar o sistema, numa clara violação da Separação dos Poderes: “A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde”.

Sobre essa premissa, o Ministro Celso de Mello⁸⁰⁰ como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, guardiã superioridade da constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer

⁷⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 409.

⁷⁹⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 29.10.2013, p. 18.

⁷⁹⁹ MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica**. Saraiva, 2022, p. 136

⁸⁰⁰ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Mello. Julgado: 13.04.2010, p. 44

prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida. O direito à saúde.

O Ministro Ricardo Lewandowski⁸⁰¹ no Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal, observa que a questão da intervenção judicial em políticas sociais está intimamente relacionada ao princípio da separação de poderes, elemento central na acomodação do desenho institucional das democracias modernas.

Em resposta a esse questionamento, o Ministro Gilmar Mendes⁸⁰², esclarece que:

Em primeiro lugar, a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado.

O Ministro Celso de Melo⁸⁰³ acrescenta que em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687. RTJ 175/1212-1213).

A Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

⁸⁰¹ Recurso Extraordinário 368.564 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relato Marco Aurélio. Julgado: 13.04. 2011, p. 89.

⁸⁰² Supremo Tribunal Federal. Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p. 26.

⁸⁰³ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 23.

Em 2008, Ministro Celso de Mello⁸⁰⁴ se manifestando no Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco, argumenta que o desprestígio da Constituição, por inércia de órgãos meramente constituídos, representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

A jurisprudência desta Corte é harmoniosa no sentido de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar a implantação de políticas públicas, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes⁸⁰⁵.

Em momento posterior, no mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello⁸⁰⁶ ressalta que Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou que a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.⁸⁰⁷

Em síntese, o Ministro Gilmar Mendes,⁸⁰⁸ no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco em 2010, pontifica da forme seguinte:

Constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos

⁸⁰⁴ Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. Julgado: 14.04.2008, p. 43

⁸⁰⁵ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.351.412 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Edson Fachin. Julgado 03.11.2022.

⁸⁰⁶ Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 223 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 14 de março de 2008, p. 45

⁸⁰⁷ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.04.2010, p. 10

⁸⁰⁸ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 13.04.2010, p. 67.

casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes à formulação de políticas públicas.

Defendendo a tese da interferência do STF nas ações de políticas públicas ainda em 2010, o Exímio Ministro, Celso de Mello⁸⁰⁹ no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assevera que dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples conveniente omissão dos poderes públicos.

O Supremo Tribunal Federal, suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.⁸¹⁰

Esclarece o Ministro Celso de Mello⁸¹¹ que em referidos julgamentos, verificou-se a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Corroborando esse entendimento, o Ministro Gilmar Mendes⁸¹² em manifestação Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Estado Ceará, pontuou da forma seguinte:

⁸⁰⁹ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p.47

⁸¹⁰ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p.47

⁸¹¹ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes Julgado: 17.04.2010, p.52

⁸¹² Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes Julgado: 17.04.2010, p.29

Em primeiro lugar, a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado.

Ademais, o Ministro Celso de Mello⁸¹³ defende que a missão institucional desta Suprema Corte, guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Nesse contexto, ratifica o Ministro Gilmar Mendes⁸¹⁴, em referência aos estudos de Gustavo Amaral⁸¹⁵, acrescenta que nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação - que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e concreção ao que prescreve,¹⁹⁶ a Constituição da República, reconhecido.⁸¹⁶

Para o Ministro Gilmar Mendes⁸¹⁷ os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos -

⁸¹³ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p. 47

⁸¹⁴ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p.13

⁸¹⁵ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

⁸¹⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.04.2010, p..49

⁸¹⁷ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento Julgado: 17.04.2010, p. 13

exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana - não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas.

Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.⁸¹⁸

Em síntese, Maikon Henrique Oliveira⁸¹⁹ compreende que a atuação do STF, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará, em março de 2010, tornou-se um referencial na defesa do direito à saúde, posto que, foram argumentados os critérios do requerimento do direito à saúde como um direito subjetivo.

Dentre os argumentos debatidos se pode destacar os seguintes: o direito à saúde possui uma dupla dimensão individual e coletiva, sendo cabível tutela jurisdicional individual mediante ação proposta pelo Ministério Público, tendo em vista se tratar de um direito individual indisponível. Outro ponto debatido foi que a responsabilidade do Estado é solidária, assim, abrange-se todos os entes da Federação. Debateu-se também a questão do dever do Estado em disponibilizar o acesso igualitário e universal à saúde, mesmo que os órgãos legitimados não tenham estabelecido a prestação solicitada pelo requerente. Foi debatido ainda que a alegação da reserva do possível, deverá ser demonstrada cabalmente pelo Poder Público.

Em 2011, o Ministro Celso de Melo⁸²⁰ esclarece que embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário,

⁸¹⁸ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 13.03.2010

⁸¹⁹ OLIVEIRA, Maikon Henrique. Judicialização da saúde o princípio da separação dos poderes. 2019.

⁸²⁰ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 2.

ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Para o Ministro Celso de Melo⁸²¹

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Conforme o Ministro Celso de Melo⁸²² a controvérsia pertinente à “reserva do possível” e a intangibilidade do mínimo existencial:

A questão das “escolhas trágicas”, a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

Continuando o Ministro Celso de Melo⁸²³, ressalta que dificuldades que podem derivar da escassez de recursos com a resultante necessidade de o Poder Público ter

⁸²¹. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 3.

⁸²² Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 5.

⁸²³ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado: 23.08.2011, p. 30.

de realizar as denominadas “escolhas trágicas” em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:

Em 2013, esse assunto foi analisado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 do Estado do Amazonas. Em síntese, o Ministro Relator Celso de Mello⁸²⁴ menciona o seguinte:

Defende que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde, que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.⁸²⁵

Prosseguindo o Ministro Celso de Mello⁸²⁶, ratifica que dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

⁸²⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 19.

⁸²⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 20.

⁸²⁶ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 21.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.⁸²⁷

Diante do exposto, conclui o Ministro Celso de Mello⁸²⁸ em fundamentação ao seu voto que não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Em dezembro de 2014, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 do Estado de Minas Gerais e de Relatoria do Ministro Celso de Mello⁸²⁹ ao se manifestar sobre a separação dos poderes a atuação do Supremo Tribunal Federal, se manifestando da seguinte forma:

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Prosseguindo, o Ministro Celso de Mello⁸³⁰ discorre que deve ser considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, ratificando que:

A ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na

⁸²⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 21.

⁸²⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 15.

⁸²⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 02.12.2014, p. 16

⁸³⁰ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 04.11.2014. p. 18.

justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida.

Assim, a questão central da presente causa é verificar se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Município, quando injustamente omissa no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.⁸³¹

É fácil concluir que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.⁸³²

Em 14 de março de 2015, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 do Distrito Federal ⁸³³ o Ministro Relator Gilmar Mendes, assentou o entendimento de que:

Em conformidade com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Inicialmente, conforme já posto na decisão agravada, constato que o acórdão recorrido não diverge da

⁸³¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 02.12.2014, p. 4.

⁸³² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 02.12.2014, p. 4.

⁸³³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Gilmar Mendes. Jugado: 14.03.2015, p.3.

jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas.

Em seguida, Ministro Gilmar Mendes⁸³⁴ pontifica que seria, portanto, incabível, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

Ainda em 2015, em decisão proferida pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski⁸³⁵ destacou o mesmo que:

Ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos Poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária.

No Recurso Extraordinário nº. 592.581 Rio Grande do Sul, julgado em 13 de agosto de 2015, o Ministro Edson Fachin⁸³⁶, analisando essa temática, preceitua que:

Ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia.

No mesmo Recurso Extraordinário em análise, o Ministro Luís Roberto Barroso, contribui com a discussão manifestando seu entendimento particular, conforme transcrevemos:

⁸³⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Gilmar Mendes. Julgado: 14.03.2015, p.3.

⁸³⁵ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸³⁶ Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 13 de agosto de 2015, p. 25

Eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre – e este é o caso –, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção.

Prosseguindo, o Ministro Marco Aurélio⁸³⁷ referindo-se ao voto do relator se manifesta da forma seguinte: nesse particular, o ativismo judicial não implica violação à cláusula pétrea da separação de Poderes e que obras emergenciais e a atividade judicial, nesse caso, não há nenhuma violação à separação de Poderes.

Em dezembro de 2015, no Recurso Extraordinário nº. 581.488 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Dias Toffoli⁸³⁸ a Ministra Carmem Lúcia, assentou o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente quando se cuida de adoção de providências específicas, garantidoras de direitos constitucionais fundamentais impossíveis de serem usufruídos pela ausência de condições materiais imprescindíveis:

Em decisão proferida no Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul⁸³⁹ julgado em 13 de agosto de 2015, a Ministra Rosa Weber, narra que:

Não tenho nenhuma dúvida. Presidente em afirmar a competência do Supremo Tribunal Federal, ou do Poder Judiciário, para determinar a adoção das medidas necessárias e garantidoras dos direitos constitucionais à dignidade e à integridade dos presos, das pessoas, portanto, custodiadas.

Em 2016 o Min. Relator. Luiz Fux⁸⁴⁰ consolida o entendimento de que a controvérsia objeto destes autos referente a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas

⁸³⁷ Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Julgado: 13.08.de 2015, p 93.

⁸³⁸ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Julgado: 03.12.2015, p. 72.

⁸³⁹ Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Julgado: 13.08.2015, p. 56

⁸⁴⁰ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536 Amapá. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Luiz Fux. Julgado: 05.02.2013.p. 06

visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública.

Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Eis a ementa do julgado: Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra política.

Em 2020, o Ministro Edson Fachin⁸⁴¹ no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 do Estado de Pernambuco reitera:

Não há ofensa ao princípio da separação de poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que o SUS disponibiliza outros medicamentos para o tratamento dos pacientes renal. Evidenciando que não há violação à separação dos poderes quando o Judiciário intervém em questões de mérito administrativo com a intenção de garantir a observância ao princípio da legalidade.

Nessa ocasião, o ministro Edson Fachin⁸⁴² pondera que no caso concreto, a ingerência do Poder Judiciário reputa-se necessária, uma vez que visa assegurar o direito público subjetivo à saúde, garantido através de norma programática inscrita no art. 196, da CF/88. Asseverando ainda da seguinte forma:

O acórdão recorrido, na hipótese, não destoa da jurisprudência desta Corte, quanto à inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes, eis que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde.⁸⁴³

⁸⁴¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado 23.11.2020, p. 10

⁸⁴² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 23.11.2020, p. 10

⁸⁴³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 23.11.2020, p. 02.

No ano seguinte o Ministro Gilmar Mendes⁸⁴⁴, manifestando-se nos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção 7.300 do Distrito Federal, foi peremptório ao defender a tese de que a reiterada omissão dos Poderes Executivo e Legislativo deve ser corrigida pelo Poder Judiciário, visando à garantia dos direitos previstos constitucionalmente, em especial à concretização do princípio da dignidade humana, o qual não pode ser obstado com argumentos relativos à incapacidade financeira do Estado, haja vista que, conforme já dito, a questão situa-se tão somente na escolha de prioridades políticas em cumprimento aos ditames constitucionais, sob pena, inclusive, de crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, inciso VII, da Constituição Federal.

Nesse mesmo ano o Ministro Edson Fachin⁸⁴⁵ na relatoria do Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.289.323 do Estado do Rio de Janeiro, assevera que:

Além disso, não procede, no caso, a alegação de violação ao princípio da separação de poderes, pois o acórdão recorrido decidiu a causa em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da política pública voltada à alimentação escolar, sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

Igualmente o Ministro Relator Alexandre de Moraes ⁸⁴⁶ no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.627 do Estado do Paraná, asseverou que.

O Princípio da Independência dos Poderes e as regras específicas de caráter orçamentário e financeiro para a atuação do ente público impõem limites à atuação do Poder Judiciário, que deve apenas intervir na hipótese em que os Poderes do Estado agem de forma irrazoável ou abusiva, caracterizando-se, assim, uma injustificável inércia estatal, sendo vedada, de qualquer modo, a invasão do Poder Judiciário no cerne da discricionariedade política reservada ao Governo competente para exercer esta ou aquela atividade, sob pena

⁸⁴⁴ Embargos de Declaração no Mandado de Injunção 7.300 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 23.11.2021, p. 28.

⁸⁴⁵ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.289.323 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Edson Fachin. Julgado: 04.10.2021, p. 13.

⁸⁴⁶ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.322.627 Paraná. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Alexandre de Moraes. Julgado: 30.08.2021, p. 7.

de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes. Ocorre que no presente caso, houve violação ao Princípio da Legalidade, ao qual a Administração Pública está submetida.

Em 2021, Ministro Edson Fachin⁸⁴⁷ no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.214.757 do Rio Grande do Sul dispõe que o acórdão recorrido decidiu a causa em desconformidade com a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

Se admite a legitimidade do Poder Judiciário para impor obrigação de fazer com vistas à concretização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas quando houver omissão da Administração Pública, de modo que não configura violação ao princípio de separação dos poderes, tampouco à discricionariedade do ente estatal em dispor das verbas orçamentárias a ele vinculadas, pois se cuida de situação que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada.

Em momento posterior, o Ministro Ricardo Lewandowski ⁸⁴⁸ ressalta que, conforme pontuado pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF 45-MC/DF, não seria lícito ao Judiciário omitir-se “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

Com isso, não se quer dizer que os integrantes do Judiciário possam transmutar-se em verdadeiros administradores públicos, intervindo, quando provocados, ou mesmo de ofício, em todas as situações potencialmente vulneradoras de direitos fundamentais. Longe disso: ao julgador só cabe atuar naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte de autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.214.757 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 14.06.2021, p.11.

⁸⁴⁸ Tutela de Urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado: 22.03.2021, p. 15

⁸⁴⁹ Tutela de Urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado: 22.03.2021, p. 16

Em 2022, o Ministro Relator, Alexandre de Moraes⁸⁵⁰ no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.403.193 do Estado de Santa Catarina, compreende que:

A jurisprudência desta corte é firme no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes a decisão do Poder Judiciário que, excepcionalmente, determina a implementação de políticas públicas quando evidenciada proteção deficiente a direitos fundamentais veiculados na Constituição Federal.

Acrescenta o Ministro Alexandre de Moraes que o plenário desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 592.581-R resultado do Tema 220⁸⁵¹ de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski no Tribunal Pleno, fixou tese no sentido de que:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Igualmente no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.377.281 do Estado do Maranhão, verifica-se que o Min. Edson Fachin⁸⁵² em seu voto acrescenta que:

Com efeito, o acórdão recorrido decidiu a causa em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual se admite a legitimidade do Poder Judiciário para impor obrigação de fazer com vistas à concretização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas quando houver omissão da Administração Pública, de modo que não configura violação ao princípio de separação dos poderes, tampouco à discricionariedade

⁸⁵⁰ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.403.193 Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado: 19.12.2022, p. 89.

⁸⁵¹ Demonstrada a excepcionalidade da situação, bem como a omissão do ente público, pode o Poder Judiciário, em tema de direitos fundamentais de caráter social, determinar a implantação de políticas públicas, imprescindíveis ao funcionamento da segurança pública, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes, discussão que se inclui no Tema 220 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 592.581-RG. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.374.478 Maranhão. Relator Min. Edson Fachin

⁸⁵² Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.377.281 Maranhão. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Edson Fachin. Julgado: 22.11.2022.

do ente estatal em dispor das verbas orçamentárias a ele vinculadas, pois se cuida de situação que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada.

Ao seu turno, o Ministro Edson Fachin⁸⁵³ ratifica que se encontra sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento pelo qual se admite a legitimidade do Poder Judiciário para impor obrigação de fazer com vistas à concretização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas quando houver omissão da Administração Pública, de modo que não configura violação do princípio de separação dos Poderes, tampouco da discricionariedade do ente estatal em dispor das verbas orçamentárias a ele vinculadas, pois cuida de situação que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada.

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com agravo. Interposição em 04.10.2021. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Direito constitucional à segurança. Tema 220 da Repercussão Geral. RE 592.581-rg. Aplicabilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Acórdão recorrido em consonância com a orientação desta corte. Agravo Regimental DESPROVIDO. 1. Demonstrada a excepcionalidade da situação, bem como a omissão do ente público, pode o Poder Judiciário, em tema de direitos fundamentais de caráter social, determinar a implantação de políticas públicas, imprescindíveis ao funcionamento da segurança pública, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes, discussão que se inclui no Tema 220 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 592.581-RG. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Inaplicável a norma do art. 85, § 11, do CPC, por ser tratar de recurso oriundo de ação civil pública.

Nas palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.348.154 do Estado do Rio de Janeiro, o acórdão do Tribunal a quo não diverge da jurisprudência consolidada desta Corte, que admite atuação do Poder Judiciário na determinação da implementação de políticas públicas apenas em situações excepcionálíssimas, notadamente quando caracterizado grave risco de violação a direitos fundamentais.⁸⁵⁴

⁸⁵³ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.374.478 Maranhão. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 14.09.2022, p. 5.

⁸⁵⁴ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.348.154 Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado em 28 de março de 2022, p. 6.

Ao seu turno, Ministro Celso de Mello⁸⁵⁵ esclarece que na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Conclui-se com base nos ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes⁸⁵⁶ que ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

De acordo com Flávio Martins⁸⁵⁷ à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na sua modalidade “proibição da proteção insuficiente”, deverá o Judiciário, dentro dos parâmetros já estabelecidos pelo Estado enquanto legislador e administrador, analisando o caso concreto, exigir o cumprimento do mínimo existencial do direito à saúde.

Por sua vez, Nathalia Masson⁸⁵⁸ argumenta que, segundo o Supremo Tribunal Federal, é viável o controle e a intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas sempre que os órgãos estatais, anormalmente, deixarem de “respeitar o mandamento constitucional, furtando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento estatal desviante.

Acrescenta Luís Roberto Barroso⁸⁵⁹, que a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

⁸⁵⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado em 04 de novembro de 2014. p. 16.

⁸⁵⁶ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 13 de março de 2010, p. 23

⁸⁵⁷ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Editora Saraiva, 2022, p. 136

⁸⁵⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1708.

⁸⁵⁹ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009, p. 39.

Nessa conformação, verifica-se que a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem.⁸⁶⁰

Mariana Filchtiner Figueiredo⁸⁶¹ poderá que o número massivo de ações judiciais pleiteando as mais variadas prestações em saúde, perante o poder público e a iniciativa privada, descrevem o fenômeno que vem sendo designado por “judicialização da saúde” e configuram indício, outrossim, de que há problemas na efetivação do direito à saúde e no cumprimento, pelo SUS, dos objetivos para os quais foi instituído pela constituinte, em 1988.

Luís Roberto Barroso⁸⁶² ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco⁸⁶³ as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem, portanto, ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Nesse sentido, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Para tanto, há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.

⁸⁶⁰ Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ricardo Lewandowski. Jugado: 13.08. 2019., p. 22

⁸⁶¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. *Direito à saúde*. 2010. p.222.

⁸⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 368

⁸⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 15ª Edição, 2019, p. 901.

No entender do Ministro Luís Roberto Barroso⁸⁶⁴ a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁸⁶⁵, pontificam que.

O financiamento dos direitos sociais é, portanto, aspecto central para assegurar a tais direitos níveis adequados de efetividade, de tal sorte que a sua previsão no orçamento público e cobertura pelo sistema tributário, mediante a arrecadação de tributos, taxas e/ou contribuições sociais, ocupa um papel de destaque nas agendas dos diversos Estados, ademais de adquirir maior ou menor relevância constitucional. No caso do Brasil, a CF, além de dispor sobre o orçamento e as finanças em termos gerais, prevê, no título “Da Ordem Social”, regras específicas para o financiamento da Seguridade Social, bem como um piso constitucional de gastos públicos para a saúde e a educação.

Sylvio Mota⁸⁶⁶ ratifica que, uma das características marcantes desse processo de neoconstitucionalização consiste no processo de judicialização da política em nosso país. Tem sido fácil perceber que é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram ao Supremo Tribunal Federal, para que a solução final da controvérsia decorra da melhor interpretação constitucional acerca do tema.

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁶⁷ especifica que a interferência do Judiciário vai ganhando adeptos, sob alguns argumentos pretensamente extraídos da Constituição: alega-se que, ao interferir em políticas públicas, o Judiciário não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição. Ele está garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa humana.

⁸⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 450.

⁸⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional /, Daniel MITIDIERO. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.228.

⁸⁶⁶ MOTTA, Sylvio. Direito. Constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021. p.417

⁸⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35ª. Ed. Forense, 2022, p. 950.

Diante do exposto, conclui-se que o exercício do direito à saúde, positivado em nosso arcabouço jurídico, por meio da atual Constituição Federal, vem ganhando repercussão nunca antes imaginada, compelindo juízes, procuradores públicos, promotores de justiça, advogados e demais operadores do direito, a lidarem com questões relacionadas com a política pública de saúde e o direito Sanitário, nos três diferentes níveis de governo.

6. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO SOCIAL A SAÚDE

De acordo com Motta Sylvio⁸⁶⁸ uma das características marcantes desse processo de neoconstitucionalização consiste no processo de judicialização da política em nosso país. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram ao Supremo Tribunal Federal, para que a solução final da controvérsia decorra da melhor interpretação constitucional acerca do tema.

O presente tópico tem por objetivo analisar alguns julgados nacionais decididos pelo Supremo Tribunal Federal sobre pedidos no âmbito da saúde pública. Busca-se conhecer os argumentos utilizados pelos magistrados na concessão ou negativa dos requerimentos individuais levado à esfera judicial, e o modo como o debate em torno da questão do direito à saúde e a utilização dos recursos públicos se coloca no campo das tomadas de decisões.

Conforme Nathalia Masson⁸⁶⁹ o órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio foi instituído em 1808, no período colonial, com a denominação "Casa da Suplicação do Brasil", o mais elevado Tribunal do Império, criado pelo Príncipe Regente D. João e com sede no Rio de Janeiro.

Acrescenta ainda a referida autora⁸⁷⁰ que em 1828, passou a ser denominado Supremo Tribunal de Justiça, só recebendo a intitulação de "Supremo Tribunal Federal" durante o Governo Provisório da República, sendo que esta nomenclatura foi substituída na Constituição de 1934⁸⁷¹ por "Corte Suprema" e foi restaurada na Constituição de 1937.

Em conformidade com Flávio Quinaud Narra Pedron e João Carneiro Duarte Neto⁸⁷² após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, tendo como marco inicial o ano de 1950, constata-se a inexistência de qualquer julgado em que se declara, reconhece ou garante o direito fundamental à saúde jurisdicionalmente.

⁸⁶⁸ MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 43.

⁸⁶⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. JusPodivm, 2022, p. 1257.

⁸⁷⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. JusPodivm, 2022, p. 1257.

⁸⁷¹ Art. 63 Constituição Federal de 1934. São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; Art. 73. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

⁸⁷² PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.103.

O Supremo Tribunal Federal, seja pelo argumento da dignidade da pessoa humana ou amparado em norma constitucional que especificamente dispõe sobre direitos sociais prestacionais, vem entendendo pela aplicabilidade desses direitos por efeito direto da Constituição⁸⁷³.

Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸⁷⁴ esclarece que ao contrário do que se passa em outras partes do mundo, a possibilidade de juízes e tribunais condenarem o Poder Público à entrega de prestações positivas tem sido amplamente admitida na prática judiciária brasileira, tendo gerado apoios, críticas e esforços para a definição de parâmetros. A questão é particularmente preocupante no tocante à judicialização da saúde, tema em relação ao qual o próprio Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar⁸⁷⁵.

O Ministro Celso de Mello⁸⁷⁶ pontifica que

O Supremo Tribunal Federal possui a exata percepção dessa realidade e tem no desempenho de suas funções, um grave compromisso com o Brasil e com o seu povo, o que consiste em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental.

Pondera o Ministro Celso de Mello⁸⁷⁷, que se torna de vital importância reconhecer, que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte, não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

⁸⁷³ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional. Uma análise comparada. R. Informação legislativa, n. 192, 2011, p.172.

⁸⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10^a. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 519.

⁸⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2018.

⁸⁷⁶ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 09.09.2015, p 165.

⁸⁷⁷ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 09.09.2015, p 165.

Acrescenta o Ministro Celso de Mello⁸⁷⁸ da seguinte forma:

Assim, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de saúde pública, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz e irresponsável e por inércia do aparelho estatal.

Está consolidado pelo Supremo Tribunal Federal que a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde⁸⁷⁹.

Em estudo realizado por Flávio Quinaud Pedron e João Carneiro Duarte Neto⁸⁸⁰ verificar que em relação às ações pleiteando acesso ao tratamento de saúde e a disponibilidade por parte do Estado no fornecimento de medicamento, o Supremo Tribunal Federal, manteve-se num “estado de espanto inicial” por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível encontrado na pesquisa realizada pelos autores, data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Competência. Agravo de Instrumento. Trânsito do Extraordinário. Saúde – Promoção – Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

O Ministro Celso de Mello⁸⁸¹ compreende que o Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou que a omissão governamental, conferiu real

⁸⁷⁸ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio Julgado: 09/09.2015, p 165.

⁸⁷⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado em 04 de novembro de 2014. p. 16.

⁸⁸⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.103.

⁸⁸¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado em 02 de dezembro de 2014, p. 19.

efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

A partir desse momento, inaugura-se no Brasil uma fase intermediária de uma efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, espécie de filtragem hermenêutico-constitucional dos direitos⁸⁸².

Como resultado desse processo, existem diversos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em matéria relacionada a saúde, obrigando o poder público a fornecer medicamentos diversos a pessoas carentes ou a custear tratamentos e exames específicos, conforme recomendação médica.

Lenir Santos⁸⁸³, são inúmeras as demandas por medicamentos, produtos, insumos, tecnologias e serviços em relação ao SUS.

A judicialização olha para o SUS muitas vezes de modo inadequado, enviesado, sem atentar para determinadas normas, para as pactuações inter federativas e para o seu baixo financiamento que é uma realidade e uma das principais causas das inadequações dos serviços de saúde que acabam sendo judicializados.

Na efetividade do direito social a saúde George Marmelstein⁸⁸⁴ ratifica que o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão memorável reconhecendo que o art. 196 da Constituição Federal gera direitos subjetivos, especialmente para as pessoas carentes, que não podem custear por conta própria de tratamento médico hospitalar.

Para os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo⁸⁸⁵ existe uma forte tendência jurisprudencial e doutrinária no sentido do reconhecimento de posições subjetivas, inclusive originárias, decorrentes do direito à saúde na condição de direito a prestações materiais, seja nas hipóteses de iminente risco para a vida humana, como, aliás, amplamente reconhecido no direito estrangeiro, seja naquelas em que a prestação possa ser reconduzida à noção de mínimo existencial, isto é, à garantia de condições mínimas à vida com dignidade e certa qualidade.

⁸⁸² PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.104.

⁸⁸³ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p.25.

⁸⁸⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2019. p. 321.

⁸⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. R. Br. de Direitos Fundamentais & Justiça. 2011, p. 14.

Esse entendimento pode ser verificado no Recurso Extraordinário 271.286 do Estado do Rio Grande do Sul de relatoria do Ministro Celso de Mello⁸⁸⁶ julgado em 24 de novembro de 2000, conforme transcrevemos:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). 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 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.

Analisando essa temática, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁸⁸⁷ apresenta que o Supremo Tribunal Federal no STA 223 Agravo do Estado de Pernambuco, relatada pela Ministra Ellen Gracie, condenou o Estado de Pernambuco por conta de sua omissão no tocante ao direito à saúde, afirmando ter legitimidade constitucional para colmatar tal omissão, bem como a inação estatal no tocante à saúde fere a Constituição Federal, dando ensejo a que o Judiciário aprecie violação de alguns princípios, como o da proibição da proteção insuficiente. Apresentando uma parte da decisão conforme se verifica.

Dever estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional (CF, arts. 196 e 197) obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados - membros da Federação, configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado de Pernambuco, desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal. Comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da República. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito.

⁸⁸⁶ Recurso Extraordinário 271.286 RS. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Julgado em 24 de novembro de 2000, p. 101.

⁸⁸⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. Saraiva 2019, p.590.

Fernando Rister de Sousa Lima⁸⁸⁸ menciona que em linhas gerais, não há como ratificar que a Suprema Corte julgue um direito de ordem distributiva de forma exclusivamente adjudicatória sob pena de as emblemáticas afirmações da Excelsa Corte, cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo⁸⁸⁹ mencionam o significativo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário 271.286 do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 24 de novembro de 2000, a partir do qual, ressalvadas decisões isoladas anteriores, a jurisprudência não apenas dos Tribunais Superiores, mas também nas instâncias ordinárias, vem cancelando a possibilidade de reconhecimento de posições subjetivas originárias às mais diversas prestações materiais, com objetivo de efetivação do direito à saúde.

Hector Cury Soares⁸⁹⁰

A despeito da admissibilidade dos custos dos direitos, percebe-se que há uma resistência no Supremo Tribunal Federal em admitir a plausibilidade desse argumento como forma direta na decisão. Dentro das decisões do STF, encontramos aquelas em que o custo do direito é refutado como argumento, e aquelas em que o custo do direito é ponderado, mas não é relevante para decisão.

Com base nisso, tentaremos compreender o porquê de tamanha resistência do Supremo Tribunal Federal, em grande parte de suas decisões, ao óbvio: os direitos geram custos que devem ser ponderados na decisão. Essa posição gera um descompasso entre a teoria dos direitos fundamentais e a hermenêutica constitucional, além do impacto orçamentário⁸⁹¹.

A argumentação até aqui esboçada deixa claro que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde recebe inegável tratamento de direito social e fundamental,

⁸⁸⁸ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 694.

⁸⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. 2011, p. 14.

⁸⁹⁰ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 31.

⁸⁹¹ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p.31.

constitucionalmente tutelado, posto que, os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais⁸⁹².

Narra Jaqueline Santa Brígida Sena e Wilson Levy⁸⁹³ que de acordo com o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal já deixou assentada a possibilidade de o Judiciário determinar, ao Poder Público, o fornecimento de medicamento ou tratamento médico sem que isso constitua violação ao princípio da separação dos Poderes.

Flávio Quinaud Pedron e João Carneiro Duarte Neto⁸⁹⁴ identificam que um novo marco histórico-social para o Judiciário foi vivenciado a partir da Emenda Constitucional no 45/2004, com a implantação de várias inovações, que repercutiram diretamente na atuação de todos os magistrados do Brasil, dentre estes destacamos a criação do Conselho Nacional de Justiça, fruto da preocupação com a transparência do Judiciário, com a celeridade e a qualidade das decisões, acesso à justiça e direitos fundamentais.

Esse estudo revela a divergências de posicionamentos por parte dos Ministros do Supremo Tribunal e os estudiosos do direito brasileiro. Corroborando com essa análise recorreremos à pesquisa realizada por Hector Cury Soares⁸⁹⁵ com o propósito de realizar uma comparação utilizando-se da doutrina e a jurisprudência do STF, no que se referem ao direito à saúde. Concluiu o referido autor que existe contradição entre elas, pontificando que:

A doutrina entende que o custo de direitos é um elemento a ser considerado na teoria dos direitos fundamentais, enquanto as decisões do STF o desprezam. A corte suprema adota uma postura maximalista, que se apresenta tanto na variável em que o custo é desconsiderado, quanto na variável em que ele é ponderado, porém, não o suficiente para negar o pedido. Nesse sentido, as ações judiciais relacionadas ao tema impactam no orçamento público. Alerta para a ocorrência do efeito multiplicador e defende ser necessário encarar o direito à saúde a partir da ótica constitucional e, assim, evitar que as

⁸⁹² SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional/ (organizadores) Juarez Freitas, Anderson V. Teixeira. – Barueri, SP: Manole, 2012, p. 40.

⁸⁹³ SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional/ (organizadores) Juarez Freitas, Anderson V. Teixeira. – Barueri, SP: Manole, 2012, p. 40.

⁸⁹⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa. 2018, p.104.

⁸⁹⁵ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p.45.

múltiplas ações inviabilizem a efetividade do mínimo vital do direito à saúde.

Uadi Lammêgo Bulos⁸⁹⁶ entende que os encargos dos poderes públicos, com base no Recurso Extraordinário 195.192 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgamento em 31 de março de 2000, determina que incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Às decisões do STF, as quais têm servido de guia aos demais tribunais pelo Brasil, percebemos duas posições que merecem ser expostas:

Uma posição maximalista sem ponderação de custos e uma posição maximalista com ponderação de custos. Em ambas, como examinaremos, o elemento custo do direito apresenta-se apenas na esfera argumentativa, ainda longe de ser decisivo no deferimento ou indeferimento de uma demanda judicial⁸⁹⁷.

A teoria maximalista, sem ponderação de custos, pode ser vislumbrada no Recurso Extraordinário nº. 665764 em que a demanda era pela realização de exames cujo repasse de recursos não fora realizado em virtude do atingimento do teto orçamentário, ignora a questão orçamentária ao dizer que:

Não há ofensa ao princípio da separação dos poderes ou em intervenção do Judiciário no mérito administrativo, oportunidade e conveniência. Alega que o Judiciário apenas exige o cumprimento de políticas estabelecidas constitucionalmente.

Em todos os julgamentos apresentados observamos que o argumento relativo ao custo do direito prestacional à saúde é desconsiderado. No Brasil, é posta como verdadeira a assertiva jurisprudencial de que o fornecimento de medicamento, enquanto direito à saúde, não pode ser contrastado com questões menores, tais como o orçamento⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 406.

⁸⁹⁷ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 35.

⁸⁹⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há dir. acima dos orçamentos? SARLET, Ingo; 2013, p. 79.

Robert Alexy⁸⁹⁹ entende que o direito à saúde, defendido nesses julgamentos, apresenta-se como um direito subjetivo definitivo vinculante em duas posições, a de ignorar o argumento relativo aos custos e a de refutar sua análise.

Nesse sentido, Hector Cury Soares⁹⁰⁰ pondera que a posição maximalista sem ponderação de custos sustenta-se na ideia de que, na esfera argumentativa, o peso do princípio da dignidade pessoa humana é absoluto em relação a quaisquer outros argumentos, ainda que estes também possam ter relevância constitucional.

Em manifesto sobre a teoria maximalista sem ponderação de custos, Gustavo Amaral⁹⁰¹ acrescenta que:

Esta pode ser considerada a posição tradicional na relação entre justiciabilidade do direito prestacional à saúde e a questão do custo. Ela se aproxima da ideia de que, quando a saúde e a vida estão em pauta, pode-se considerar qualquer referência ao custo como sendo repugnante ou até mesmo imoral⁹⁰².

A moderna doutrina constitucionalista refuta esta possibilidade, afirmando de forma peremptória que todas as normas e princípios da Constituição têm o caráter de comando, de mandamento, de determinação, gozando, assim, de imperatividade, de eficácia jurídica, impondo-se aos seus destinatários e regulando as relações jurídicas que formam seu objeto⁹⁰³.

Hector Cury Soares⁹⁰⁴ menciona que grande parte das decisões do STF sobre essa temática, baseiam-se em posições adotadas pelo ministro Celso de Mello, na quais ele faz uma forte digressão na literatura dos direitos fundamentais, mormente abordando a temática da aplicabilidade imediata, inclusive com passagens acerca da obra de Holmes e Sunstein.

Pondera ainda o referido autor que as decisões inspiradas nos votos do ministro Celso de Mello, na prática, estão consolidadas no princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo caráter totêmico e insuperável por quaisquer argumentos que porventura possam ser adotados no sentido de realizar uma ponderação⁹⁰⁵.

⁸⁹⁹ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradutor: Luís Afonso Heck. 2006, p. 445.

⁹⁰⁰ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p.39.

⁹⁰¹ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, cit., p. 136

⁹⁰² SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 35.

⁹⁰³ SYLVIO, Motta. Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões. Método, 2021, p. 88.

⁹⁰⁴ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p.25.

⁹⁰⁵ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 39.

Como efeito prático dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Segurança N. 4304, em que o ministro Cezar Peluso mantém o fornecimento do medicamento Solaris e aduz que o custo por si só não é suficiente para o indeferimento. Neste caso, o medicamento tinha o custo de R\$ 1,8 milhão por ano e não continha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa⁹⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, encontramos esse posicionamento defendido pela Ministra Carmém Lúcia, relatora no Recurso Extraordinário N° 71324127 que versava sobre o fornecimento de alimento especial à criança carente. Nesse recurso a ministra referenciada diz existir uma primazia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Independentemente do custo, o judiciário apenas assegura – ao deferir o pleito – direitos e garantias fundamentais do cidadão, que são pressupostos constitucionalmente.

Conclui-se então que a posição maximalista sem ponderação de custos sustenta-se na ideia de que, na esfera argumentativa, o peso do princípio da dignidade pessoa humana é absoluto em relação a quaisquer outros argumentos, ainda que estes também possam ter relevância constitucional.

Quanto a posição maximalista com ponderação de custos, este é o posicionamento de Soares⁹⁰⁷

Se, de um lado, há a posição maximalista sem ponderação de custos, de outro lado há a posição no STF que considera e pondera a existência do custo do direito prestacional à saúde. Essa posição irá, inclusive, salientar a importância das limitações orçamentárias como um elemento a ser considerado; entretanto, o custo do direito, nessas decisões, é um argumento fraco, sobrepondo-se à dicção irrestrita dos artigos 6º31 e 196 da CF/88.

Exemplo disso passou a ser a posição adotada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, em votos de sua lavra após a Audiência Pública n. 4, passou a estabelecer critérios objetivos para o deferimento ou não. Critérios que passaram, desde então, a ser reproduzidos em decisões que versassem acerca do direito prestacional à saúde e do fornecimento de medicamentos/tratamento.

⁹⁰⁶ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 39.

⁹⁰⁷ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 32.

Nesse sentido, na Suspensão de Tutela Antecipada n. 316, o então presidente, ministro Gilmar Mendes, pondera que o Estado está desobrigado a fornecer medicamentos/tratamentos:

- a) Cujos efeitos, senão idênticos, mas parecidos, possam ser obtidos com os remédios oferecidos gratuitamente;
- b) Que não geram efeitos benéficos comprovados pela ciência, vale dizer, medicamentos ainda não aprovados pela ANVISA, ou que são inadequados para o caso do paciente postulante;
- c) Cujos custos possam ser reduzidos mediante o fornecimento de medicamentos mais baratos, com os mesmos efeitos;
- d) Experimentais;
- e) Cujos custos sejam desproporcionais aos benefícios que promove; f) para fins puramente estéticos;
- f) A pacientes que não tenham se submetido aos tratamentos previstos pelo SUS e que têm indicação médica para o caso.

Hector Cury Soares⁹⁰⁸, apresenta que outro argumento pode ser verificado no Recurso Extraordinário n. 642536, julgado pela Primeira Turma e no qual o relator, ministro Luiz Fux, traz à tona a questão ligada ao custo do direito prestacional à saúde.

Nesse contexto, os valores financeiros para efetivação desse direito, aparece como forma de justificar a intervenção. Isso porque a teoria dos custos dos direitos levaria a doutrina a defender o caráter programático dos direitos sociais, conforme exarado no voto:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen). A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

No mesmo sentido, em voto no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175, o ministro Celso de Mello aduz que não se ignora que a realização

⁹⁰⁸ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 02

dos direitos sociais depende de vínculo financeiro e gradualidade, deve-se exigir o razoável do Estado⁹⁰⁹.

Não pode o Poder Público criar obstáculo artificial que inviabilize a efetividade dos direitos prestacionais. A reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para eximir-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 essencial de fundamentalidade.

Nesse sentido, desperta atenção a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 45, de relatoria do ministro Celso de Mello, decisão amplamente divulgada e que é lugar comum em termos de aplicabilidade/exigibilidade de direitos sociais prestacionais:

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina, nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

O que se pode observar é que o Supremo Tribunal Federal, diante das suas manifestações em relação a judicialização do direito social à saúde, tem-se manifestado com um segundo posicionamento apresentando o direito prestacional à saúde como um direito subjetivo *prima facie*, com a tendência a deferir os pedidos que se baseiem na aplicação dos artigos 6º e 196 da CF/88 embasando suas decisões

⁹⁰⁹ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 42.

nas relações dos custos necessários para efetivação desse direito e ainda como um argumento fraco, que ou é insuficiente, ou reforça (legítima) a posição maximalista⁹¹⁰.

Hector Cury Soares⁹¹¹ esclarece que na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o relator Celso de Mello, coloca de lado o custo dos direitos prestacionais em prol de sua aplicabilidade imediata, voltada a assegurar o mínimo em termos de prestações. Contudo, não fica claro, ao ignorar em sua arguição os aspectos orçamentários, quais elementos devem ser utilizados para determinar o mínimo.

Assim, é possível identificar inúmeras decisões da Corte Suprema que reconhece a aplicabilidade imediata do direito social a saúde com o propósito de assegurar um mínimo existencial diante das omissões legislativas na identificação desse direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro⁹¹².

6.1 Análise do Artigo 196 no Supremo Tribunal Federal

Analisaremos neste tópico as normas inseridas no texto da Constituição Federal em seu Artigo 196 que determina ser o direito à saúde uma garantia fundamental e um direito social, determinando ainda ser um dever dos Estados de garantir o seu acesso de forma universal e igualitária a todos de forma isonômica. Nesse contexto faremos uma análise jurídica deste artigo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração as decisões proferidas pelos membros da suprema corte.

Inicialmente, em 2007, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91 do Estado de Alagoas, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem da população.

Posteriormente, em 2010, o Ministro Gilmar Mendes, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco⁹¹³ pondera que as políticas visam o acesso universal e igualitário: Uma vez que o constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

⁹¹⁰ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário 2015, p. 37.

⁹¹¹ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 02

⁹¹² SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. R. Direito Sanitário. 2015, p. 37.

⁹¹³ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 03.03.2010, p. 20

A Ministra Ellen Gracie⁹¹⁴ pondera que, proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurados pela própria Constituição da República. Fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se, ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Corroborando com essa ideia sobre o papel do Estado na efetivação do direito social a saúde, a Ministra Ellen Gracie⁹¹⁵ pontifica que:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Ao defender o direito a saúde, a Ministra Ellen Gracie⁹¹⁶ exemplifica que por inúmeras vezes tem proferido decisões na Suprema Corte, em plena harmonia com esse entendimento de fazer prevalecer, o preceito fundamental à vida, uma vez que o direito à saúde representa um indissociável consectário.

Em 2013, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 do Estado do Amazonas, o Ministro Relator Celso de Mello⁹¹⁷ afirma que mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da

⁹¹⁴ Ministra Ellen Gracie. Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 13.04.2010, p. 117.

⁹¹⁵ Ministra Ellen Gracie. Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará, Supremo Tribunal Federal. Julgado: 17.03.2010, p. 122.

⁹¹⁶ Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará, Supremo Tribunal Federal. Ministra Ellen Gracie. Julgado: 17.03.2010, p. 120.

⁹¹⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 13.

separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Em 2014, o Ministro Celso de Mello ⁹¹⁸ pontifica que:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Com efeito, a discussão sobre a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante⁹¹⁹.

Ainda mais enfático, o Ministro Celso de Mello⁹²⁰ considera que na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A partir dos discursos apresentados evidencia-se, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico

⁹¹⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 02.12.2014, p. 13.

⁹¹⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 02.12.2014, p. 15.

⁹¹⁹ Min. Relator Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Jugado: 02.12.2014, p. 4.

⁹²⁰ Min. Relator Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Jugado: 02.12.2014, p. 12.

constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar⁹²¹.

Em 2015 o Ministro Luiz Fux se manifestando no Recurso Extraordinário 581.488 do Estado do Rio Grande do Sul⁹²² entende que o direito à saúde é uma garantia constitucional, independentemente de contraprestação pecuniária, estando dissociada da ideia do sistema de seguro, sua prestação há de ser efetivada de forma universal e igualitária a todos os indivíduos do território nacional.

Em voto proferido nesse recurso, o Ministro Relator Dias Toffoli⁹²³, menciona que, a Constituição Federal traçou, de forma detalhada, as funções do Estado, para que se garanta a efetivação do direito à saúde, pode ser verificada a partir de 4 objetivos propostos pelo constituinte brasileiro, conforme descrevemos:

1. Estabelecer as diretrizes básicas da política de saúde a serem adotadas (Art. 198 da CF);
2. Atribuir a lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde (Art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da CF);
3. Determinar que a regulação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei (art. 197 da CF);
4. Estabelecer como dever do Estado prestar serviços públicos de saúde, diretamente, ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada (Arts. 197 e 199, § 1º, da CF).

Em momento seguinte, o Ministro Dias Toffoli⁹²⁴ considera que após 1988, a assistência à saúde passou a ser tida como direito de todos e dever do Estado, incluindo-se em um sistema de seguridade social caracterizado pela desnecessidade de custeio ou contraprestação individual.

⁹²¹ Min. Relator Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 02.12.2014, p. 13,

⁹²² Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 62.

⁹²³ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 14.

⁹²⁴ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 17.

Concluindo Ministro Dias Toffoli⁹²⁵, que o legislador constituinte estabeleceu expressamente que o atendimento público de saúde brasileiro deve pautar-se não só pela universalidade e pela integralidade do serviço, mas também pela equidade.

Dentro desta ótica, o Ministro Teori Zavascki⁹²⁶ se manifesta com o seguinte posicionamento:

Já se disse que, no tocante à política de saúde, a sua implementação não se traduz no dever de fornecer gratuita e incondicionalmente, a qualquer pessoa, independentemente da sua condição, todo e qualquer serviço ou prestação médica, ou farmacêutica, mas sim os considerados mais adequados do ponto de vista técnico, social e de saúde pública, que sejam compatíveis com a força da nação e que permitam acesso universal e igualitário. Bem se vê, portanto, que a concretização dessa política não é uma questão singela, já que supõe, necessariamente, juízos científicos e políticos, com formulação de escolhas, que importam inclusões e exclusões.

Em 2019, a Ministra Rosa Weber⁹²⁷ ratifica esse entendimento da corte suprema ao considerar que o art. 196 traduz verdadeiro vetor de aferição da legitimidade constitucional não apenas das políticas sociais, mas das próprias políticas econômicas adotadas pelo Estado brasileiro. Dessa forma, a Constituição impõe a promoção da saúde e a universalização do seu acesso como critério normativo de validade dessas políticas.

Em 2021 o Ministro Luiz Fux, se manifestando como Presidente do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 803 MC do Estado de São Paulo⁹²⁸ em análise ao direito constitucional a saúde destacou o artigo 196 da Constituição Federal, que consagra o direito à saúde, como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados tratamentos eficazes, capazes de lhes garantir maior dignidade e menor sofrimento. Pontificando da seguinte forma:

Na complexa ponderação entre, de um lado, os importantes argumentos de ordem financeira, e, de outro, a concretização do

⁹²⁵ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 17.

⁹²⁶ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 56.

⁹²⁷ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio Julgado: 11.09.2019, p. 110

⁹²⁸ Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 803 MC do Estado de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgado: 17.07.2021.

direito de acesso à saúde, não se pode desconsiderar a relevância do direito à vida, para cuja garantia devem todos os cidadãos ser incentivados a cooperar.

Corroborando com essa ideia, Ministro Luiz Fux⁹²⁹, afirma que

Ademais, não se deve olvidar que a ordem constitucional vigente, em seu artigo 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados tratamentos eficazes, capazes de lhes garantir maior dignidade e menor sofrimento. Deveras, na complexa ponderação entre, de um lado, os importantes argumentos de ordem financeira, e, de outro, a concretização do direito de acesso à saúde, não se pode desconsiderar a relevância do direito à vida, para cuja garantia devem todos os cidadãos ser incentivados a cooperar. Eis a máxima da justiça social preconizada pela Constituição de 1988, calcada nos valores de solidariedade tão caros à sociedade brasileira.

Em setembro de 2022, na Reclamação Constitucional 51090 do Estado do Espírito Santo⁹³⁰ o Ministro Edson Fachin, faz referência ao estatuído no art. 196 da CRFB/1988, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em face dessa contingência, Ministro Edson Fachin⁹³¹ ratifica que a concretização do direito à saúde, por óbvio, perpassa pela devida, suficiente e correta aplicação de recursos públicos. A questão, muitas vezes complexa, ganha contornos mais dramáticos, a ensejar uma atuação mais firme do Poder Judiciário em situações limítrofes de vida ou morte.

Se deve olvidar que a ordem constitucional vigente, em seu artigo 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados tratamentos eficazes, capazes de lhes garantir maior dignidade e menor sofrimento. Deveras, na complexa ponderação entre, de um lado, os importantes argumentos de ordem financeira, e, de outro, a concretização do direito de acesso à saúde, não se pode desconsiderar a relevância do direito à vida, para cuja garantia devem todos os cidadãos ser incentivados a cooperar. Eis a máxima da justiça

⁹²⁹ Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 803 MC do Estado de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgado: 17.07.2021.

⁹³⁰ Reclamação 51090 ES. Supremo Tribunal Federal. Min. Pre. Edson Fachin. Julgado: 16.09.2022.

⁹³¹ Reclamação 51090 ES. Supremo Tribunal Federal. Min. Pre. Edson Fachin. Julgado: 16.09.2022.

social preconizada pela Constituição de 1988, calcada nos valores de solidariedade tão caros à sociedade brasileira⁹³².

A partir da análise deste núcleo de pensamento, constata-se que a implementação de políticas de saúde pública compete ao Poder Executivo, através de seus governantes eleitos, que, de acordo com sua dotação orçamentária, irão decidir acerca das medidas a serem adotadas no tratamento mais adequado a ser dispensado àqueles que recorrem à rede de saúde pública.

Recentemente, em maio de 2023, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.399.165 do Estado do Paraná⁹³³, o Ministro Edson Fachin reconheceu que o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República, especialmente, o direito à vida⁹³⁴, justifica a manutenção dos efeitos da antecipação de tutela, porquanto, inexistente risco de lesão à ordem e à economia pública e julgado procedentes reclamações para restabelecer os efeitos dos acórdãos que obrigavam a União a fornecer o fármaco requerido.

6.2 Audiência Pública N. 04 no Supremo Tribunal Federal

As questões pertinentes a judicialização da saúde no Brasil tomou proporções com número exorbitante de ações judiciais requerendo determinado tratamento médico ou a disponibilização de medicamento pelo Sistema Único de Saúde, sendo necessário promover um debate com vários setores da sociedade com o propósito de encontrar soluções para as demandas judiciais no propósito de atender o mandamento constitucional da prestação de serviço à saúde a todos como forma de proporcionar dignidade aos brasileiros.

Nesse contexto, as audiências públicas⁹³⁵ realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, podem ser entendidas como um instrumento que possibilita um diálogo entre

⁹³² Reclamação 51090 ES. Supremo Tribunal Federal. Min. Pre. Edson Fachin. Julgado: 16.09.2022.

⁹³³ Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.399.165 Paraná. Supremo Tribunal Federal. Min Relator Edson Fachin. Julgamento em 03 de maio de 2023

⁹³⁴ Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Interposição em 28.11.2022. Criança portadora de amiotrofia muscular espinhal tipo 1 - ame doença grave. Terapia zolgensma. Registrado na ANVISA, mas disponibilizado somente para crianças de até dois anos de idade. Medicamento de Alto Custo. O STF tem reconhecido, ainda, a sua eficácia e importância no tratamento da doença também em relação às crianças acima de 2 (dois) anos de idade, não sendo este um obstáculo ao fornecimento do medicamento Zolgensma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.399.165 Paraná. Supremo Tribunal Federal. Min Relator Edson Fachin. Julgamento em 03 de maio de 2023.

⁹³⁵ As audiências públicas envolvendo o direito à saúde convocadas até a contemporaneidade pelo STF foram para: a) o julgamento de diferentes ações do controle difuso em que se debatia sobre a

a autoridade e a sociedade que conhece as especificidades do caso por ser um expert na área ou por situar-se na condição de sujeito direito ou indireto dos efeitos da decisão⁹³⁶.

Nesse contexto, o Ministro Luís Roberto Barroso⁹³⁷ menciona que o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública⁹³⁸ sobre o tema, nos dias 27 a 29 de abril e nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009, convocada pelo Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, na qual se confirmou a complexidade das questões técnicas envolvidas e as possíveis implicações sistêmicas das decisões tomadas em casos individuais⁹³⁹.

O aumento da judicialização da saúde provocou a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal, com o propósito de promover um debate sobre a efetividade do direito social a saúde no Brasil, analisando questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.

Pondera Nathalia Masson⁹⁴⁰ que a realização dessa audiência representa um passo interessante em que o Judiciário, no intuito de reunir mais informações sobre o tema. Considerando a autora que provavelmente umas das mais autênticas e proveitosas já realizadas pela Cortes, dada a existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde.

judicialização do direito à saúde, cuja audiência ocorreu em 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 7 de maio de 2009; b) o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.037 e 5.035, que envolvia o Programa “Mais Médicos”, cuja audiência pública ocorreu em 25 e 26 de novembro de 2013; e, c) o julgamento do Recurso Extraordinário nº 581.488, em que se debatia sobre a internação hospitalar com diferença de classe no SUS, cuja audiência pública ocorreu em 26 de maio de 2014. SOUZA, Bruna Caroline Lima de. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Audiência pública sobre judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal: Uma análise à luz dos direitos da personalidade e da democracia participativa. 1º Enc. Científico de Alunos e Egressos do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas

⁹³⁶ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma nova forma de participação? Revista Novos Estudos Jurídicos. 2014, p. 338.

⁹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 279.

⁹³⁸ Disponível: <https://www.stf.jus.br/portal/cros/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>

⁹³⁹ No despacho de convocação da audiência de 5 de março de 2009, o então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, expressa as razões que motivaram sua convocação: Considerando os diversos pedidos [...] em trâmite no STF, os quais objetivam suspender medidas que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS [...]; Considerando que tais decisões suscitem inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; e Considerando a repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas. MACHADO, Teresa Robichez de CARVALHO. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Rev. Bioética. 2014, p. 03

⁹⁴⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 433.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.⁹⁴¹

As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força dos seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos.

Nesse sentido, Teresa Robichez de Carvalho Machado⁹⁴² pondera que o debate livre e participativo dos diversos setores envolvidos – médicos, gestores públicos, acadêmicos e usuários do Sistema Único de Saúde, permite que entendimentos diferentes, muitas vezes conflitantes, sejam defendidos e analisados no intuito de possibilitar reflexão conjunta sobre determinado tema, conferindo transparência e legitimidade.

Quanto aos habilitados a terem participação na audiência convocada pelo supremo Bruna Caroline Lima de Souza e Dirceu Pereira Siqueira⁹⁴³ esclarece que:

Na relação de habilitados para participar da audiência encontravam-se uma pluralidade de representantes de órgãos, comissões, institutos e figuras públicas, em especial, atrelados a alguma área da saúde, porém observa-se a ausência de cidadãos comuns e até mesmo poucos de algum setor da sociedade organizada, o que denota-se que não houve a participação de uma pluralidade de cidadãos que pudessem representar o interesse da sociedade em geral ou que demonstrassem a realidade social sobre a situação vigente da Saúde Pública numa perspectiva de usuários desse sistema, mas sim uma prevalência de autoridades técnicas no assunto, ponto este que merece crítica em uma perspectiva de ampliação do direito à participação e da democracia participativa.

De acordo com Nathalia Masson⁹⁴⁴ durante a audiência pública, no Supremo Tribunal Federal, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores

⁹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 930.

⁹⁴² MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Revista. Bioética. 2014, p. 03

⁹⁴³ SOUZA, Bruna Caroline Lima de. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Audiência pública sobre Judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal: Uma análise à luz dos direitos da personalidade e da democracia participativa. Anais Eletrônico. 1º Encontro Científico de Alunos e Egressos do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas.

⁹⁴⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 36.

públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

A justificativa para a realização de audiência específica sobre serviço em saúde, pode ser verificada nas palavras do Ministro Gilmar Mendes.

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, critérios considerados para tanto⁹⁴⁵.

Observa Uadi Lammêgo Bulos⁹⁴⁶ que foi a primeira vez que o Supremo utilizou subsídios de audiência para fixar orientações sobre questão controvertida. Apresentando as considerações apresentada pelo relator da conferência, conforme apresentamos.

Concluiu o Relator, é necessário se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, para se estabelecer critérios de decisão. Rara tanto, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada. E, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos⁹⁴⁷ não se pode impedir que o poder judiciário, ou a própria Administração, decida que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso, inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Em 20 de novembro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça constitui um grupo de trabalho, através da Portaria 650/2009, com a finalidade de elaborar

⁹⁴⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. JusPodivm, 2022, p. 21.

⁹⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1381.

⁹⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 406.

estudos específicos sobre a judicialização da saúde e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Nathalia Masson⁹⁴⁸ referência o posicionamento do Presidente do Supremo Tribunal Federal à época da conferência o Min. Gilmar Mendes⁹⁴⁹.

O evento teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde, em suas várias vertentes. O objetivo específico foi esclareceras questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde e o SUS.

Em síntese, um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde no Brasil, evidencia que o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes⁹⁵⁰.

Nas palavras de Jaqueline Santa Brígida Sena e Wilson Levy⁹⁵¹ segundo o Ministro, Gilmar Mendes, outro entendimento decorrente da audiência foi surpreendente e aponta para a necessidade de um “redimensionamento” da questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque se constatou que, “na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas”.

Nesse sentido, o Judiciário não estaria se imiscuindo em assuntos de ampla discricionariedade administrativa, mas, ao contrário, limitando-se a ordenar o cumprimento de políticas públicas já existentes, porém, desrespeitadas.

⁹⁴⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 36.

⁹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2015, p. 674.

⁹⁵⁰ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.03.2010, p. 42.

⁹⁵¹ SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional/ (organizadores) Juarez Freitas, Anderson V. Teixeira. 2012, p. 40.

Pondera ainda os autores Jaqueline Santa Brígida Sena e Wilson Levy⁹⁵² que outro aspecto a ser considerado, e que restou evidenciado na audiência pública, é o problema da existência (o u não) de motivação para a recusa ao fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Isso porque ocorrem situações em que o SUS indefere pedidos sob a alegação de inexistirem evidências científicas suficientes para autorizar a inclusão da ação. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: ‘1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem tratamento específico para determinada patologia”.

A audiência pública foi uma experiência importante para o debate democrático a respeito do direito à saúde, com manifesta representatividade identificada pela presença de gestores públicos, profissionais da área médica, juristas, professores e usuários do SUS.

Dado o exposto, a audiência se mostrou plural em relação aos conteúdos debatidos e aos posicionamentos defendidos, permitindo que o STF tivesse várias perspectivas sobre o mesmo tema, normalmente antagônicas, viabilizando uma melhor decisão das ações que envolviam questões atinentes a judicialização da saúde, mostrando-se, neste ponto, um ato enriquecedor visto que possibilitou ao julgador uma melhor compreensão sobre o contexto da saúde pública vivenciada à época, bem como das diversas defesas, argumentos e propostas tecidas pelos participantes, permitindo que decisões judiciais mais aperfeiçoadas pudessem ser proferidas⁹⁵³.

Em vista dos argumentos apresentados observamos que como resultado da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal para debater assuntos relacionados aos serviços públicos de saúde ficou estabelecido alguns parâmetros relacionados a dispensação de medicamento por parte do SUS, alocação de recursos financeiros pelos entes federativos para auxiliar na prestação de serviço da Saúde, ressaltando a função integrativa entre os três poderes uma vez que essa conexão

⁹⁵² SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional/ (organizadores) Juarez Freitas, Anderson V. Teixeira. 2012, p. 41.

⁹⁵³ SOUZA, Bruna Caroline Lima de. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Audiência pública sobre Judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal: Uma análise à luz dos direitos da personalidade e da democracia participativa. Anais Eletrônico – 1º Encontro Científico de Alunos e Egressos do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas.

entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário é primordial para uma correta, aplicação e proteção ao direito à saúde disponibilizados os brasileiros.

6.3 Proposições do Supremo Tribunal Federal sobre Sistema Único de Saúde

Neste tópico apresentaremos diversas proposições mencionados pelos membros do Supremo Tribunal Federal quanto ao Sistema Único de Saúde brasileiro, construindo um olhar introspectivo sobre o sistema responsável pela efetivação do direito social à saúde em conformidade qual a Constituição Federal.

Inicialmente recorremos ao disposto pelo Ministro Gilmar Mendes, consubstanciado no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco,⁹⁵⁴ julgado em 13 de março de 2010, menciona que:

O fato de o Sistema único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. Compreendendo que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Em 17 de março de 2010, referenciando sobre o Sistema Único de Saúde, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Estado do Ceará, o Ministro Gilmar Mendes⁹⁵⁵ acrescenta ainda que:

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização, político administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade na sua totalidade indivisível e integrante de uma comunidade, a exigir que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formem, também, um todo indivisível, atendendo os casos e observando os diversos graus de complexidade de forma integral pelas unidades prestadoras de serviços de saúde, o que impede que sejam eles seccionados.

⁹⁵⁴ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.04.2010, p. 17

⁹⁵⁵ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Relator Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 17.03.2010, p.18

Em dezembro de 2015, o Ministro Dias Toffoli quando da relatoria do Recurso Extraordinário 581.488 do Estado do Rio Grande do Sul⁹⁵⁶, de forma especial, faz referência a José Carlos Seixas⁹⁵⁷, um dos idealizadores do Sistema Único de Saúde que atuou ativamente em sua construção e consolidação, bem expõe o espírito que permeou esse movimento de renovação:

E foram todos estes segmentos sociais, com a agregação de milhões de pessoas das comunidades (mas que nunca configuraram uma maioria absoluta de toda população) é que se tornou possível uma ruptura radical, no âmbito da cultura brasileira em saúde, determinando, na Constituinte de 1988, a institucionalização da saúde, mais do que como valor, como um 'Direito', e um 'Direito Social' (diferença está que só tem sentido e pode redundar em mudanças significantes em um Estado Democrático de Direito) perfeitamente explicitado quanto ao campo das necessidades de saúde a serem atendidas: necessidades de promoção, de proteção específica, de diagnóstico e pronto tratamento de enfermidades ou doenças, de limitação de incapacidades, e de readaptação de incapacidades permanentes. Necessidades de saúde-doença necessidades de promoção, de proteção específica, de diagnóstico e pronto tratamento de enfermidades ou doenças, de limitação de incapacidades, e de readaptação de incapacidades permanentes. Necessidades de saúde-doença de seres de seres humanos, portanto, seres biológicos gregários, com necessidades de saúde física, psíquica e social. Ficou, assim, configurado o primeiro postulado ético do Direito à Saúde – o direito ao atendimento integral – o direito à integridade da assistência e das demais atividades ambientais da Atenção do Setor Saúde. Humanos, portanto, seres biológicos gregários, com necessidades de saúde física, psíquica e social. Ficou, assim, configurado o primeiro postulado ético do Direito à Saúde – o direito ao atendimento integral – o direito à integridade da assistência e das demais atividades ambientais da atenção do setor saúde.

Pondera o Ministro Dias Toffoli⁹⁵⁸, em continuidade, que o SUS, conforme indica sua nomenclatura, consiste em um verdadeiro sistema nacional de saúde baseado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade, pontuando que:

Universalidade, como garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da federação. *Equidade*, a assegurar que serviços

⁹⁵⁶ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado em 03 de dezembro de 2015, p. 16.

⁹⁵⁷ SEIXAS, José Carlos. SUS, vinte anos: um pouco do antes, para maior sucesso no a seguir. Boletim do Instituto de Saúde. Edição Especial de 20 anos do SUS. São Paulo, p. 8, out. 2008.

⁹⁵⁸ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli. Julgado: 03.12.2015, p. 16.

de todos os níveis sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica nas situações similares. *Integralidade*, reconhecendo-se, na prática cotidiana, que cada indivíduo seja considerado.

No mesmo Recurso Extraordinário, o Ministro Edson Fachin⁹⁵⁹ acrescenta que a Constituição de 1988 representou verdadeira revolução nesse paradigma, ao inaugurar o Sistema Único de Saúde, cujo acesso é universal, sendo desnecessária a condição de contribuinte para que o paciente tenha direito a atendimento médico-hospitalar por um sistema público, custeado pela integralidade dos cidadãos, por meio do pagamento de tributos.

O direito social à saúde é regulamentado pelos artigos 196 a 200 da Constituição, restando evidente que o SUS, nos termos do art. 196 do texto constitucional, tem como característica primordial o acesso universal e igualitário de todos os cidadãos no território nacional. Recurso Extraordinário 2015- 581.488 Rio Grande do Sul⁹⁶⁰.

Quanto a fundamentalidade do direito à saúde, em 2019, o Ministro Ricardo Lewandowski na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129⁹⁶¹ referenciando, autores como Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élica Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, que sustentam que os financiamentos dos direitos à saúde à educação são mínimos inegociáveis:

Há um aprendizado histórico digno de nota na vivência da Constituição de 1988 pela sociedade brasileira: a prioridade do nosso pacto fundante reside na promoção democrática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, garantes de uma cidadania inclusiva e ativa. Justamente nesse contexto, o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional.

⁹⁵⁹ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 43

⁹⁶⁰ Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Dias Toffoli Julgado: 03.12.2015, p. 43

⁹⁶¹ Min. Relator Marco Aurélio. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 11.09.2019, p. 86.

Nesse contexto, em 2019 na Ministra Rosa Weber⁹⁶² na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.129 do Estado de Goiás, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando se manifestou, a Ministra relatou que considera o direito a saúde como cláusula constitucional, pontificando da seguinte forma:

O tratamento recebido pela saúde na Constituição de 1988 diferencia-se, em relação aos regimes anteriores, porque pela primeira vez ligado à tutela da pessoa humana. Embora assumam relevo, na presente controvérsia, a sua dimensão prestacional, não se pode deixar de notar que se trata de direito textualmente relacionado entre os direitos fundamentais sociais e que sofre os influxos dos vetores hermenêuticos do pluralismo, e da dignidade da pessoa humana, consubstanciando, sem sombra de dúvida, direito fundamental também de índole individual.

Posteriormente, em 2021, Ministro Ricardo Lewandowski⁹⁶³ se manifesta na Tutela de Urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 do Distrito Federal, defendendo a ideia de que:

É dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos que se encontrem sob sua jurisdição apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade.

Recentemente, em 19 de abril de 2023, o Ministro Gilmar Mendes⁹⁶⁴ no Referendo em Tutela Provisória Incidental no Recurso Extraordinário 1.366.243 do Estado de Santa Catarina, pontifica que:

Aponte ainda que, no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS),

⁹⁶² Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.129 Goiás. Min. Relator Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 11.09.2019, p. 107

⁹⁶³ Tutela de Urgência na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756 D. Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado: 22.03.2021, p. 15.

⁹⁶⁴ Tutela Provisória Incidental no Recurso Extraordinário 1.366.243 do Estado de Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 19.04.2023, p. 18.

o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Em uma análise mais detalhada, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, com frequência tem se manifestado fazendo referência ao Sistema Único de Saúde conforme apresentamos no gráfico a seguir.

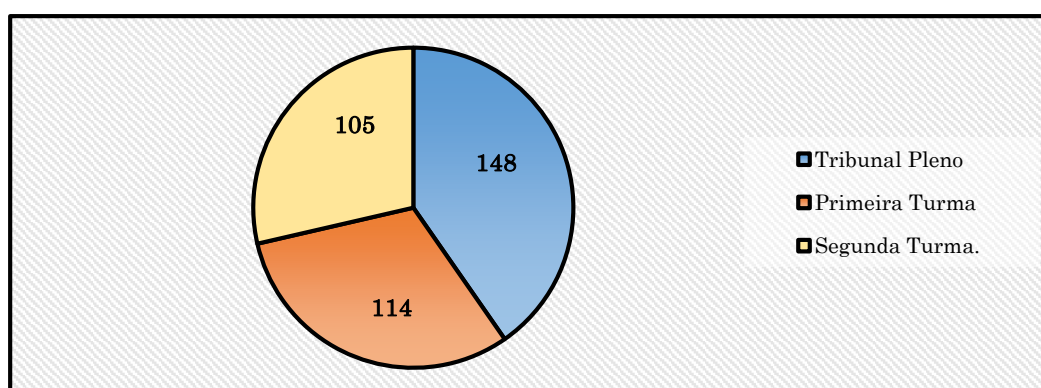


Gráfico 11. Referência ao Sistema Único de Saúde pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Evidencia-se então que o Sistema Único de Saúde está referendado em 402 acórdãos, sendo estes produzidos da seguinte forma: a maioria pelo Tribunal Pleno, totalizando 148 acórdãos, em sequência 144 acórdãos produzidos pela Primeira Turma e ainda 105 acórdãos elaborados pela Segunda Turma.

Estando inseridos ainda em 4.863 decisões monocráticas, 115 informativos e em 24 Repercussão Geral.

6.4 Diferença de Classes no SUS na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

Como Regra geral, os atendimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde deverão seguir o princípio da universalidade e da acessibilidade a todos os cidadãos brasileiros, sem nenhuma distinção. Entretanto, questiona-se a possibilidade de um tratamento diferenciado, por classes sociais e econômica, por parte do SUS, a partir da cobrança de determinados valores para que pacientes quando de sua internação possam ter suas acomodações em enfermarias diferenciadas.

Analizamos então a legalidade desse tratamento diferenciado no posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Miriam Ventura e Neide Emy Kurokawa e Silva⁹⁶⁵, ensinam que na literatura do campo da saúde pública a equidade está relacionada à cobertura dos serviços, à alocação de recursos, à distribuição e uso dos recursos, no acesso, no estado de saúde. Pontuando ainda que:

Nesse sentido, a equidade em saúde está relacionada tanto às condições de saúde como ao consumo de serviços de saúde, quanto à política e ao modelo institucional adotado. Há um relativo consenso de que este conceito deva ser orientador das políticas de saúde, e que o objetivo é sempre o de reduzir desigualdades. Assim, a equidade pode ser entendida como o produto de uma intervenção sobre situações de conflito, funcionando como um instrumento de justiça.

Entretanto, postulou-se a possibilidade de que paciente do Sistema Único de Saúde, pudesse utilizando-se de pagamento de valores financeiros por serviços de hotelaria diferenciada, ou ainda, a possibilidade de mesmo sendo paciente do sistema de saúde pública, poder ser atendido por médico de sua preferência. Esse evento passou a ser denominado pela doutrina como internação hospitalar com diferença de classe.

O termo diferença de classe⁹⁶⁶ foi cunhado para estabelecer a possibilidade de pagamento, portanto, direito destinado aos indivíduos pertencentes a uma classe economicamente mais abastada, por acesso a serviços de profissionais médicos ou hotelaria diferenciada, dentro do Sistema Público de Saúde, em detrimento daqueles que não possam custear tais valores⁹⁶⁷.

Tendo em vista as especificidades, Alethele de Oliveira Santos, Fernando Passos Cupertino de Barros, Silvia Badim Marques⁹⁶⁸, fazem a seguinte observação.

⁹⁶⁵ VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS." *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* 4.1. 2015, p. 86.

⁹⁶⁶ Há que se perceber que a diferença de classe foi permitida no Brasil numa época em que o modelo organizativo estatal para a saúde era muito diferente do atual. Esta prática mostrou-se inadequada às pretensões da sociedade brasileira, a ponto de fazer completamente, no modelo estabelecido pela CF/88. SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. *O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Dir. Sanitário*. 2015, p. 111.

⁹⁶⁷ SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. *O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanitário*. 2015, p. 106.

⁹⁶⁸ SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. *O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanitário*, 2015, p. 116.

A diferença de classe contraria os princípios constitucionais de acesso universal, integralidade e isonomia na consecução do direito à saúde. Também contraria toda a legislação sanitária – quer seja para a atuação da iniciativa pública, quer seja para a iniciativa privada. Contraria o modelo organizativo do sistema público de saúde, inspirado na solidariedade e que tem na lei, de forma expressa e inequívoca, o tratamento igualitário entre os cidadãos e a gratuidade das ações e serviços de saúde ofertados à população – o que não pode ser posto em dúvida.

Nesse contexto, as autoras Miriam Ventura e Neide Emy Kurokawa e Silva⁹⁶⁹, explicam que a prática denominada internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde de forma resumida.

Consiste na possibilidade do usuário do Sistema Único de Saúde - SUS optar por serviços diferenciados dos custeados pelo poder público, que abrange: acomodações hospitalares melhores, pagando a diferença de valores ao Hospital conveniado; contratação de médico privado para acompanhá-lo; internação hospitalar segundo avaliação e indicação de médico privado, sem que seja necessário submeter-se a triagem estabelecida pelo sistema de regulação oficial. O médico contratado pelo usuário teria autonomia plena para decidir sobre a internação, autorizando o ingresso, a alta ou a permanência no hospital, sem a necessidade de ser examinado por médico credenciado do SUS⁹⁷⁰.

Como regra, é vedado tratamento diferenciado a título de acomodação hospitalar ou escolha de médico no SUS em razão do princípio da igualdade de atendimento determinado pelo constituinte ordinário.

Nas palavras de Alethele de Oliveira Santos, Fernando Passos Cupertino de Barros e Silvia Badim Marques⁹⁷¹ verifica-se que o Tribunal Regional Federal-4 julgou a referida ação improcedente, por entender que esse tipo de pagamento, mesmo sem ônus para o Estado, confere tratamento diferenciado aos pacientes dentro do SUS, um sistema que se pretende universal e igualitário e tem como diretriz a redução das desigualdades sociais em saúde.

A controvérsia sobre sua legalidade entrou na pauta do Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, por meio do Recurso Extraordinário 581488 interposto pelo

⁹⁶⁹ VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS." 2015, p. 86.

⁹⁷⁰ VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS." 2015, p. 86.

⁹⁷¹ SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. 2015, p. 103.

CREMERS, questionando a decisão do Tribunal Regional Federal, que decidiu pela proibição da prática, e julgando que, mesmo que comprovada a não existência de ônus para o Estado, ela representa tratamento discriminatório entre os usuários de um sistema que preconiza o acesso universal e igualitário aos respectivos serviços, incorrendo em transgressão ao artigo 196 da Constituição Federal.

Em face dessa contingência, Miriam Ventura e Neide Emy Kurokawa e Silva⁹⁷² mencionam que o reconhecimento dessa prática como um direito do usuário do SUS foi requerido pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul - CREMERS, em ação civil pública interposta contra o Município de Canelas e o Estado do Rio Grande do Sul.

Como afirma Narra Lenir Santos⁹⁷³ a tese fixada na decisão do julgado que ensejou a audiência pública de iniciativa do Ministro Dias Toffoli.

Em nome do princípio da igualdade de atendimento, conforme previsto no artigo 196 da Constituição, não pode haver diferenciação quanto ao conforto e à escolha de médico no âmbito do SUS. A igualdade de atendimento é princípio do SUS, assim como o seu acesso universal. Foi negado provimento exatamente pelo fato de não poder haver no SUS tratamento desigual, conforme mencionado no item II deste trabalho com mais detalhes.

Em conformidade com Bárbara Mendonça Bertotti e Eduardo Legat Rodrigues⁹⁷⁴ o referido Recurso Extraordinário abordou o direito de acesso de paciente à internação pelo Sistema Único de Saúde, com a possibilidade de melhoria dos tipos de acomodação recebida e de atendimento por médico específico de sua confiança, responsabilizando o próprio paciente pelo pagamento da diferença correspondente.

A partir dos discursos apresentados evidencia-se neste caso que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu o referido direito, pois entendeu que o Estado se caracterizaria como auxiliar de um internamento privado, descaracterizando o objetivo do SUS⁹⁷⁵.

⁹⁷² VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS. Direito sanitário. 2015, p. 86.

⁹⁷³ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

⁹⁷⁴ BERTOTTI, Bárbara Mendonça. RODRIGUES, Eduardo Legat. A utilização da reserva do possível em matéria de direitos sociais pela jurisprudência S.T.: uma análise empírica. 2015, p. 115.

⁹⁷⁵ BERTOTTI, Bárbara Mendonça. RODRIGUES, Eduardo Legat. A utilização da reserva do possível em matéria de direitos sociais pela jurisprudência S.T.F: uma análise empírica. 2015, p. 115.

Nesse mesmo sentido, Lenir Santos⁹⁷⁶, comenta que o acórdão se refere a garantia do direito à saúde à população carente. Ao fazer tal destaque, o Supremo Tribunal Federal comete o equívoco ou ignora que no SUS o acesso é universal e igualitário, não se podendo fazer distinção alguma entre as pessoas, como a sua condição econômica, para ter atendimento. Isso tem sido recorrente em decisões judiciais.

Enfatiza ainda, Lenir Santos⁹⁷⁷, que tal decisão está em absoluta consonância com os princípios constitucionais do direito à saúde do artigo 196, quais sejam, universalidade do acesso, igualdade de atendimento e segurança sanitária, bem como com as diretrizes constitucionais do SUS, expressas no artigo 198. Decisão acertada em relação à legislação regente do SUS.

No entendimento de Alethele de Oliveira Santos, Fernando Passos Cupertino de Barros e Silvia Badim Marques⁹⁷⁸ consideradas as normas legais de acordo com a Constituição Federal de 1988, a Lei N. 8080/90 que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, a Lei Complementar n. 141/12 e os princípios que regem a Administração Pública, não foi encontrado fundamento legal que permita a admissibilidade da diferença de classe nas ações e serviços públicos de saúde.

Como afirma Nathalia Masson⁹⁷⁹ que a possibilidade de tratamento diferenciado aos usuários do sistema público de saúde no Brasil, foi objeto de audiência pública realizada em maio de 2014, coordenada pelo Ministro Dias Toffoli que, ao se pronunciar sobre o tema, afirmou que o SUS:

Deve ser pautado pelo princípio da equidade, regra que não permite exceções", destacando que a Constituição permitiu a coexistência de serviços públicos e privados de saúde, jamais "a criação de castas nos serviços de saúde públicos", o que seria um "intolerável desvio de finalidade.

Conforme Miriam Ventura e Neide Emy Kurokawa e Silva⁹⁸⁰ apresentamos um rol de autoridades, órgãos públicos que atuam na prestação de serviços públicos ou

⁹⁷⁶ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

⁹⁷⁷ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

⁹⁷⁸ SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. 2015, p. 103.

⁹⁷⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 435.

⁹⁸⁰ VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS. 2015, p. 86.

que regulam determinadas condutas na efetivação desse serviço. Podemos verificar então que:

Foram convidados a participarem desta audiência pública os demais Ministros do STF, o Presidente do Congresso Nacional, o Procurador Geral da República, o Advogado Geral da União, o Ministério Público Federal, e as partes diretamente implicadas, no caso, o Ministério da Saúde; o Conselho Nacional de Saúde (CNS); o Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); o Conselho Federal de Medicina (CFM) e Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, e à Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS), o Estado do Rio Grande do Sul, por sua Procuradoria, o Município de Canelas, por sua Procuradoria.

Sobre essa discussão, Alethele de Oliveira Santos⁹⁸¹ menciona que o objetivo da audiência pública seria proporcionar a manifestação de especialistas no tema sob julgamento, de modo a responder os seguintes questionamentos:

(I) é lícito o poder público instituir dentro do SUS co-pagamento para que determinados cidadãos, que podem arcar com estes valores, possam ter acesso diferenciado a bens e serviços de saúde?
(II) A inserção de co-pagamento é legal, de acordo com os preceitos constitucionais que regem nosso Sistema Único de Saúde? (III) ou o co-pagamento, que diferencia o acesso à saúde, feriria o princípio constitucional da igualdade e equidade de acesso ao SUS, bem como a gratuidade das prestações de saúde previstas na lei complementar 141/12 e no artigo 43 da Lei 8080/90?

Em síntese, Nathalia Masson⁹⁸² apresenta a tese fixada como resultado desse debate, como passamos a descrever:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

A partir dos discursos apresentados evidencia-se de acordo com Nathalia Masson⁹⁸³ que o Supremo considerou que a possibilidade de um paciente do SUS pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua

⁹⁸¹ SANTOS, Alethele de Oliveira. Decisão judicial em saúde comentada. 2015, p. 164

⁹⁸² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. JusPodivm, 2022, p. 435.

⁹⁸³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10^a. JusPodivm, 2022, p. 435.

preferência viola frontalmente o art. 196, CF/88, que garante a todos os cidadãos um acesso que é universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Alethele de Oliveira Santos, Fernando Passos Cupertino de Barros, Silvia Badim Marques⁹⁸⁴ essa admissibilidade oferece ao SUS riscos de enfraquecimento ainda maiores, além de confrontar os anseios sociais por serviços públicos de qualidade. Neste ponto cabe reconhecer que o SUS tem problemas estruturais a serem enfrentados e neste caso, o nó górdio refere má remuneração dos serviços profissionais e dos estabelecimentos hospitalares.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, constata-se, conforme posicionamento de Miriam Ventura e Neide Emy Kurokawa e Silva⁹⁸⁵ que os participantes dessa audiência pública, desenvolveram, basicamente, duas linhas argumentativas. Uma favorável e ancorada na legalidade da prática, que defende que está constitui uma modalidade de complementação do valor de serviços e/ou de contratação de médico privado durante a internação no SUS, são legais à vista do previsto no parágrafo 1.º do art. 199 CF, que admite a complementariedade da participação do setor privado. A esse argumento indaga-se sobre o esgarçamento do entendimento sobre complementariedade, posto que se refere a instituições e não a serviços pontuais, não submetidos às diretrizes do SUS.

O voto do relator Ministro Dias Toffoli apresentou breve histórico da alteração do direito à saúde em âmbito nacional, a conformação do SUS, seus princípios e constatou existir ‘incompatibilidade entre as missões e as diretrizes do antigo INAMPS e as do atual SUS’, cujas linhas de atuação estão expressas em legislação ordinária⁹⁸⁶.

Estabeleceu que aos que pretenderem atendimento personalizado, a própria CF permitiu a atuação do sistema privado na saúde, na forma suplementar, cabendo aos que se interessarem por médicos de sua escolha ou hotelaria diferenciada, por ela optarem. Ressaltou que mesmo a ‘diferença de classe’ não implicando em aumento de despesas financeiras ao Estado Brasileiro, esse fator não é per si autorizativo, isso porque: (i) a questão econômica não é o papel preponderante do ente estatal; (ii) o sistema de saúde oferecido pelo Estado deve ser equânime; e, (iii) a igualdade deve ser compreendida

⁹⁸⁴ SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. O Debate sobre a diferença de classe no SUS. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. 2015, p. 116.

⁹⁸⁵ VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS. Direito sanitário 2015, p. 86.

⁹⁸⁶ SANTOS, Alethele de Oliveira. Decisão judicial em saúde comentada. Brasília, 2015, p. 164.

no conceito de dignidade da pessoa humana, cabendo sua perseguição ininterrupta⁹⁸⁷.

Essa conclui-se que por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu em 03 de dezembro de 2015 pela inconstitucionalidade a prática da diferença de classe por usuários do Sistema Único de Saúde, sob o fundamento de que essa prática contraria o disposto no artigo 196 da Constituição Federal.

6.5 Responsabilidade Solidária dos Entes Federativo no Tratamento a Saúde

Abordaremos sobre a competência determinada pelo texto da Constituição Federal sobre a responsabilidade dos entes da federação na elaboração de políticas públicas e efetivação do direito de acesso à saúde à população.

Em conformidade com o Art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o constituinte originário ao estabelecer as normas de competência dos entes federativos, relacionados ao direito social a saúde, determina ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cuidados em saúde e assistência pública e a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Para Letícia Canut⁹⁸⁸ a interpretação judicial da competência comum do artigo 23, inciso II, da CF/88 como responsabilidade solidária dos entes federativos, permite a propositura da ação contra um, alguns ou todos os entes federativos conjuntamente ou não, conforme a opção do interessado e independentemente do tipo de prestação ou medicamento requerido.

Em síntese, Leonardo Rodrigues⁹⁸⁹, apresenta que as normas constitucionais que disciplinam a direito à saúde encontram-se dispostas nos artigos 23, inciso II (competência administrativa comum para formular políticas públicas); 24, inciso XII, e no art. 30, inciso II (competência legislativa concorrente para proteção e defesa da saúde) e, de maneira geral, estabelecem que cabe à União editar normas gerais, aos Estados, a suplementação das leis federais, e aos Municípios legislar sobre normas de interesse local.

⁹⁸⁷ SANTOS, Alethele de Oliveira. Decisão judicial em saúde comentada. Brasília, 2015, p. 164.

⁹⁸⁸ CANUT Letícia. Operacionalização do Sistema Único de Saúde e de sua assistência farmacêutica diante da judicialização: um estudo de caso de São José/SC. 2017, p. 79.

⁹⁸⁹ RODRIGUES, Leonardo. Controle jurisdicional não judicial e judicial das políticas públicas de saúde. Caderno Virtual n. 56, 2023, p. 02.

Esse entendimento pode ser ratificado no posicionamento aprestando pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux⁹⁹⁰ no Recurso Extraordinário nº. 855.178 do Estado de Sergipe que esclarece da seguinte forma:

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS, seja pelo gestor municipal, estadual ou federal, de prestações na área de saúde.

Nesse mesmo sentido, Nathalia Masson⁹⁹¹ recorda que os entes federados (União, Estados, DF e Municípios), em razão da competência comum para cuidar da saúde prevista constitucionalmente, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais nessa área. Esclarecendo da seguinte forma:

Isso significa que o sujeito que aciona o Judiciário no intuito de fazer valer esse seu direito, pode ajuizar a ação contra um ente federado isoladamente (contra a União, contra o Estado-membro/DF, ou somente contra o Município), ou contra dois deles (por exemplo: a União e o Estado) ou ainda, contra os entes das três esferas da federação em litisconsórcio. Essa ampla liberdade que o autor da ação tem se deve ao fato de que, em grande parte dos casos, não é fácil identificar qual é exatamente o ente federado responsável pela implementação daquela específica prestação⁹⁹².

Narra, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁹⁹³ que no Recurso Extraordinário 271.286, do Estado do Rio Grande do Sul⁹⁹⁴, julgado em 12 de setembro de 2000, acerca do direito à saúde, o STF apresenta parâmetros ao definir que o direito a saúde é de responsabilidade dos entes políticos da federação.

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 Poder Público, fraudando justas expectativas nele

⁹⁹⁰ Recurso Extraordinário Nº 855.178 Sergipe. Min. Relator Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.03.2015, p 07.

⁹⁹¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1726.

⁹⁹² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1726.

⁹⁹³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 2019, p.413.

⁹⁹⁴ Recurso Extraordinário 271.286, do Estado do Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Mini. Relator Celso de Mello. Julgado: 12.09. 2000.

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.

Nesse contexto, no mesmo Recurso Extraordinário⁹⁹⁵ o Ministro Relator Marco Aurélio, esclarece que a referência, contida no preceito, a "Estado" mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Mais enfático, sobre essa temática, o Ministro Gilmar Mendes⁹⁹⁶ pontifica que o Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, defende ser solidária a responsabilidade dos entes federados nas demandas relacionadas a saúde, pontificando que:

Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional.

Sobre essa discussão, o Ministro Gilmar Mendes⁹⁹⁷ menciona uma decisão em que as medidas foram deferidas contra o Município, mas ao Estado e à União foi determinada a adoção de todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento dessas medidas⁹⁹⁸.

Ressalta Uadi Lammêgo Bulos⁹⁹⁹ que o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 195.192 Estado do Rio Grande do Sul¹⁰⁰⁰ julgado em 31 de março de 2000, que tratava de aquisição e fornecimento de medicamento para doenças

⁹⁹⁵ Recurso Extraordinário Nº 271.286-8 RS. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Relator Marco Aurélio. Julgado: 02.09.2000, p. 06.

⁹⁹⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.03.2010, p.32

⁹⁹⁷ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 17.03.2010, p.32

⁹⁹⁸ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.03.2010, p. 7

⁹⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1380.

¹⁰⁰⁰ Recurso Extraordinário 195.192 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 31.03.2000, p. 01.

raras, determinou que os encargos dos Poderes Públicos, incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. Assim, o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Também no prisma da garantia da solidariedade do direito à saúde entre os entes públicos, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 584652 do Estado do Rio de Janeiro e de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 07 de agosto de 2008, esclarece que:

Ainda que assim não fosse, a recusa do Estado em fornecer medicamento coloca em risco a saúde de paciente necessitado e representa desrespeito ao disposto no art. 196 da Constituição Federal, que estatui ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Essa regra constitucional tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁰¹ em decisão de 2009, o STF na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 do Estado do Ceará, reiterada no julgamento do RE 855178, confirmou a orientação dominante na jurisprudência, no sentido de se atribuir a todos os entes federativos a responsabilidade solidária pelo fornecimento de medicamentos e terapias de eficácia reconhecida no país. Foram excluídos apenas, em linha de princípio, os tratamentos em fase experimental¹⁰⁰².

Acrescenta Lenir Santos¹⁰⁰³ que essa decisão, modulada pelo STF, encerra algumas complexidades, ao prevê que os entes federativos solidários definirem, na prática, um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas, que já existia, na realidade, nas pactuações oriundas das comissões intergestores de âmbito nacional, estadual e regional e pelo contrato organizativo de ação pública da saúde.

¹⁰⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 279.

¹⁰⁰² STF, DJE, 30 abr. 2010, Agravo Regimental na STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes: “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. Feito 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 pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”.

¹⁰⁰³ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

Em março de 2011, no Recurso Extraordinário N. 607.385 do Estado de Santa Catarina, interposto com o propósito de ver efetivado o respectivo direito à saúde com a obtenção de medicação. Em manifestação, a Ministra Relatora, Carmen Lúcia¹⁰⁰⁴, esclarece que:

Por se tratar de obrigação solidária, é possível exigir a prestação de qualquer um ou de todos os entes federativos. A escolha cabe à parte-autora. No caso em tela, a parte-autora optou por acionar o Estado de Santa Catarina, de modo que esse réu, e somente ele, deve integrar o polo passivo da presente demanda.

Acrescenta Lenir Santos¹⁰⁰⁵, que no ano de 2011, foi aprovada a Lei nº. 12.466 determinando que os entes federativos terão que integrar seus serviços de saúde na forma do artigo 198 da Constituição, devem pactuar as responsabilidades federativas nas comissões correspondentes, que são, a Comissão Intergestores Tripartite; a Comissão Intergestores Bipartite; e a Comissão Intergestores Regional.

A temática da responsabilidade solidária foi abordada em maio de 2013 no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 626.382 do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰⁰⁶ a Ministra Rosa Weber, corroborando com o seguinte entendimento:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Em 2014, o Ministro Relator Celso de Mello¹⁰⁰⁷ explica que quanto à discussão sobre a responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que torna inacolhível a pretensão deduzida pela parte ora recorrente, cujas decisões proferidas em sucessivos julgamentos¹⁰⁰⁸ sobre a matéria ora em exame têm acentuado que

¹⁰⁰⁴ Recurso Extraordinário 607.385/SC. Estado de Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Carmen Lúcia. Julgado: 19.04.2011. p. 23.

¹⁰⁰⁵ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

¹⁰⁰⁶ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 626.382 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Rosa Weber. Julgamento em 27 de agosto de 2013.

¹⁰⁰⁷ Min. Relator Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 04 de novembro de 2014. p. 29.

¹⁰⁰⁸ AI 732.582/SP, Rel. Min. Ellen Gracie – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. Carmen Lucia – RE 607.381-AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. Carmen Lucia – RE 626.382-AgR/RS, Rel. Min. Rosa Weber – RE 641.916-AgR/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia.

constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Constitucional. Fornecimento de medicamento. Legitimidade passiva do Estado do Rio Grande do Sul. Obrigação Solidária entre os entes da federação em matéria de saúde. Agravo Improvido. I O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. II Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III Agravo regimental improvido. AI 817.938-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello¹⁰⁰⁹ isso significa, portanto, tratando-se de situação configuradora de responsabilidade solidária das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, em matéria de implementação de ações e serviços de saúde, existe verdadeiro dever constitucional “in solidum”, que confere ao credor, que é o cidadão, o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação que lhes é comum

No mesmo ano, no Agravo de Regimento de Instrumento Nº 810.864 do Estado do Rio Grande do Sul, o Min. Relator Roberto Barroso¹⁰¹⁰, na ementa do referido acórdão faz referência a responsabilidade solidaria, da forma seguinte:

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.

O Ministro Luiz Fux¹⁰¹¹, no Recurso Extraordinário nº. 855.178 do Estado de Sergipe, julgado em 03 de março de 2015, pontifica novamente que esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, desde o ano de

¹⁰⁰⁹ Min. Relator Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 04.11.2014. p. 31.

¹⁰¹⁰ Agravo de Regimento de Instrumento Nº 810.864 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 18.11.2014.

¹⁰¹¹ Recurso Extraordinário Nº 855.178 Sergipe. Min. Relator Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.03.2015, p 07.

2010, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Fazendo menção aos seguintes julgados proferidos sobre essa temática:

AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014;
 ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014;
 ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013;
 ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014;
 RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013;
 RE 586.995-AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011;
 RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011;
 RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 18.2.2014;
 AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Em julgamento em Plenário realizado em 23 de maio de 2019 no Recurso Extraordinário nº. 855.178 do Estado de Sergipe¹⁰¹² de Relatoria do Ministro Luiz Fux, ratificou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. Ou seja, o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

A partir desse entendimento, o STF, fixou tese de Repercussão Geral, materializado no tema nº. 793 que:

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.

¹⁰¹² Recurso Extraordinário Nº 855.178 do Estado de Sergipe. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ministro Luiz Fux. Julgado: 23.05.2019, p. 01.

Ana Paula de Barcellos¹⁰¹³ considera que boa parte das discussões judiciais em torno do direito à saúde envolvem demandas, sobretudo individuais, mas também coletivas, solicitando prestações de saúde, principalmente medicamentos e procedimentos médico-hospitalares. Alguns desses debates chegaram ao STF, que já definiu algumas diretrizes na matéria em sede de repercussão geral.

Desse modo, Alexandre de Moraes¹⁰¹⁴

Explica que a repercussão geral somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional, ao mesmo tempo, fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o Supremo Tribunal Federal para a discussão das matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade.

Consolidando esse entendimento, a suprema corte, sobre a existência de responsabilidade solidária entre os entes federativos para as causas em que se postula a concessão judicial de medicamentos, eis que se trata de competência atribuída comumente a todos eles pela Constituição da República de 1988¹⁰¹⁵.

Fixada a regra da solidariedade, bem como o dever judicial que diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro¹⁰¹⁶.

Acrescenta Lenir Santos¹⁰¹⁷, no Recurso Extraordinário nº. 855.178 do Estado de Sergipe de 2019, ficou assentado também que compete à autoridade judicial, em razão da diretriz da descentralização e hierarquização, direcionar o cumprimento em conformidade com regras de competência é possível determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Isso traz grande complexidade para a autoridade judicial e dependerá muito da defesa feita pelo ente público no tocante à

¹⁰¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p.330.

¹⁰¹⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022, p. 679.

¹⁰¹⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 434.

¹⁰¹⁶ Recurso Extraordinário Nº 855.178 do Estado de Sergipe. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Ministro Luiz Fux. Julgado: 23.05.2019, p. 01.

¹⁰¹⁷ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 89.

demonstração das responsabilidades do demandado, mesmo sem a celebração do contrato de ação pública, com o chamamento à lide em litisconsórcio.

Nesse sentido, destaco a seguinte passagem do voto do Ministro Edson Fachin, relator do acórdão dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº. 855.178 do Estado de Sergipe, feito paradigma do Tema nº. 793 da Repercussão Geral:

A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização.

Em março de 2022, com o propósito de analisar indevida aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral pelo juízo da Origem, o Ministro Alexandre de Moraes no Agravo Regimental na Reclamação 50.726 do Estado do Mato Grosso do Sul, consolidando o seguinte posicionamento.

Ementa: Constitucional e Processual Civil. Agravo Interno em reclamação. Indevida aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral pelo juízo da origem. Ônus obrigacional a ser suportado pela união. Necessidade de sua inclusão no polo passivo. Agravo interno a que se dá provimento¹. O objeto do Agravo é a correta interpretação e aplicação da tese fixada no Tema 793 da Repercussão Geral, cujo teor é o seguinte: 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. 2. A solidariedade atribuída a todos os entes (art. 23, II, da CF) não pode significar possibilidade absoluta de atropelo, por ordens judiciais, da estrutura fixada essencialmente a partir da lógica hierarquizada e sistematizada das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, caput e I, da CF), materializada pela divisão de atribuição feita pela Lei 8.080/1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde. 3. A interpretação do Tema 793-RG deve considerar a existência de solidariedade entre todos os entes em caso de competência comum, mas deve observar o direcionamento necessário da demanda judicial ao ente responsável pela prestação específica pretendida, permitindo-se que o cumprimento seja direto e, eventual ressarcimento, eficaz. Nesses casos, quando se identifica a responsabilidade direta da União pelo fornecimento do medicamento ou pelo tratamento pretendido, nos termos da Lei 8.080/1990, sua inclusão no polo passivo da demanda é medida necessária, a ser providenciada pelo juiz da causa, evitando-

se o descompasso entre a previsão orçamentária e a concretização das despesas na área da saúde.

Em 23 de março de 2022, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.332.061 do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰¹⁸ a Ministra Relatora Carmen Lúcia em análise sobre fornecimento de medicamentos e a responsabilidade solidária dos entes federados, pontifica que o Supremo Tribunal já assentou a obrigatoriedade de o Poder Público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios em fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de doenças graves, medicamentos e tratamentos destinados a assegurar condições do direito à continuidade da vida digna e à preservação da saúde.

Recentemente 2023 no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.420.386 do Estado do Mato Grosso do Sul¹⁰¹⁹ de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, produzindo na ementa do acórdão de julgamento os seguintes parâmetros:

Quanto ao dever de prestar assistência à saúde. Tema793. Medicamento padronizado, cuja responsabilidade pelo fornecimento é da União. Inclusão da união no polo passivo. Acórdão recorrido em desconformidade com a jurisprudência desta suprema corte. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 855.178- RG (Rel. Min. Luiz Fux, Tema 793), examinou a repercussão geral da questão constitucional debatida nestes autos e reafirmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que “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. 2. Neste caso concreto, o Tribunal de origem afastou a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda e condenou o Estado de Mato Grosso do Sul à obrigação de fornecer a medicação pleiteada. 3. Embora o STF reconheça a existência de solidariedade entre os entes federados nas questões envolvendo a saúde pública, decidiu-se, na tese fixada nos Embargos de Declaração opostos no processo paradigma, que a autoridade judicial tem o dever de direcionar o cumprimento dessas demandas, de acordo com as regras de repartição de competências estabelecidas pela lei orgânica do SUS, bem como determinar ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 4. Decidiu-se também que a ausência da UNIÃO na lide, quando o fornecimento do medicamento está sob sua responsabilidade, impede que o ente federal exerça o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

¹⁰¹⁸ Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 1.332.061 do Estado do Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Carmen Lúcia. Julgado: 23.03.2022.

¹⁰¹⁹ Recurso Extraordinário 1.420.386 em Agravo Mato Grosso do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Alexandre de Moraes. Julgado: 15.05.2023, p. 02.

Verifica-se, portanto, que, embora o Supremo Tribunal Federal reconheça a existência de solidariedade entre os entes federados nas questões envolvendo a saúde pública, decidiu-se, na tese fixada nos referidos embargos, que a autoridade judicial tem o dever de direcionar o cumprimento dessas demandas, de acordo com as regras de repartição de competências estabelecidas pela lei orgânica do SUS, bem como determinar ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro¹⁰²⁰.

Deste modo, está pacificada no Supremo Tribunal Federal que a posição jurídica de que o tratamento médico adequado aos necessitados está inscrito no rol dos deveres do Estado, sendo de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que podem figurar no polo passivo da demanda judicial qualquer um deles seja em conjunto ou separadamente¹⁰²¹.

Conforme Nathalia Masson¹⁰²² seria muito difícil para o cidadão identificar com exatidão qual é o ente da federação diretamente responsável por aquela prestação. Por isso, em sendo a responsabilidade solidária, o jurisdicionado poderá propor a ação somente contra um deles (União, ou Estado-membro/DF, ou Município), ou contra dois deles (por exemplo: contra a União e o Estado) ou, ainda, contra os três entes em litisconsórcio.

Fernando Rister de Sousa Lima¹⁰²³, analisando essa temática, notifica que a decisão teve como fundamento a tese de que a saúde é dever de todos os entes federados. Assim, cabe à parte escolher se move demanda judicial em face de um só, de dois ou dos três entes (Município, Estado e União).

Acrescenta ainda a Nathalia Masson¹⁰²⁴

E então, depois de ajuizada a ação, o magistrado deve direcionar para o ente federado responsável a efetivação da medida pleiteada considerando as regras de divisão de tarefas previstas na estruturação do Sistema Único de saúde.

¹⁰²⁰ Recurso Extraordinário 1.420.386 em Agravo Mato Grosso do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Alexandre de Moraes. Julgado: 16.05.2023, p. 02.

¹⁰²¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p.434.

¹⁰²² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p.434.

¹⁰²³ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 695.

¹⁰²⁴ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p.434.

Contextualiza Nathalia Masson¹⁰²⁵ que diante da necessidade de determinar o ente federativo que deverá efetivar direito social a saúde, a autoridade judicial caberá decidir sobre os seguintes aspectos práticos:

Direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências (imaginemos que o indivíduo tenha acionado no Judiciário os três entes da federação, em busca da obtenção de um tratamento de saúde que é de competência da União custear. Neste caso, deverá o magistrado conceder o direito apenas contra a União, determinando que ela se responsabilize pelo referido tratamento).

De acordo com Flávio Martins¹⁰²⁶, verifica-se que em decisões do Supremo Tribunal Federal, excluíram o Município do polo passivo, máxime quando o medicamento é de alto custo, cuja distribuição impactaria de forma proporcional os cofres desse ente federativo.

Sendo necessário, ainda, determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (imaginemos que num pleito referente à saúde o magistrado emita ordem liminar de cumprimento a todos os entes e que o Estado a cumpra; posteriormente, no entanto, verifica-se que a atribuição é da União. Neste caso, a União pode ser condenada a ressarcir o Estado¹⁰²⁷).

A questão do ressarcimento também é um problema porque pressupõe que alguém arcou com a responsabilidade e depois terá que obter o seu ressarcimento do outro ente jurídico. As consequências são complexas para a autoridade judicial e também para a autoridade demandada e precisará ser muito bem argumentada e demonstrada pela defesa¹⁰²⁸.

Conclui-se que o polo passivo nas ações jurisdicionais pode ser integrado por qualquer um dos entes federativos, que de forma isolada ou conjuntamente.

Nathalia Masson¹⁰²⁹ o Estado é o protagonista dos deveres relacionados à saúde, sendo solidária entre os entes federados: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios a obrigação de prestar as ações e serviços para sua efetivação.

¹⁰²⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p 1727.

¹⁰²⁶ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. 2022, p. 137

¹⁰²⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p 1727.

¹⁰²⁸ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021, p. 23.

¹⁰²⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 1708.

Conclui-se Fernando Rister de Sousa Lima¹⁰³⁰ que é uniforme, dentro da jurisprudência analisada, a responsabilidade solidária dos entes públicos. Sempre foi rotineiro os poderes públicos esquivarem-se do ônus de fornecer uma saúde digna à população com a desculpa de que não se trata de sua responsabilidade. Ilustrativamente, cita-se o caso das ações propostas em face dos estados-membros, os quais, em suas defesas, alegam ser obrigação da União.

Não há, pelo exposto, possibilidade de esse subterfúgio encontrar eco na atual linha adotada em razão da consistência da tese da solidariedade e, até o momento, não há comunicação da alta Corte de Justiça em sentido diverso¹⁰³¹.

Na perspectiva de Roberto Freitas Filho e Camilla Japiassu Dores Brum¹⁰³² relevante dessa pesquisa foi perceber que os critérios da integridade, universalidade e igualdade, as quais compõem o núcleo doador de sentido do artigo 196 da Constituição Federal, consolidam-se na maioria dos acórdãos proferidos pelo STF, em matéria de saúde, acompanhadas de alta carga de imprecisão quanto ao seu significado, o que acentua a dificuldade de se averiguar a coerência dessas decisões.

De acordo com posicionamento por diversas vezes reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, existe responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde, relacionados ao direito ao tratamento médico adequado para os necessitados como dever constitucional do Estado.

Diante dos dados expostos evidencia-se que essa problemática encontra-se solucionada no ordenamento jurídico brasileiro, posto que, já está consolidado pelo Supremo Tribunal Federal como sendo de competência comum dos entes federativos a efetivação de serviço público em saúde relacionadas ao tratamento médico hospitalar ou ainda ao fornecimento de medicamentos, ou qualquer outra necessidade relacionada ao direito e a proteção à saúde do indivíduo

¹⁰³⁰ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 695.

¹⁰³¹ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 695.

¹⁰³² FILHO, Roberto Freitas. BRUM, Camilla Japiassu Dores. A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. 2014, p. 49.

6.6 Medicamentos e Manifestação do Supremo Tribunal Federal

Hector Cury Soares¹⁰³³, acredita que o pedido de um tratamento médico, qualquer que seja, está coberto pelo artigo 196 da CF/88, em que pese os esforços da doutrina e da ordem jurídica brasileira em demonstrar o contrário.

Em conformidade com Flávia Martins Afonso¹⁰³⁴, a realidade de uma judicialização de assuntos relacionados à saúde, tem surgido iniciativas recentes com o intuito de direcionar o juiz em suas decisões de forma mais justa, sendo que uma delas é a Medicina Baseada em Evidências - MBE. Parte-se do pressuposto que o magistrado não estará baseado apenas no parecer de um médico, por exemplo, mas sua decisão será pautada em um estudo científico seguro, utilizando-se do MBE.

Também faz uso da Medicina Baseada em Evidências o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários¹⁰³⁵.

Sobre esse assunto, Flávia Martins Afonso¹⁰³⁶, afirma que:

A Medicina Baseada em Evidências é um movimento médico que adota a aplicação do método científico a toda a prática médica, significando a expressão “evidências”, aqui, provas científicas. O movimento propõe um saber científico seguro e democrático, contrapondo-se à chamada Medicina Baseada em Autoridade, caracterizada pela exclusiva opinião do especialista. Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião, como o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico).

¹⁰³³ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. 2015, p. 02.

¹⁰³⁴ AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões.131f. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014.

¹⁰³⁵ AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões.131f. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014.

¹⁰³⁶ AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões.131f. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014.

Parte-se do pressuposto que o magistrado não estará baseado apenas no parecer de um médico, por exemplo, mas sua decisão será pautada em um estudo científico seguro, utilizando-se do MBE¹⁰³⁷.

O que tem se observado, na prática, é que os entes federativos, nas ações judiciais que requer medicamentos, tratamentos de saúde, apresentam com muita frequência como defesa o fato de que o deferimento desses pedidos, com demandas de alto custo financeiro, incidiria drasticamente sobre seu equilíbrio financeiro.

Esse argumento para a teoria em análise não seria plausível como bem apresenta Hector Cury Soares¹⁰³⁸.

Ainda assim, esse argumento é menosprezado ou simplesmente não é analisado na decisão pelo STF. Isso porque, para o STF, o direito à vida e à dignidade de vida do paciente sobrepõe-se a argumentos de outras espécies, como ocorre na Suspensão de Tutela Antecipada n. 28326.

Da mesma forma, em relação ao fornecimento de alimento especial à criança carente, no Recurso Extraordinário n. 71324127, a relatora, Ministra Carmem Lúcia, diz existir uma primazia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Independentemente do custo, o Judiciário apenas assegura – ao deferir o pleito – direitos e garantias fundamentais do cidadão, que são pressupostos constitucionalmente.

Pondera Luiz Henrique Diniz Araújo¹⁰³⁹ que assim ocorreu no julgamento de Agravo em Recurso Extraordinário, em que o Município de Porto Alegre visava obter reforma, no Supremo Tribunal Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenara o Município, em obrigação solidária com o Estado do Rio Grande do Sul, ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS para portadores do vírus HIV, destituídos de recursos financeiros.

Sobre esse aspecto foi observado no estudo de Gilmar Mendes e Paulo Branco¹⁰⁴⁰ que:

¹⁰³⁷ AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões.131f. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014.

¹⁰³⁸ SOARES, Hector Cury. O direito prestacional à saúde pelo STF. 2015, p. 02.

¹⁰³⁹ ARAÚJO. Luiz Henrique Diniz. A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional. Uma análise comparada. Ver. de informação legislativa, 2011. p.172.

¹⁰⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Dir. Constitucional. 2019, p. 901.

Os medicamentos são de fundamental importância para que sejam obtidos resultados positivos nos tratamentos médicos, diante do maior bem em risco, a vida. Os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos são definidos e assegurados pelo SUS, conforme previsto no art.198, §1º da Constituição Federal, e recorrido ao princípio da reserva do possível, que se resume aos recursos que sejam proporcionais à pretensão dos fatos.

A assistência farmacêutica faz parte do rol de ações que visam garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo o medicamento como insumo essencial, assegurando um tratamento adequado aos pacientes. Estão incluídos na rede pública de saúde os medicamentos alopáticos, homeopáticos, fitoterápicos e as plantas medicinais. Os medicamentos que compõem a Farmácia Básica são destinados ao tratamento de doenças e recuperação da saúde, no âmbito da Atenção Básica à Saúde¹⁰⁴¹.

Uadi Lammêgo Bulos¹⁰⁴² dever de Estado fornecer medicamentos, analisando que após realizar audiência pública sobre saúde, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado.

É o que consigna Ricardo Seibel¹⁰⁴³, em estudo que realizou sobre o tema: "O direito à saúde a ser garantido pelo Estado deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa, e observada sempre a ética profissional. Tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa ou ainda não identificadas no País não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias".

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹⁰⁴⁴ o Ministro. Luís Roberto Barroso afirma que somente em circunstâncias especiais e excepcionais o Poder Judiciário poderá intervir em políticas públicas sanitárias. Nesse contexto, o ministro sustenta que os brasileiros têm direito a maior quantidade de serviços de saúde que o país possa pagar, portanto, há limites na judicialização da saúde.

¹⁰⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Dir. Constitucional. 2019, p. 901.

¹⁰⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 1381.

¹⁰⁴³ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais - orçamento e reserva do possível. 2008, p. 280.

¹⁰⁴⁴ MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo sus: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p. 196.

Em síntese, a Ministra Rosa Weber¹⁰⁴⁵ no Recurso Extraordinário de junho de 2011, 607.381 assentou:

Esta Suprema Corte defende que o fornecimento de medicamentos e a prestação de assistência à saúde, porquanto materialmente assimiláveis à dimensão prestacional do direito à saúde, integram o dever do Estado de promover e proteger a saúde pública – prestações atribuídas ao Estado diretamente pela Constituição. Com efeito, “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”.

A partir dessa análise, nesse contexto, o Ministro, Luís Roberto Barroso, pontifica que há duas modalidades principais de judicialização: (a) dos medicamentos já incorporados no SUS e o (b) daqueles que não estão incorporados ao SUS.

Sobre essa premissa passamos a analisar os aspectos e situações práticas sobre essas duas hipóteses no Supremo Tribunal Federal.

6.6.1 Medicamentos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Inicialmente vamos analisar situações em que os medicamentos podem ser oferecidos diretamente, hoje que estes estão devidamente registrados na agência nacional de vigilância sanitária, órgão competente do governo federal para regular e autorizar uso e a comercialização de medicamentos no Brasil. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem autorizado, independentemente do valor econômico que custa determinado medicamento, sua oferta aos usuários do Sistema Único de Saúde SUS.

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹⁰⁴⁶, na primeira modalidade, em que o medicamento está incorporado no Sistema único de Saúde, a efetivação desse direito seria apenas uma hipótese de aplicação das normas constitucionais e infraconstitucional. Tornando-se necessário, entretanto, que o requerente deverá demonstrar a indispensabilidade do medicamento e o esgotamento das vias

¹⁰⁴⁵ Min. Relatora Rosa Weber. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relatora. Min. Rosa Weber. Julgado: 28.08.2017, p. 49.

¹⁰⁴⁶ MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p. 196.

administrativas consubstanciada em decisão denegatória de dispensa ou demora injustificada.

No Brasil, à elaboração de listas de medicamentos classificados como essenciais teve sua origem em 1964, por meio do Decreto n.º 53.612, de 26 de dezembro de 1964, que definiu a Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário¹⁰⁴⁷.

Em 1982 foi instituído pelo governo federal o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, com a finalidade de disponibilizar medicamentos para o tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, com custo elevado e utilizados, normalmente, por períodos prolongados.

Destaca com proficiência Nathalia Masson¹⁰⁴⁸ que registrar um medicamento na ANVISA é uma garantia de que estamos diante de um remédio que foi testado e aprovado para determinada enfermidade. É, portanto, um fármaco seguro e eficaz. Desta forma, registrar um medicamento perante a agência não é cumprir um mero trâmite administrativo, mas sim, tutelar à saúde pública. Por isso, o STF decidiu que, via de regra, decisão judicial não poderá obrigar o Estado a fornecer medicamentos que não estejam registrados na ANVISA.

Como afirma Octávio Luiz Motta Ferraz¹⁰⁴⁹ os tratamentos incorporados ingressam nas chamadas listas de medicamentos e procedimentos, como a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES).

É preciso também elaborar os chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), uma espécie de guia de instruções para garantir o uso racional e seguro dos medicamentos e procedimentos incorporados. Assim, a Política Nacional de Medicamentos está estruturada na Portaria N° 3916 de 1998, instituída pelo do Ministério da Saúde.

Nesse contexto, o Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 581.488 do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰⁵⁰ menciona que:

Com o beneplácito dos órgãos colegiados do SUS, inclusive do Conselho Nacional de Saúde, foi expedida, assim, a Portaria 3916/98,

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Ministério da Saúde, 2015.

¹⁰⁴⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1725.

¹⁰⁴⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 25

¹⁰⁵⁰ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 03 de dezembro de 2015, p. 57.

do Ministério da Saúde, definindo a “Política Nacional de Medicamentos” e institucionalizando a Relação de Medicamentos Essenciais - RENAME, com a finalidade de indicar os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, que devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem.

Foi considerando esse cenário em que o Conselho Nacional de Saúde - CNS¹⁰⁵¹, em conjunto com a Comissão Intergestores, estabeleceu, em 1998, a Política Nacional de Medicamentos¹⁰⁵² com o objetivo de garantir a eficácia e qualidade dos medicamentos disponibilizados, bem como definir o uso racional e os medicamentos essenciais.

A Política Nacional Medicamentos, por sua vez, criou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Esse instrumento define a lista de medicamentos disponíveis no Sistema Único de Saúde, para atender as necessidades prioritárias de saúde¹⁰⁵³.

A RENAME, uma ferramenta nacional, serve também de base para a construção das listas de medicamentos fornecidos pelos municípios, conhecidos também como Relação Municipal de Medicamentos Essenciais - REMUME¹⁰⁵⁴.

Portaria GM/MS nº. 3.237/2007, estabelece as normas de execução e de financiamento da assistência farmacêutica.

Com o objetivo de garantir aos usuários do SUS o acesso aos medicamentos usados no tratamento de doenças que configuram problemas de saúde pública, consideradas como de caráter estratégico pelo Ministério da Saúde, são disponibilizados medicamentos para o tratamento de doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto socioeconômico. Atendem 12 aos Programas Nacionais de DST/AIDS, Tuberculose, Hanseníase, Lúpus, Tabagismo, Endemias Focais (Malária, Leishmaniose, Esquistossomose, Meningite, Doença de Chagas, Peste, Tracoma, Filariose Cólera e Micoses Sistêmicas), Sangue e Hemoderivados e os Imunobiológicos¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Brasília. 2021, p. 80.

¹⁰⁵² MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria Nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.

¹⁰⁵³ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / CNJ; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 80.

¹⁰⁵⁴ Conselho Nacional de Justiça. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade. CNJustiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília. 2021, p. 80.

¹⁰⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde, 2021, p.38.

O programa é regulado pela Portaria GM N. 152/2006, que define como critérios para o fornecimento a existência de registro do medicamento, a indicação terapêutica requerida e a definição de preço junto ao órgão regulador.

As normas legais para o registro de medicamentos no Brasil, encontra-se disposta na Lei Nº. 6.360/76 que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos.

Dentro dessa ótica, em 13 de março de 2010, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 do Estado de Pernambuco, em manifestação do Relator Ministro Relator Gilmar Mendes, apresenta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal após a realização de audiência pública sobre essa temática, assegurando que:

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. A Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que "nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde". O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.¹⁰⁵⁶

Nesse sentido, Lenir Santos¹⁰⁵⁷, evidencia-se que o registro de medicamento visa à necessária análise de sua segurança, boas práticas de fabricação, efetividade, eficácia, acurácia, nos termos da lei. Somente um medicamento foi submetido a essas análises na Anvisa, e que obteve o seu registro, está autorizado a circular livremente no País. Não seria admissível entendimento diferente do aplicador da lei.

Conforme esclarece Nathalia Masson¹⁰⁵⁸ a ANVISA, agência responsável pelo registro dos medicamentos, faz parte da estrutura da Administração Pública Federal. Assim, a eventual mora na certificação e no cadastramento do fármaco é conduta que

¹⁰⁵⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 13 de março de 2010, p. 24

¹⁰⁵⁷ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021.

¹⁰⁵⁸ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Ed. Juspodivm, 2023, p. 1725.

não pode ser imputada aos Estados e Municípios, entes federados que não possuem qualquer ingerência na atuação do órgão (logo, não podem resolver o problema referente à lentidão do registro).

Em conformidade com o Ministro Roberto Barros¹⁰⁵⁹, pontifica que:

A vigilância e o registro sanitário de medicamentos são, pela sua natureza, procedimentos de caráter tipicamente administrativo, reservados ao Poder Executivo (CF/1988, art. 200, I e II) e, mais especificamente, à Anvisa, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde (Lei nº. 9.782/1999, art. 7º, IX). A própria legislação (Lei nº. 6.360/1976) dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos e disciplina os requisitos e ritos específicos para a obtenção do registro (art. 16, II). Como visto, para que um novo medicamento possa ser disponibilizado no mercado, a Anvisa deve praticar uma série de atos administrativos relativos ao controle sanitário e realizar uma análise estritamente técnica a respeito da concessão ou não do registro, com o objetivo de garantir a proteção da saúde pública (Lei nº. 9.782/1999, arts. 6º e 7º).

Em face dessa contingência, o Ministro Roberto Barros¹⁰⁶⁰, esclarece que esse domínio legítimo de atuação administrativa da Anvisa, balizado pela lei, deve ser respeitado pelas diferentes instâncias de controle, inclusive pelo Poder Judiciário.

Trata-se de uma exigência que decorre logicamente da separação de poderes. Daí porque decisões judiciais que deferem medicamentos não registrados, ao substituírem uma escolha técnica e procedimental da Agência, interferem de forma ilegítima no funcionamento da Administração Pública, em afronta à reserva de administração e à separação de poderes.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação¹⁰⁶¹.

As regras para registro de medicamentos no Brasil ficam estabelecido como de competência da Lei nº. 6.360 de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos

¹⁰⁵⁹ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 39.

¹⁰⁶⁰ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 44.

¹⁰⁶¹ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.04.2010, p. 17.

Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.

Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.

Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

O primeiro ponto a se observar é que a lista de medicamentos elencados pelo SUS é limitada, numa forma de atender especificamente e diretamente certos tipos de doenças, ainda, mesmo com tal limitação o Estado não consegue dar conta da demanda populacional¹⁰⁶².

A esse respeito encontramos a seguinte colocação do Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁶³.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁶⁴ se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensa.

Ademais, é necessário o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, além do exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

¹⁰⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados, 2015.

¹⁰⁶³ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado: 13.04.2010, p. 17.

¹⁰⁶⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 406.

6.6.2 Medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

De acordo com Ana Paula de Barcellos¹⁰⁶⁵ tem se observado que frequentemente no contexto da judicialização da saúde tem se levado ao poder judiciário a pretensão, formulada por autores de ações, de que o SUS custeie medicamentos que não constam das listagens aprovadas pelos órgãos públicos do SUS.

Fernando Rister de Sousa Lima¹⁰⁶⁶

Explica que na miríade racional da Suprema Corte, deparamos com a ruptura de obstáculos recentemente tidos como intransponíveis pela jurisprudência, de tal sorte que novos tratamentos ainda não inseridos na lista da ANVISA podem ser feitos, desde que haja comprovação da necessidade ao caso em questão. Por esses precedentes, o que se reconhece é que a evolução da medicina tem sido muito mais ágil do que a burocracia estatal pode acompanhar.

Sobre essa temática, Octávio Luiz Motta Ferraz¹⁰⁶⁷ analisa que no entendimento de muitos a incorporação pelo sistema público deveria ser requisito incondicional para a concessão judicial. Não parece ser esta, porém, a posição atualmente predominante entre os ministros que já manifestaram seu voto e talvez entre os demais.

Em 24 de outubro de 2007, na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 556.471 do Estado do Rio Grande do Norte, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio o Supremo Tribunal Federal por unanimidade reconheceu a existência de repercussão geral sobre questão constitucional sobre a obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamento de alto custo.

Na opinião do Ministro Luís Roberto Barroso,

¹⁰⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Forense, 2022. p.330.

¹⁰⁶⁶ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de auto-referência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. 2016, p. 696.

¹⁰⁶⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização saúde no Brasil. 2019, p. 212.

“Ainda não há consenso suficiente para que este STF afirme a absoluta impossibilidade de deferimento do pedido, impedindo juízes e tribunais de determinar o fornecimento de medicamentos não padronizados em qualquer caso” (RE n. 566.471).

Sobre esse assunto, os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin concordam que em certos casos a regra geral de respeito às políticas públicas pode ser afastada. O desafio, como já salientei anteriormente, é evitar que a regra seja destruída pela exceção, o que depende da formulação adequada dos critérios que justificam excepcionar a regra.

Em decorrência dessas circunstâncias, o Ministro Roberto Barros¹⁰⁶⁸ pontifica que desde 2010, a Recomendação nº. 31 do Conselho Nacional de Justiça sugere que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

Tal recomendação foi, inclusive, resultado da Audiência Pública nº. 4, realizada em 2009 pelo STF, sob a coordenação do Ministro Gilmar Mendes, para discutir as demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, com a participação de diversas autoridades e especialidades nas áreas médica e jurídica.

De acordo com Flávio Martins¹⁰⁶⁹ em 2019, o Supremo Tribunal Federal, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n. 657.718, que visava estabelecer parâmetros objetivos para a determinação de medicamentos não registrados na Agência de Vigilância Sanitária brasileira.

Em 03 de outubro de 2019, o Ministro Relator Dias Toffoli em Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Provisória 101 do Estado do Espírito Santo¹⁰⁷⁰ analisando situação sobre não incorporado pelo SUS, ratifica que:

A elaboração de novo protocolo clínico pelo Ministério da Saúde. Impasse na incorporação do medicamento. Relata ainda que nesse contexto, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC emitiu parecer pela ausência de evidência científica da efetividade do medicamento e pela existência de fortes vieses nos estudos clínicos sobre sua utilização. Alto custo da incorporação. Suspensão concedida. Agravo regimental não provido.

¹⁰⁶⁸ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 22 de maio de 2019, p. 44.

¹⁰⁶⁹ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Ed. Saraiva, 2022, p. 136

¹⁰⁷⁰ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Provisória 101 Espírito Santo. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado: 03.10.2019, p 2

No caso, quando da elaboração do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Diabetes Melito Tipo 1 (Portaria Conjunta nº. 08, de 15 de março de 2018), houve expressa recomendação da CONITEC de não utilização das insulinas análogas de longa duração no SUS, com base na constatação de que não haveria evidência qualificada de segurança ou efetividade que justificasse a recomendação da medicação mesmo em subgrupos específicos de pacientes com DM1. Indicação de que há vieses.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o Estado não é obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, salvo em casos excepcionais. A decisão foi tomada por maioria de votos. O Plenário, por maioria de votos, fixou a seguinte tese para efeito de aplicação da repercussão geral:

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 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; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; 4) As ações que demandarem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União. (RE 657.718, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 22-5-2019).

De acordo com Flávio Martins¹⁰⁷¹ analisando os requisitos apresentados, esclarece que além da mora injustificada por parte da Anvisa, são necessários três requisitos cumulativos:

Primeiro, o medicamento deve ter sido submetido a registro no Brasil. A ideia é que sempre se deve privilegiar a análise técnica da agência reguladora nacional. Assim, se a Anvisa decidir, fundamentadamente, pela negativa de registro, em nenhuma hipótese pode o Poder Judiciário se sobrepor à manifestação da Agência para deferir pedidos individuais de fornecimento do medicamento. (...)
Segundo o medicamento deve possuir registro junto a renomados órgãos ou agências de regulação no exterior, tais como a 'Food and

¹⁰⁷¹ MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica. Ed. Saraiva, 2022, p. 136

Drug Administration' (FDA) dos EUA, a 'European Agency for the Evaluation of Medicinal Product' (EMA) da União Europeia, e a Japanese Ministry of Health & Welfare' do Japão. (...)

Terceiro, é preciso que não haja substituto terapêutico registrado na Anvisa para o tratamento da doença do paciente, isto é, um medicamento ou procedimento alternativo voltado para a mesma enfermidade que já seja legalmente comercializado no país.

Acerca do assunto, Nathalia Masson¹⁰⁷² pontifica que é imperioso que o fabricante deste medicamento já tenha, pelo menos, solicitado esse registro na ANVISA; todavia, se for um fármaco órfão — eficaz no tratamento ou no diagnóstico de doenças raras, ou ultrarraras, que afetam uma parcela pequena da sociedade, não havendo, pois, significativo interesse comercial dos laboratórios em registrar o medicamento — o STF decidiu que é possível ao Judiciário concedê-los ao autor da ação ainda que não haja pedido de registro do medicamento em nosso país.

Esclarece ainda a referida autora¹⁰⁷³ que apesar de o remédio ainda não ter registro na ANVISA, ele já está devidamente catalogado em alguma agência renomada responsável por tal regulação no exterior, como por exemplo, a FDA — Food and Drug Administration — nos EUA ou a EMA — European Medicine Agency — responsável pela regulação dos medicamentos nos países que integram a União Europeia.

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹⁰⁷⁴, por fim, o ministro propõe a observância de um parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde através das câmeras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e Conitec.

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, seja pelo argumento da dignidade da pessoa humana ou amparado em norma constitucional que especificamente dispõe sobre direitos sociais prestacionais, vem entendendo pela aplicabilidade desses direitos por efeito direto da Constituição¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Juspodivm, 2023, p. 1725.

¹⁰⁷³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 11ª Juspodivm, 2023, p. 1726.

¹⁰⁷⁴ MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo sus: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p. 196.

¹⁰⁷⁵ ARAÚJO. Luiz Henrique Diniz. A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional. Uma análise comparada. Revista de informação legislativa, 2011. p.172.

Quanto a responsabilidade no fornecimento de medicamentos não registrados ou não padronizados pelo SUS, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 855.178, determina a responsabilidade solidária dos entes federados de prestar assistência à saúde. Nesse contexto, o Tema 793 da sistemática da Repercussão Geral, consolidou a obrigatoriedade de inclusão da União no polo passivo da demanda nos casos de medicamento não registrado na ANVISA ou não padronizado pelo SUS.

Como afirma Octávio Luiz Motta Ferraz¹⁰⁷⁶ são os medicamentos não incorporados que geram a maior parte dos custos da judicialização ao Estado, como demonstra estudo recente publicado pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS).

Conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, a importação de medicamentos não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.

A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁰⁷⁷ autoriza a dispensa de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, "se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensa".

Ademais, é necessário o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, além do exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada¹⁰⁷⁸.

Jonas Rodrigo Gonçalves e Renata Coelho da Nóbrega¹⁰⁷⁹ evidenciam que, por ser a formação do magistrado brasileiro exclusivamente jurídica, é imperioso que o juiz se valha de conhecimento técnico especializado com o intuito de ver fundamentadas adequadamente suas decisões, sobretudo em demandas envolvendo

¹⁰⁷⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 215.

¹⁰⁷⁷ Art. 3º Lei n.º 9.782/99. Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional.

¹⁰⁷⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 406.

¹⁰⁷⁹ GONÇALVES, Jonas Rodrigo. NÓBREGA, Renata Coelho da. Judicialização da saúde e a atuação do Núcleo de apoio técnico ao judiciário – NATJUS. 2020, p. 85.

situações complexas como a indicação, no caso concreto, do fármaco ou do tratamento mais adequado.

Dentro dessa ótica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolveu uma ferramenta chamada e-NATJUS. Apresenta-se como instrumento de grande valia no que diz respeito à prolação de decisões embasadas tecnicamente, escoradas em evidências científicas, deixando de lado uma visão estritamente jurídica sobre o tema.¹⁰⁸⁰

Flávia Martins Afonso¹⁰⁸¹, na mesma perspectiva da implementação da Medicina Baseada em Evidência, o Conselho Nacional de Justiça propõe a implementação da NAT-JUS, como mais uma forma de dar suporte técnico aos magistrados, em face da necessidade de efetiva aplicação da justiça.

O NAT-JUS é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e consiste no cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, para dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se concede ou não determinado medicamento, ou tratamento médico a quem aciona a Justiça, está disposto na Resolução nº. 238, de 06/09/2016 do CNJ.

Sobre essa premissa, o Conselho Nacional de Justiça, vem estimulando a criação de Núcleo de Apoio Técnico aos Magistrados, por cada estado. Estes são formados por profissionais da saúde, os quais fazem a prognose, e o pré-conhecimento de algo, auxiliando a atividade jurisdicional. Seriam úteis, também, contra qualquer investida por parte das empresas que tenham o intuito de incorporar seus medicamentos ao sistema¹⁰⁸².

Em face dessa contingência, em 16 de fevereiro de 2023 a Ministra Rosa Weber no Recurso Extraordinário com Agravo 1.418.415 do Distrito Federal¹⁰⁸³ destaca que o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário - NATJUS foi instaurado por intermédio da Portaria GPR 1170/TJDFT, de 4 de junho de 2018, em observância à Resolução

¹⁰⁸⁰ FORSTER, João Paulo K.; DAGASH, Najwa; DA SILVA, Paula Franciele. O direito à saúde e a dispensação judicial de medicamentos no Brasil: a ferramenta e-natjus. 2020.

¹⁰⁸¹ AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões. 2014, p. 84.

¹⁰⁸² AFFONSO, Flávia Martins. Os limites do poder Judiciário na inovação de políticas públicas que tratam do direito à saúde: métodos de pluralização do debate como requisito para a fundamentação dessas decisões. 2014, p. 84.

¹⁰⁸³ Recurso Extraordinário com Agravo 1.418.415 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator. Julgado: 16.02.2023, p. 12.

n.º107, de 06 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual, por sua vez, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Quanto a finalidade do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS, Ministra Rosa Weber¹⁰⁸⁴ evidencia que:

O NATJUS tem a finalidade de fornecer subsídios para os magistrados na tomada de decisões em processos que envolvam questões relativas ao direito à saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (art.1º). Isso porque conta como serviço de profissionais de saúde que avaliarão as demandas de urgência usando protocolos médicos e, com base nas melhores evidências científicas disponíveis.

Pondera a Ministra Rosa Weber¹⁰⁸⁵, sobre a faculdade do magistrado em utilizar-se do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS, nas demandas de saúde, conforme apresentamos:

Em que pese haver entendimento de que a consulta ao NATJU Semer a faculdade do magistrado, é indispensável observara Recomendação CNJ92/2021, a qual, embora trate do contexto da pandemia, guarda orientações e esclarecimentos quanto ao impacto das decisões judiciais, no orçamento e no funcionamento do SUS, além de conferir destaque ao e-NatJus no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro para o auxílio técnico dos magistrados.

Em junho de 2023, no Recurso Extraordinário 1.438.900 do Distrito Federal sobre Fornecimento de medicamento de alto custo, não padronizado, utilizou-se de nota técnica do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário – NATJUS, que consubstanciava da seguinte forma:

O Núcleo Técnico de Apoio ao Judiciário-NATJUS avaliou os relatórios médicos e demais documentos produzidos na ação de conhecimento e concluiu pela baixa qualidade da evidência científica do tratamento e que a doença é progressiva. A contraindicação parcial do fornecimento do medicamento pelo NATJUS, por falta de qualidade da evidência científica de sua eficácia, não é vinculante, mas para sobrepô-la é indispensável outra opinião científica, não sendo recomendável a superação de parecer técnico por mera opinião principiológica do Juiz ou das partes.

¹⁰⁸⁴ Recurso Extraordinário com Agravo 1.418.415 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator. Julgado: 16.02.2023, p. 12.

¹⁰⁸⁵ Recurso Extraordinário com Agravo 1.418.415 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator. Julgado: 16.02.2023, p. 12.

A partir dos discursos apresentados Jonas Rodrigo Gonçalves e Renata Coelho da Nóbrega¹⁰⁸⁶ avaliam que a ferramenta, se bem utilizada, proporciona maior segurança jurídica e igualdade às decisões judiciais nacionalmente, bem como às diversas partes presentes no processo judicial que trata de matéria pertinente ao direito à saúde, com o fim maior de efetivar judicialmente seu direito humano fundamental, por não terem as políticas públicas suprimido suas necessidades básicas.

Conclui-se que, em decorrência, a criação dos Núcleos de Apoio Técnico Judiciário para Demandas da Saúde é vista como grande exemplo do reconhecimento da necessidade de os atores jurídicos buscarem auxílio nas soluções para demandas de saúde que chegam ao Poder Judiciário, por meio da atuação de profissionais técnicos da área da saúde¹⁰⁸⁷.

6.6.3 Medicamentos Experimentais no Supremo Tribunal Federal

Como afirma Júlia Caroline Rosa Portella¹⁰⁸⁸ atualmente no Brasil, a busca pela cura das doenças, associada ao avanço tecnológico em pesquisa científica, faz com que a cada dia, a indústria farmacêutica apresente diversos novos tipos de tratamentos, prometendo um efeito melhor que anteriormente disponível.

Na sociedade de consumo em que estamos inseridos, é natural que as pessoas procurem produtos de última geração, no entanto, ocorre que na área da saúde, geralmente, esses tratamentos ainda são experimentais, isto é, não teve seu uso autorizado pelos órgãos de fiscalização sanitária do governo¹⁰⁸⁹.

Sobre esse assunto, Júlia Caroline Rosa Portella¹⁰⁹⁰ esclarece que para um fármaco integrar a lista do SUS, no Brasil esse deve seguir critérios e parâmetros legais, que possibilitem à população o acesso a medicamentos mais seguros, eficazes e custo-efetivos, para atendimento dos principais problemas de saúde dos cidadãos.

¹⁰⁸⁶ GONÇALVES, Jonas Rodrigo. NÓBREGA, Renata Coelho da. Judicialização da saúde e a atuação do Núcleo de apoio técnico ao judiciário – NATJUS. 2020, p. 90.

¹⁰⁸⁷ FORSTER, João Paulo K.; DAGASH, Najwa; DA SILVA, Paula Franciele. O direito à saúde e a dispensação judicial de medicamentos no Brasil: a ferramenta e-natjus.2020.

¹⁰⁸⁸ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020, p. 05.

¹⁰⁸⁹ MOREIRA, Henrique Maciel dos Santos; CAPANEMA, Itália Viviani de Lacerda; RABELLO, Vânia Faerman. O Tratamento Experimental e os Riscos à Saúde do Cidadão. 2010, p. 402.

¹⁰⁹⁰ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020, p. 26.

Em conformidade com o posicionamento do Ministro Roberto Barroso¹⁰⁹¹,

O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.¹⁰⁹²

Dentro dessa ótica, o Ministério da Saúde¹⁰⁹³, apresenta a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Renome 2022 descrevendo os medicamentos oferecidos em todos os níveis de atenção e nas linhas de cuidado do SUS, proporcionando transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos da rede.

Em síntese, a RENAME apresenta a lista de medicamentos e insumos disponibilizados no SUS de acordo com as responsabilidades de financiamento, proporcionando transparência e fortalecendo o uso racional de medicamentos.¹⁰⁹⁴

A partir da análise desse núcleo de pensamento na percepção de Júlia Caroline Rosa Portella¹⁰⁹⁵ quando o cidadão recorre ao Poder Judiciário para conseguir o tratamento experimental para a sua enfermidade, está exigindo que o Estado cumpra com a sua obrigação, mas, ao mesmo tempo exige que o ente público desobedeça às suas próprias regras, o fazendo adquirir medicamentos experimentais que sequer estão disponíveis no mercado para aquisição.

Sobre essa temática o Ministro Roberto Barros¹⁰⁹⁶, pontifica que para que um novo medicamento possa ser registrado e oferecido ao mercado.

Deve cumprir um complexo procedimento, de modo a garantir que o fármaco utilizado pelo paciente seja seguro, isto é, que não seja tóxico ou prejudicial para o organismo humano, podendo-se controlar os seus efeitos colaterais, eficaz, isto é, tenha capacidade de atuar

¹⁰⁹¹ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 34.

¹⁰⁹² Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 35

¹⁰⁹³ BRASIL. Ministério da Saúde, 2023.

¹⁰⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde, A relação nacional de medicamentos essenciais 2022.

¹⁰⁹⁵ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020, p.16.

¹⁰⁹⁶ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 39.

positivamente sobre a doença, e de qualidade, isto é, seja fabricado de acordo com uma série de exigências e práticas estabelecidas.

A esse respeito encontramos a seguinte colocação nas palavras de Vanessa Desirée Gallas e Letícia Lassen Petersen.¹⁰⁹⁷

A judicialização de medicamentos experimentais, ou medicamentos que não obtiveram o seu reconhecimento pela Anvisa, perfaz uma lógica inversa a toda construção teórica de bem público, ao passo que se está priorizando o direito individual de modo a prejudicar o coletivo.

Afim de compreender como esses elementos podem estar relacionados com direito a saúde, as colocações de Henrique Maciel dos Santos Moreira, Itália Viviani de Lacerda Capanema¹⁰⁹⁸ merecem destaque:

O tratamento experimental somente pode ser utilizado no país no âmbito da pesquisa científica, custeado pelo laboratório pesquisador. Fora do âmbito da pesquisa científica, toda utilização e comercialização desse medicamento é feita no “câmbio negro”, sem observância às normas éticas, técnicas e sanitárias determinadas pelos órgãos de saúde pública do país.

Levando em consideração esses aspectos, Luciano Pereira Vieira¹⁰⁹⁹, considera que as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos experimentais pelo Sistema Único de Saúde ignoram solenemente os dispositivos legais pátrios referentes à segurança sanitária.

Outro detalhe importante relativo ao fornecimento de medicamentos no Brasil, pelos serviços públicos de saúde, estar em fazer uma diferenciação entre o que seria um medicamento novo e um medicamento experimental.

A esse respeito os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹¹⁰⁰ afirmam que:

¹⁰⁹⁷ GALLAS, Vanessa Desirée; PETERSEN, Letícia Lassen. A obrigação dos entes federados ao fornecimento de medicamentos experimentais. Revista 73 Desenvolvimento Socioeconômico em Debate, Criciúma, 2015.

¹⁰⁹⁸ MOREIRA, Henrique Maciel dos Santos; CAPANEMA, Itália Viviani de Lacerda; RABELLO, Vânia Faerman. O Tratamento Experimental e os Riscos à Saúde do Cidadão. Direito sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.

¹⁰⁹⁹ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? 2012.

¹¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.286.

Há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes, protocolos de pesquisa e não liberados para venda.

Referindo-se a um marco conceitual apresentado por Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹⁰¹ afirma-se que os medicamentos experimentais são aqueles que sequer terminaram as primeiras três fases de testes clínicos necessários para que seu pedido de registro possa ser requerido ao órgão regulador.

Conforme referência Ingo Wolfgang Sarlet. Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero¹¹⁰² a partir de tal distinção, o STF entendeu que:

O medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional, ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto à segurança para o próprio autor da demanda.

Quanto ao critério acima referido de distinção entre medicamento novo e experimental, os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni. Daniel Mitidiero¹¹⁰³ evidenciam que o marco preponderante, entres estes será, em regra, a necessidade de análise e autorização pela ANVISA.

A esse respeito, é necessário observar sobretudo que os medicamentos experimentais são produtos de pesquisas científicas, os quais necessitam passar por diversas fases e testes rigorosos antes de serem aprovados pelo órgão competente do país.¹¹⁰⁴

Nesse sentido, Júlia Caroline Rosa Portella¹¹⁰⁵ evidencia sobre a obrigatoriedade do Estado em custear tratamento em caráter experimental, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2019, no julgamento do Recurso

¹¹⁰¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p.

¹¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.286.

¹¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.295.

¹¹⁰⁴ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020

¹¹⁰⁵ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020, p. 90.

Extraordinário 657.7 do Estado de Minas Gerais¹¹⁰⁶, pacificou seu entendimento no sentido de que “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, salvo em casos excepcionais”.

Referindo-se ao posicionamento do STF, Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹⁰⁷ compreende que a tese firmada no Recurso Extraordinário nº. 657.718, sobre medicamentos experimentais e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, representou seguramente um avanço em relação à jurisprudência anterior.

Nesse contexto o Ministro Roberto Barroso na relatoria do Recurso Extraordinário N. 657.718 de Estado de Minas Gerais, referência na ementa desse acórdão, importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao dispor da seguinte forma:

No caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

Sobre essa temática, o Ministro Roberto Barros¹¹⁰⁸, pontifica que, primeiramente, devem-se diferenciar os casos que se referem a medicamentos meramente experimentais dos casos que tratam de medicamentos que já concluíram todas as etapas de testes, mas que ainda se encontram sem registro na agência reguladora.

Quando a demanda se relacionar a medicamentos experimentais, isto é, ainda em fase de pesquisas e, logo, sem informações científicas que permitam atestar sua eficácia e segurança, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los.

Corroborando com essa ideia, Ana Paula de Barcellos¹¹⁰⁹ afirma que:

¹¹⁰⁶ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 26.

¹¹⁰⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p.

¹¹⁰⁸ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 44.

¹¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. Forense, 2022. p.182

O STF entendeu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos experimentais sem registro na ANVISA, salvo, excepcionalmente, no caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro e uma vez que o medicamento cujo registro pende de apreciação perante a ANVISA já tenha obtido registro em “renomadas agências de regulação no exterior” e não haja substituto terapêutico com registro no Brasil.

As colocações do autor Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹¹⁰ conduzem a seguinte percepção:

A decisão do RE n. 657.718 limitou-se exclusivamente à questão dos medicamentos experimentais e do chamado registro de medicamentos. O registro é a aprovação que o Estado confere a todo medicamento para que possa ser comercializado no país. No Brasil, esse processo é realizado pela Anvisa. Como bem apontado no voto do Ministro Relator Marco Aurélio, “o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto.

Esse aspecto foi observado no estudo de Lenir Santos¹¹¹¹, para quem essa decisão dispensa maiores comentários pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro não admitir obrigação estatal no fornecimento de medicamentos experimentais por contrariar normas específicas, as quais somente admitem circulação de medicamento registrado no órgão competente, ou seja, aquele que não tem caráter experimental.

Em face dessa contingência a referida autora¹¹¹², afirma que os medicamentos experimentais dependem de estudos em suas diversas fases e devem, após sua comprovada eficácia e segurança, obter registro na Anvisa, nos termos da Lei nº. 6.360, de 1976, e da Lei nº. 9.782 de 1999.

A partir dos discursos apresentados evidencia-se que enquanto não finalizadas as pesquisas científicas, obtido o registro junto à Anvisa e devidamente incorporado ao Sistema Único de Saúde – após a constatação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade –, não deve ser deferida medida judicial tendente a determinar a aquisição e dispensação, pelo Estado brasileiro, de medicamento considerado experimental¹¹¹³.

¹¹¹⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 36.

¹¹¹¹ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021.

¹¹¹² SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. Rio de Janeiro, 2021.

¹¹¹³ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? 2012.

Em face dessa contingencia, Luciano Pereira Vieira¹¹¹⁴, constata que Conselho Nacional de Justiça, preocupado com os rumos que a judicialização de políticas públicas da saúde estava adquirindo, sobretudo em se tratando da concessão de liminares para o fornecimento de medicamentos experimentais, editou a Recomendação nº. 31, de 30/03/2010.

Sobre esse assunto, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹¹¹⁵ consideram que em termos gerais no que se refere sobre a excepcionalidade da imposição ao Poder Público de prestações em especial de medicamentos não previstas no sistema de políticas públicas já praticadas com destaque para a legislação do SUS, tem sido mantida pelo STF.

Levando-se em conta o que foi observado, Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹¹⁶ pontifica que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. Essa regra vai impedir a concessão de liminares para tratamentos experimentais no exterior ou no Brasil, isto é, tratamentos que não passaram sequer pela fase inicial de pesquisa clínica exigida para que qualquer medicamento possa ser considerado para uso e comercialização.

Nesse sentido, Luciano Pereira Vieira¹¹¹⁷, considera que não razão para se falar, no Brasil, em direito subjetivo à obtenção de medicamento experimental.

Afinal, os deveres de proteção à saúde, de vigilância sanitária e de manutenção da higidez do sistema público de saúde, atribuídos pelo texto constitucional ao poder público, não permitem inferir o acolhimento dessa pretensão pelos indivíduos, salvo as exceções legais, como é o caso do já citado artigo 8º da Lei no 9.782/99, que autoriza a Anvisa a dispensar o registro de medicamentos “quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.

¹¹¹⁴ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?2012.

¹¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.292.

¹¹¹⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 56.

¹¹¹⁷ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?2012.

Por tudo isso, Júlia Caroline Rosa Portella¹¹¹⁸ constata que ao final do julgamento, a Suprema Corte, fixou a seguinte tese para efeito de aplicação da repercussão geral:

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 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; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4). As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Conforme referência Luciano Pereira Vieira¹¹¹⁹, outra exceção à regra da impossibilidade de dispensação de medicamentos sem registro no País, inclusive experimentais, consta no artigo 8º da Lei nº. 9.782/99,31 segundo o qual a Anvisa poderá dispensá-los desse requisito formal “quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.

Está colocação vem de encontro com o disposto por Luciano Pereira Vieira¹¹²⁰, conforme apresentamos:

Obviamente, essa afirmação poderá ceder na hipótese excepcionalíssima de, durante a instrução probatória, restar demonstrado que a ausência de registro junto à Anvisa e de incorporação do medicamento no SUS, como nova tecnologia de saúde, deve-se única e exclusivamente a retardos injustificados atribuídos à burocracia estatal no encerramento do processo administrativo e que o medicamento indicado é realmente indispensável ao requerente. Nesse caso, não sendo o medicamento verdadeiramente experimental (sem comprovação científica de eficácia), mas tão somente uma nova tecnologia ainda não incorporada ao SUS, acreditamos ser plenamente possível, mantidas as premissas.

¹¹¹⁸ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020

¹¹¹⁹ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?2012.

¹¹²⁰ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?2012.

Corroborando com essa ideia, Júlia Caroline Rosa Portella¹¹²¹ afirma que a estar pacificado no entendimento do Supremo, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos/tratamentos experimentais ou sem o devido registro no órgão regulador, exceto em casos raros. Ratificando que para estes casos excepcionais, em que haja mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, para a concessão deste medicamento, como por exemplo, a ausência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Essa situação reflete a mesma apresentada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 do Distrito Federal de 2016, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que em medida liminar por maioria de votos suspende a eficácia da Lei nº. 13.269/2016, que autorizava o uso do medicamento fosfoetanolamina, chamada “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem como da ausência de registro sanitário perante o órgão competente¹¹²².

Nesse mesmo sentido, Nathalia Masson¹¹²³ menciona que outra importante manifestação da nossa Corte Suprema em defesa à saúde foi prolatada pelo Plenário do STF, em medida liminar na ADI 550115, que resultou na suspensão da Lei 13.269/2016 e, por consequência, desobrigando o Estado de fornecer a fosfoetanolamina sintética, medicamento experimental conhecido como “pílula do câncer”.

No julgamento de liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 5501, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, realizada em maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em defesa da dignidade da pessoa humana, decidiu-se por suspender a eficácia da Lei nº. 13.269/2016¹¹²⁴, que permitia o uso no Brasil da fosfoetanolamina sintética¹¹²⁵, conhecida popularmente como “pílula do câncer”.

¹¹²¹ PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais. 2020, p. 45.

¹¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.296.

¹¹²³ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. Ed. JusPodivm, 2022, p. 1274.

¹¹²⁴ Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Artigo 1º da Lei Nº 13.269/2016

¹¹²⁵ A lei foi aprovada devido à existência de inúmeros relatos de pessoas que declara que a droga promoveu melhoras ao paciente, o argumento principal utilizado para o acesso foi o paciente ter direito ao tratamento visando à preservação da vida. SANTOS, J. Henrique. O direito à saúde. 2020

Conforme narra, a fosfoetanolamina sintética foi descoberta na década de 1970, a partir de testagem realizada em camundongos com melanoma. Aponta distribuído o medicamento, após experimentos em culturas de células e pequenos animais, a pacientes que sofriam de câncer. Ressalta ausência de testes clínicos em pessoas, inobservando-se o previsto na Lei nº. 6.360/1976¹¹²⁶.

Em conformidade Nathalia Masson¹¹²⁷ na decisão tomada por maioria de votos, verifica-se que os Ministros do STF, acolheram o argumento apresentado pela Associação Médica Brasileira - AMB, autora da ação, de que em razão da ausência de testes da substância em seres humanos e do desconhecimento acerca da eficácia do medicamento e dos efeitos colaterais, sua liberação seria incompatível com alguns dos mais caros direitos fundamentais constitucionais, como o direito à saúde, à segurança e à vida.

Associação Médica Brasileira – AMB ajuizou ação direta, com pedido de liminar, buscando seja declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, da Lei nº. 13.269, de 13 de abril de 2016, a autorizar o uso, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, da fosfoetanolamina sintética.¹¹²⁸

Este aspecto foi observado por José Henrique Santos¹¹²⁹, ao afirmar que cada medicamento registrado no Brasil recebe aprovação da Anvisa. A aprovação no Brasil, porém, pode demorar, por vários motivos.

Como exemplo de medicamento não aprovado pela ANVISA cita-se a pílula do câncer. A pílula do câncer não é considerada medicamento pela ANVISA, e nem pelos médicos, pois ainda não passou por testes clínicos que visa avaliar sua toxicidade. Para os detentores poderia ser distribuído como suplemento alimentar, até que venha a ganhar o status de remédios.

Sobre esse assunto é importante mencionar que a Anvisa, mediante nota à imprensa publicada em 21 de fevereiro de 2017, com última modificação em 12 de

¹¹²⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 26.10.2020, p. 2.

¹¹²⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 435.

¹¹²⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 26.10.2020, p. 2.

¹¹²⁹ SANTOS, José Henrique. O direito à saúde. São Paulo: Atlas, 202, p. 12.

dezembro de 2018, esclarece nunca ter sido protocolado pedido de registro da fosfoetanolamina sintética.¹¹³⁰

Sobre esse assunto, Nathalia Masson¹¹³¹ considera que o medicamento é assim chamado quando ainda não há qualquer comprovação científica de sua eficácia e da segurança do seu uso. É um fármaco que ainda está em fase de pesquisas e testes. A fosfoetanolamina sintética "pílula do câncer" se enquadra nessa descrição.

A partir dos discursos apresentados, constata-se em decisão do Supremo Tribunal Federal, que em nenhuma circunstância o Poder Judiciário poderá prolatar decisão que obrigue o Estado a fornecer tais medicamentos.¹¹³²

O Ministro Edson Fachin¹¹³³ se manifestando na Ação Declaratória de Constitucionalidade 5501 sustenta que:

Ao subsidiar os argumentos que dão pela inconstitucionalidade da lei, a requerente sustenta incompatibilidade com os arts. 6º, 196 e 197 da Constituição Federal, na medida em que a substância “não teria passado pelos testes clínicos, em seres humanos, realizados nos termos da Lei nº. 6.360/76”. Aduz-se, por fim, a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei por ofensa ao art. 37 da CRFB e ao princípio da estrita legalidade.

Nesse contexto, o Ministro Marcos Aurélio¹¹³⁴ explica que é no mínimo temerária e potencialmente danosa a liberação genérica do tratamento sem realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar.

Conforme referência, Nathalia Masson¹¹³⁵ esclarece que o julgamento do mérito da ADI 5501 ainda não ter acontecido, em maio de 2019, no julgamento do RE 657.718, o STF, por maioria, fixou uma tese importantíssima sobre o tema. Segundo a Corte: O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.

¹¹³⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marcos Aurélio. Julgado: 26.10.2020, p. 14.

¹¹³¹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 435.

¹¹³² MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 435.

¹¹³³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marcos Aurélio. Julgado: 26.10.2020, p. 14.

¹¹³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marcos Aurélio. Julgado: 26.10.2020, p. 15.

¹¹³⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 1724.

O Ministro Roberto Barroso¹¹³⁶ na relatoria do Recurso Extraordinário 657.718 do Estado de Minas Gerais, julgado em 22 de maio de 2019.

Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

Em sessão realizada pelo plenário em Sessão Virtual no período de 21 a 28 de agosto de 2020, ficou estabelecido nesse Recurso Extraordinário a manifestação através dos votos dos Ministros, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso é importante mencionar que cada um dos exímios ministros apresentou proposta com requisitos específicos para a concessão de medicamentos, com posterior pedido de vista do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Após o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, chegou a determinar em sede de Repercussão Geral a tese de Tema nº. 6, determinando que:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹¹³⁷ o relator Ministro Marco Aurélio considerou que:

É possível obrigar o Poder Público a prover medicamentos de alto custo não incorporados ao sistema do SUS, devem estar presentes os

¹¹³⁶ Recurso Extraordinário 657.718MG. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p.25.

¹¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.292.

requisitos da indispensabilidade do medicamento e da incapacidade financeira do autor e de sua família, pois há de ser demonstrado que em causa está a garantia do mínimo existencial, o que exige, além disso, a demonstração da efetiva necessidade e impossibilidade de custeio pelo requerente ou familiares (em termos analógicos ao da obrigação alimentar civil), em homenagem ao princípio (e dever) de solidariedade.

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte sentido:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União:

1. Comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;
2. Existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências;
3. Certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
4. Atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.

O Ministro Roberto Barroso, em voto-vista, desproveu o recurso pelo fato de, no curso da ação, o medicamento ter sido aprovado pela ANVISA e incorporado à lista de medicamentos do SUS, mas frisou que, no caso de medicamentos não incorporados ao sistema, deverá ser observado rigorosamente, para manter o caráter excepcional de tal tipo de situações, um conjunto de critérios materiais e procedimentais.

Apresentamos na sequência a tese apresentada pelo Ministro Roberto Barroso, que fixava da seguinte forma:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

1. A incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
2. A demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
3. A inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
4. A comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
5. A propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Acrescenta ainda o Ministro Roberto Barroso, a necessidade de se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

O julgamento não foi concluído pelo plenário do STF por que o Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos. Segue pendente de julgamento a questão referente à possibilidade de obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos de alto custo.¹¹³⁸

Em conformidade com Fabian Serejo Santana e Jordan Souza Silva¹¹³⁹, ressalta-se, que estes produtos ainda estão em pesquisas então sendo desenvolvidas e levando muitas pessoas a depender destes medicamentos, sendo que na qual ainda não aprovados pela ANVISA, ou seja, ainda, não regular para a comercialização neste sentido a equidade de acesso à saúde deverá prevalecer promovendo qualidade de vida a ser humano.

6.6.4 Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e Doenças Raras

O Sistema Único de Saúde não possui política de assistência farmacêutica específica para doenças raras, e a própria construção dessa política esbarra em questões bioéticas que envolvem temas como equidade, recursos escassos e reserva do possível¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio. O processo foi incluído no calendário para julgamento em 23 de outubro de 2019.

¹¹³⁹ SANTANA, Fabian Serejo. SILVA, Jordan Souza. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA. Revista Missioneira. 2022.

¹¹⁴⁰ Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União 1998; 10 nov. 2022.

Em face dessa contingência, verifica-se que o alto custo dos medicamentos tem sido identificado como barreira ao acesso e utilização destes produtos, fato que evidencia a relevância de programas como o de Medicamentos de Dispensação Excepcional, garantindo sua disponibilização, por meio dos serviços públicos de saúde.

Como afirma Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹⁴¹ sobre essa temática, o Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral estabeleceu a possibilidade de se obrigar o Poder Público, pela via judicial, a dispensar medicamentos de alto custo para doenças raras não incorporadas à lista correspondente elaborada pelo Ministério da Saúde e veiculada mediante Portaria.

Alguns exemplos dessas enfermidades são: artrite reativa, doença de falciforme, doença de Gaucher, epidermólise bolhosa, esclerose múltipla, fenilcetonúria, fibrose cística, hepatite autoimune, leucemia mieloide crônica, mieloma múltiplo, síndrome de Guillain-Barré e talassemias.¹¹⁴²

O conceito de doença rara¹¹⁴³ encontra-se definido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹¹⁴⁴, conforme apresentamos:

Considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100 mil indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada duas mil. O número exato de doenças raras não é conhecido, mas estima-se que existam entre 6 mil e 8 mil tipos diferentes no mundo.

Como requisitos para a determinação judicial para que o Estado seja obrigado a custear tratamento/medicamentos nos casos de doenças raras, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, determinou o seguinte:

Nesses casos, a parte deverá demonstrar que (i) a doença é rara conforme os critérios da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa n. 205/2017 (enfermidade que atinge até 65 pessoas em cada 100 mil) e (ii) não há protocolo clínico específico do Ministério da Saúde para o tratamento da doença.

¹¹⁴¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 12.

¹¹⁴² Anvisa, do Ministério da Saúde (MS) e da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) do MS. 2023.

¹¹⁴³ As doenças raras não têm cura e geralmente são crônicas, progressivas e incapacitantes, podendo ser degenerativas e também levar à morte. Um tratamento adequado é capaz de reduzir complicações e sintomas, assim como impedir o agravamento e a evolução da doença.

¹¹⁴⁴ Anvisa, do Ministério da Saúde (MS) e da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) do MS. 2023.

Em conformidade com Leonardo Rodrigues¹¹⁴⁵, a questão específica da dispensação gratuita de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde encontra-se disciplinada pela Portaria nº. 3.916/98¹¹⁴⁶ do Ministério da Saúde, que estabelece a matriz e toda a estrutura da Política Nacional de Medicamentos que integra a Política Nacional de Saúde, cabendo ao gestor federal, por meio do Ministério da Saúde, estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de poder, bem como elaborar, atualizar e revisar a Relação Nacional de Medicamentos.

Dentro dessa ótica, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.¹¹⁴⁷

Tendo em vista as especificidades, o Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.¹¹⁴⁸

Pretendemos nesse tópico analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro nas ações judiciais com requerimento por medicamento de alto custo e sobre as hipóteses para tratamento de doenças raras com o propósito de descrever o posicionamento do Supremo nessas demandas de custos elevados para a efetivação do direito social à saúde, apresentando os argumentos ético-jurídicos utilizado como justificativa em suas decisões, dando ênfase ainda ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana que exige do Estado a efetivação desses direitos.

¹¹⁴⁵ RODRIGUES, Leonardo. Controle jurisdicional não judicial e judicial das políticas públicas de saúde. Caderno Virtual n. 56, 2023, p. 02.

¹¹⁴⁶ Portaria Nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, dispõe a Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. Brasil. Ministério Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União 1998; 10 nov.2022.

¹¹⁴⁷ Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União 1998; 10 nov. 2022.

¹¹⁴⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União 1998; 10 nov. 2022.

Dentro dessa ótica, Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹¹⁴⁹ apontam que as demandas por medicamentos de alto custo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem por marco temporal o início da década de 1990, sobretudo para o tratamento do HIV/AIDS.

Foi um momento de construção dos primeiros critérios e parâmetros sobre o tema, os quais tem sido motivo de discussão até os dias de hoje. A partir dos anos seguintes, as demandas passaram a incluir outros tipos de medicamentos, para tratamento de outras doenças, como o câncer e doenças raras, bem como, outras formas de assistência estatal à saúde, como pedidos por tratamentos diversos, insumos, cirurgias, vagas em leitos de UTI, entre outros.

Em decisão monocrática em 22 de junho de 1994, na Suspensão de Segurança nº. 659 do Estado do Rio Grande do Sul¹¹⁵⁰ de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgada em conjunto com a SS 674 Estado do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal analisou pedido de cirurgia a ser realizada na agência espacial norte-americana.

Como afirma Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹¹⁵¹

O caso envolveu uma demanda judicial, deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de compelir o órgão de saúde estadual a colocar à disposição do impetrante, um menor de 18 anos, cerca de duzentos mil dólares, necessários para a realização de uma cirurgia na NASA, a agência espacial norte-americana. A cirurgia tinha por objetivo a tentativa de afastar a tetraplegia do Impetrante, decorrente de um disparo acidental de arma de fogo.

No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Segurança nº. 720 do Estado do Rio de Janeiro¹¹⁵², voltou a tratar dessa temática, analisando pedido de liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, requerimento para que o Estado fornecesse determinada quantidade de medicamento a paciente, durante o período de seis meses, ou a quantia correspondente ao respectivo preço, em dólares, para aquisição no exterior.

¹¹⁴⁹ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 126.

¹¹⁵⁰ Suspensão de Segurança nº 659/RS. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Carlos Velloso. Julgado: 22.06.1994.

¹¹⁵¹ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Revista D Constituição*. 2020, p. 116.

¹¹⁵² Suspensão de Segurança nº 720/RJ. Min. Relator Octavio Gallotti. Julgado: 13.12.1994.

Diante dessa ação, Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹¹⁵³ menciona que o pedido, no entanto, foi indeferido, apresentado justificativa apresentada pelo STF, nos termos seguintes:

Os riscos opostos, da lesão à economia pública, de um lado, e do perigo de vida, a que, de outro, está sujeito o impetrante, para pronunciar-se pela predominância desse último valor”. A decisão demonstrou o posicionamento do tribunal que viria a prevalecer até os dias atuais, reconhecendo a obrigatoriedade do Estado em prestar medicamentos levando-se em conta tão somente uma ponderação de valores ou princípios: de um lado, o direito à vida do postulante e, de outro, questões econômico-financeiras.

Como afirma Octávio Luiz Motta Ferraz¹¹⁵⁴ a jurisprudência do “direito a tudo”, no Brasil, foi inaugurada em 1997 em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello em uma ação contra o Estado de Santa Catarina demandando tratamento de transplante de células mioblásticas para a doença de Duchene, uma doença rara que causa distrofia muscular.

Em 1998, em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, no Agravo de Instrumento nº. 232.469 do Estado do Rio Grande do Sul¹¹⁵⁵ interposto pelo município de Porto Alegre contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, determinava que o referido município entregasse medicamentos para tratamento de pessoa portadora do vírus HIV sem condições financeiras de adquirir tais medicamentos.

Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹¹⁵⁶ pontifica que:

Neste caso, apesar de tratar-se do proferimento de uma decisão monocrática, o reconhecimento do conteúdo da norma disposta no artigo 196 da Constituição Federal como norma de eficácia imediata e aplicabilidade direta, e não como norma meramente programática, bem como, o reconhecimento do direito a medicamentos ligado ao direito à vida como um direito subjetivo em face do Estado, serão, posteriormente, os principais argumentos utilizados pelos ministros na fundamentação de suas decisões para se obrigar o Estado a fornecer medicamentos de alto custo pleiteados individualmente.

¹¹⁵³ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 116.

¹¹⁵⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. 2019, p. 26.

¹¹⁵⁵ Agravo de Instrumento Nº 232.469 RS. S.T. Federal. Min. Marco Aurélio. Julgado: 12.12.1998

¹¹⁵⁶ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 116.

Ingo Wolfgang Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁵⁷ notificam que que, nesta época, os medicamentos anti-HIV/AIDS chegaram ao mercado, e os doentes, premidos pela necessidade de acesso aos novos e custosos) fármacos, buscaram no Judiciário a garantia do tratamento devido.

Nesse sentido, em 22 de fevereiro de 2000, a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 195.192/RS¹¹⁵⁸ compeliu o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer medicamento excepcional de alto custo necessário ao tratamento de menor impúbere portador de doença rara denominada fenilcetonúria, fabricado exclusivamente nos Estados Unidos e na Suíça.

Instado a manifestar-se a respeito, Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁵⁹, esclarece que o Supremo Tribunal em 24 de novembro de 2000, estabeleceu o que se tornaria o *leading case* sobre a matéria no julgamento do Agravo Regimental no RE 271.286/RS¹¹⁶⁰, reconhecendo que:

É dever do Estado em oferecer o tratamento a pacientes aidéticos, tal como já previsto pela Lei 9.313/96. 106 O acórdão afirmou o caráter fundamental e subjetivo do direito à saúde, na condição de "prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República", representando consequência constitucional indissociável do direito à vida. Com isso, fortaleceu-se a posição que já vinha sendo adotada pelas instâncias iniciais, no sentido da admissão da aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais que positivam o direito à saúde (arts. 6.º e 196), numa opção de cunho "garantista", fortemente comprometida com a concretização do dever de proteção à saúde atribuído ao Estado - e, portanto, também ao Estado-juiz.

Em decisão proferida em 4 de maio de 2004, o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, estabeleceu que:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos,

¹¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2007, p.16

¹¹⁵⁸ Recurso Extraordinário 195.192/RS. S. Tribunal Federal. Min. Marco Aurélio. Julgado: 22.02.2000

¹¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2007, p.16

¹¹⁶⁰ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 271.286/RS. S.T. Federal. Julgado: 24.11.2000.

descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹¹⁶¹ a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45¹¹⁶² marca-se a primeira vez em que um ministro da corte ensaiou elaborar critérios para racionalizar o deferimento de prestações sobre saúde, quais sejam: mínimo existencial e reserva do possível.

Em 09 de Fevereiro de 2007, na Suspensão de Segurança 3073 do Estado do Rio Grande do Norte¹¹⁶³ que requeria a suspensão da execução da liminar concedida que determinava àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica.

Nessa linha que entendeu a Ministra Ellen Gracie que:

Ser inadequado fornecimento de medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Enfatizando que o Governo Estadual não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

Em face dessa contingência a Ministra Ellen Gracie¹¹⁶⁴, entende que estaria devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

¹¹⁶¹ MAGALHÃES, Breno Baía. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. 2023.

¹¹⁶² Em 2007 a Ministra Ellen Gracie utilizou, utilizou-se dos critérios estabelecidos na ADPF 47//2004, na STA 91 para suspender decisão que obrigou o Estado de Alagoas a fornecer tratamento para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Cunha; Farranha, 2021.

¹¹⁶³ Suspensão de Segurança 3073 RN. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado: 09.02.2007.

¹¹⁶⁴ Suspensão de Segurança 3073 RN. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado: 09.02.2007.

Outro aspecto apresentado pela Ministra Ellen Gracie¹¹⁶⁵ na efetivação do pedido, estaria relacionado ao caráter experimental do medicamento, pontificando que:

Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas, mencionando que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo "em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam".

Em 24 de outubro de 2007, na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471 do Estado do Rio Grande do Norte¹¹⁶⁶ Ministro Relator Marco Aurélio sustenta que:

O supremo reconheceu que quanto a assistência em medicamento de alto custo, existe repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamento de alto custo, decisão reconhecida por unanimidade pelo supremo.

Nathalia Masson¹¹⁶⁷ pondera nesse Recurso Extraordinário que trata do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde segue pendente de análise. Isso significa que nessa pauta referente à judicialização da saúde, a Corte ainda terá que decidir sobre o fornecimento de produtos não incorporados ao SUS.

Em 22 de dezembro de 2008¹¹⁶⁸ na Suspensão de Tutela Antecipada 198, Estado de Minas Gerais, sobre pedido de fornecimento de medicamento denominado elapraxe (Idursulfase) ao menor Marlon Galdino dos Santos, portador da Síndrome de Hunter - Mucopolissacaridose de Tipo II, orçado em mais de um milhão de reais anuais, à criança portadora de doença genética rara e degenerativa.

¹¹⁶⁵ Suspensão de Segurança 3073 RN. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado: 09.02.2007.

¹¹⁶⁶ Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6. Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Marco Aurélio. Julgado: 24.10.2007, p. 02.

¹¹⁶⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10ª. JusPodivm, 2022, p. 435.

¹¹⁶⁸ Suspensão de Tutela Antecipada. STA Nº 198/MG. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 22.12.2008.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes¹¹⁶⁹ o pedido de suspensão fundamenta-se, em síntese, em argumentos:

De lesão à saúde e à segurança públicas, uma vez que o medicamento é importado e não foi registrado na ANVISA, sendo proibida sua comercialização no país; de grave lesão à economia pública diante do elevado custo anual do tratamento, da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao planejamento orçamentário; e de possibilidade de ocorrência do denominado 'efeito multiplicador', em razão do crescimento de demandas judiciais contra a União para o fornecimento de medicamentos, comprometendo a viabilidade do Sistema Único de Saúde.

Outro argumento apresentado pelo Estado de Minas Gerais reside na falta de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, conseqüentemente, a proibição de sua comercialização no Brasil.

Em 17 de março de 2010, na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Estado do Ceará requerendo ao município de fortaleza o fornecimento do medicamento denominado “Zvesca” em favor pessoa portadora da doença Niemann-Pick tipo “C” - doença neurodegenerativa rara que causa distúrbios neuropsiquiátricos.¹¹⁷⁰

Quanto aos argumentos apresentados como defesa, Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹¹⁷¹ apontam que à União alega que:

O alto custo do medicamento, segundo alegou a agravante (União), poderia implicar o deslocamento de esforços e recursos estatais e a descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população. Rebatendo este argumento, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, que foi acompanhado pelos demais Ministros, afirmou que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

¹¹⁶⁹ Suspensão de Tutela Antecipada. STA Nº 198/MG. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgado: 22.12.2008.

¹¹⁷⁰ O tratamento foi orçado em R\$ 52.000,00 por mês, um valor impossível de ser custeado pela paciente e sua família. Tal medicamento, na época do julgamento, não constava nos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo considerado medicamento de alto custo não contemplado na política farmacêutica da rede pública. REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no brasil e a teoria dos custos dos direitos. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. 2020, p. 116.

¹¹⁷¹ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no brasil e a teoria dos custos dos direitos. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. 2020, p. 116.

Nesse contexto, Jaqueline Santa Brígida Sena e Wilson Levy¹¹⁷² apresentam que o parecer da Procuradoria-Geral da República destacou que:

O argumento central apontado pela União reside na falta de registro do medicamento Zavesca® (miglustate) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, consequentemente, na proibição de sua comercialização no Brasil”. E, segundo apontou o mesmo parecer, a União afirmou que o medicamento em questão, além de possuir custo elevado e de não constar dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, não seria eficaz no tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C.

Em referência a essa ação, Márcio Santoro Rocha¹¹⁷³ menciona que tratou-se do primeiro grande julgado envolvendo o tema do direito à saúde no STF após a Audiência Pública 4, convocada em 2009 pelo STF, que promoveu o debate dos diversos setores envolvidos no tema saúde pública, na busca por respostas à crescente judicialização. Mencionando que as conclusões do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, fixaram parâmetros judiciais a serem seguidos em ações do gênero, cancelados pelo tribunal.

Sobre esses parâmetros, Leonardo Rodrigues¹¹⁷⁴, explica que estes devem ser considerados pelo Poder Judiciário quando da avaliação de casos concretos, pelo Poder Judiciário, consubstanciados em quatro requisitos:

1. A inexistência de tratamento ou procedimento, medicamento similar ou 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;
2. A adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente;
3. A aprovação do medicamento pela Anvisa (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99)
4. A não configuração de tratamento experimental.

¹¹⁷² SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. 2012, p. 35.

¹¹⁷³ ROCHA, Márcio Santoro. A Suspensão de T. Antecipada 175 e a judicialização da Saúde. 2018.

¹¹⁷⁴ RODRIGUES, Leonardo. Controle jurisdicional não judicial e judicial das políticas públicas de saúde. Caderno Virtual n. 56, 2023, p. 02.

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹¹⁷⁵ O ministro relator do caso, Marco Aurélio, defendendo que o requerente deverá cumprir dois requisitos: imprescindibilidade do medicamento (elemento objetivo do mínimo existencial) e incapacidade financeira de aquisição (elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial). Isso quer dizer que, uma vez cumpridos, independência o alto custo dos medicamentos ou se esses não constarem em listas elaboradas pela política nacional de medicamentos.

Nesse sentido, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal estabelece parâmetros no STA 175, representando este um consenso na corte sobre a subsidiariedade do fornecimento de medicamentos de alto custo. Entretanto, observa o referido autor que não fica claro se ele depende da condição financeira apenas do paciente, conforme considera o Min. Luiz Roberto Barroso, de sua família, na perspectiva do Ministro Marco Aurélio, ou se a condição financeira é um critério irrelevante¹¹⁷⁶.

Enquanto Marco Aurélio identifica apenas dois critérios de indispensabilidade e incapacidade financeira, os ministros, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin apresentam critérios técnicos diversos e não incluem o obstáculo no deferimento de cautelares, muito embora Edson Fachin exija manifestação prévia da administração.

Na observação de Daniel Wang¹¹⁷⁷, a STA 175 não foi suficiente para sedimentar as dúvidas acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, especialmente sobre os critérios judiciais a serem obrigatoriamente seguidos, situação que a Corte pretendia remediar com o julgam.

Evidencia-se então que na Suspensão de Tutela Antecipada 175, do Estado do Ceará, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal admite, em casos excepcionais, que a importação de medicamento não registrado possa ser autorizada pela Anvisa quando adquirido por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

¹¹⁷⁵ MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p. 197.

¹¹⁷⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. 2023.

¹¹⁷⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Direito Sanitário, 2013, p. 59.

Nesse mesmo sentido, Breno Baía Magalhães¹¹⁷⁸ explica que os parâmetros fixados pelo STF no julgamento da STA 175/CE, não foram seguidos ou foram relativizados pelo próprio Tribunal e como tal posicionamento determinou a necessidade de revisá-los no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 566.471/RN.

Em 23 de junho desse ano, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 361 do Estado da Bahia¹¹⁷⁹ o Relator Ministro Cezar Peluso analisa pedido de fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, denominado de Myozyme, realizado por Francisco de Pinho dos Santos, de aproximadamente 43 anos de idade e portador de doença de POMPE – Glicogenose tipo II, CID E-74.0.

EMENTA: Sistema Único de Saúde - SUS. Pretensão de fornecimento de medicamento registrado na Anvisa (Myozyme). Deferimento. Alegação de grave dano à economia pública, ante o alto custo. Ausência de demonstração. Agravo regimental não provido. Não se presume, nos processos de suspensão, grave lesão aos interesses públicos tutelados, a qual deve estar provada de plano pela Fazenda Pública.

Em síntese, narra o Ministro Cezar Peluso que o Estado da Bahia ajuizou este pedido de Suspensão, alegando que:

A ocorrência de grave lesão à ordem e à economia pública, em razão da ausência de registro do fármaco na Anvisa e do seu alto custo de R\$ 920.000,00 por ano. Alegou ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado efeito multiplicador. Argumentou ainda que o fármaco não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e que não foi comprovada a eficácia do tratamento indicado em pacientes adultos, mas tão somente no caso de tratamento na modalidade infantil.

Em decisão o Ministro Relator Cezar Peluso¹¹⁸⁰, apresenta a seguinte tese

O medicamento Myozyme, pleiteado pelo agravado, possui registro na Anvisa desde 25.3.2009. Neste caso, não há prova de que se atingiu, na extensão exigida pelo dispositivo legal, a economia política, no

¹¹⁷⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo sus: uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. 2023.

¹¹⁷⁹ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 361 Bahia. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Cezar Peluso. Julgado: 26.06.2010.

¹¹⁸⁰ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 361 Bahia. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Cezar Peluso. Julgado: 26.06.2010, p. 08.

caso não há nenhum indício de sua existência, apenas meras alegações do Estado da Bahia.

Sobre o valor do medicamento, Ministro Relator Cezar Peluso¹¹⁸¹ fazendo referência ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, reproduz a tese de que, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a política de dispensa de medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Abril de 2011, representa um marco referencial nas ações de saúde, conformidade análise de Breno Baía Magalhães¹¹⁸², ao constatar a obrigação do Estado de não fornecer medicamentos de alto custo fora do SUS, apresentando que quase uma dezena de decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal foram julgadas pelo plenário e pelas turmas após essa data.

Em 24 de maio de 2011, Recurso Extraordinário com Agravo 640.722 do Estado de Santa Catarina¹¹⁸³ sobre a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou-se o seguinte:

Agravo de Instrumento. Administrativo. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Legitimidade Passiva. 1. A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 3. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Nesse contexto, em 13 de junho do mesmo ano, essa decisão encontra manifestação contrária, posto que na Suspensão de Segurança nº. 4.316 do Estado de Rondônia¹¹⁸⁴ o Ministro Cezar Peluso decisão monocrática ratifica que:

¹¹⁸¹ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 361 Bahia. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Cezar Peluso. Julgado: 26.06.2010, p. 08.

¹¹⁸² MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p. 196.

¹¹⁸³ Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 24 de maio de 2011.

¹¹⁸⁴ Suspensão de Segurança 4.316 RO. S Tribunal Federal. Min. Cezar Peluso. Julgado: 02.09.2011

O alto custo do medicamento não seria, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Nesse contexto, Karina Ambrozio Correa¹¹⁸⁵ faz referência a outra decisão do Ministro Cezar Peluzo proferida em 02 de setembro de 2011 na Suspensão da Tutela Antecipada nº. 558 do Estado do Paraná¹¹⁸⁶ que em deferiu o requerimento de Antecipação de Tutela para o fornecimento de medicamentos, considerando que os mesmos eram indispensáveis a sobrevivência do indivíduo.

Esclarecem Roberto Freitas Filho e Camilla Japiassu Dores Brum¹¹⁸⁷ que o Ministro Cezar Peluso negou seguimento ao pedido de Suspensão de Tutela Antecipada formulado pelo Estado do Paraná no intuito de suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que determinou ao Estado o fornecimento dos insumos e medicamentos necessários ao tratamento de doença rara denominada Epidermólise Bolhosa Distrófica.

Tendo em vista as especificidades, o Ministro Cezar Peluzo¹¹⁸⁸ concluiu que:

É evidente que os pacientes necessitam do uso diário e contínuo dos insumos e medicamentos pleiteados, de modo a diminuir o sofrimento intenso decorrente das características próprias da patologia, bem como da necessidade de trocas diárias dos curativos. Dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de contracautela.

Sobre esse assunto, Alessandro Marcus da Silva Gonçalves¹¹⁸⁹, assevera que a posição do Supremo Tribunal Federal em consideração a obrigação do Estado de assegurar a saúde a todo cidadão, estabelece, contudo, que o Poder Público tem o dever de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos

¹¹⁸⁵ CORREA, Karina Ambrozio. *Direito à saúde: A responsabilidade do Estado e a judicialização da saúde*. 2012, p. 14.

¹¹⁸⁶ Suspensão da Tutela Antecipada 558 PR. STF. Relator Min. Cezar Peluzo. Julgado: 2.09.2011.

¹¹⁸⁷ FILHO, Roberto Freitas. BRUM, Camilla Japiassu Dores. *A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal*. 2014, p. 49.

¹¹⁸⁸ Suspensão da Tutela Antecipada 558 PR. Supremo Tribunal Federal Relator Min. Cezar Peluzo. Julgado em 2 de setembro de 2011.

¹¹⁸⁹ GONÇALVES, Alessandro Marcus da Silva. *Intervenção do poder judiciário na efetivação do direito à saúde*. Revista Científica Intraciência. 2020, p. 7.

pelo SUS, sendo observada a Judicialização do Direito a Saúde, ocorrida não por ausência das políticas públicas e sim pelo seu não cumprimento.

Em síntese, Fernando Rister de Sousa Lima¹¹⁹⁰ analisa que em muitos casos levados a juízo, realmente não há recursos para o fornecimento de determinado medicamento com o cerne de tratar doença rara. Não obstante esse cenário, a Suprema Corte decidiu pela obrigação de seu fornecimento, mormente porque a saúde é um bem indisponível. Com essa linha de decisão, constrói-se a indisponibilidade do direito à saúde em desfavor de sua não concretude.

Em 07 de maio de 2015, em Agravo de Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 761 do Distrito Federal¹¹⁹¹ o Ministro Relator, Ricardo Lewandowsk analisando pedido de fornecimento do medicamento Soliris Eculizumabe para tratamento de doença denominada hemoglobínúria paroxística noturna HPN, relata que:

Trata-se de suspensão de tutela antecipada ajuizada pelo município de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que manteve antecipação de tutela que determinou o fornecimento de medicamentos indispensáveis para o tratamento de doença genética rara. Informa que se trata de medicamento importado, de alto custo e que o tratamento anual para um indivíduo é estimado em US\$ 409.500,00, e aponta que o referido fármaco, não possui registro na ANVISA, deve ser administrado de forma vitalícia.

Em manifestação, o Ricardo Lewandowsk¹¹⁹² ratifica que a matéria trazida à baila já foi objeto de análise no Supremo Tribunal Federal – SL 558/DF e SL 633/BA, de relatoria do Min. Ayres Britto, e SS 4.304 e SS 4.316/RO, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, preleciona que nesses julgados foi uníssono o entendimento de que deveria ser mantido o fornecimento do fármaco “Eculizumab – Soliris” para portadores da enfermidade denominada Hemoglobínúria Paroxística Noturna - HPN, possibilitando que essas pessoas tenham uma vida minimamente digna.

¹¹⁹⁰ LIMA Fernando Rister de Sousa. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. Revista Direito GV. 2016, p. 694.

¹¹⁹¹ Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 761 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Ricardo Lewandowsk. Julgado: 07.05.2015, p. 04.

¹¹⁹² Regimento na Suspensão de Tutela Antecipada 761 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Ricardo Lewandowsk. Julgado: 07.05.2015, p. 05.

Em 05 de junho de 2015, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 São Paulo¹¹⁹³, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, manifestando-se sobre pedido de fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde¹¹⁹⁴ conforme apresentamos:

EMENTA: 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 pública. 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.

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 pública.

No relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski¹¹⁹⁵ relata a justificativa apresentada pelo Estado de São Paulo, conforme transcrevemos “O Estado de São Paulo, por seu turno, informou que se nega a fornecer medicamentos que a ANVISA ainda não tenha registrado no País, já que isso impede a comercialização no Brasil, dadas as incertezas científicas sobre a efetividade e a segurança do tratamento”. Nesse contexto, Ministro Ricardo Lewandowski, entende que:

¹¹⁹³ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado: 05.06.2015, p. 08.

¹¹⁹⁴ Contando com poucos recursos financeiros, o interessado, solicitou ao Poder Público o fornecimento dos medicamentos mencionados, mas a Secretaria de Saúde do Município de São Paulo e a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo informaram (páginas 39 a 41 do documento eletrônico 1) que os medicamentos Sofosbuvir 400 mg e Simeprevir 150 mg, ambos via oral, não estão disponíveis na rede pública. Por isso, o interessado pediu a antecipação da tutela para que os réus da ação fornecessem o combinado de medicamentos. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado: 05.06.2015, p. 10.

¹¹⁹⁵ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado: 05.06.2015, p. 13.

A Presidência da Suprema Corte, em decisões já confirmadas pelo Plenário, que é vedado à Administração Pública fornecer medicamentos que não possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, destacando que o registro do fármaco é uma garantia à saúde pública, mostrando-se como condição necessária para atestar a segurança e a eficácia do produto. Trata-se de medida de precaução quanto ao uso de medicamentos ainda não completamente testados.

Porém, é recomendável, assim, que seja determinado o excepcional fornecimento dos fármacos requeridos, tendo em vista que a falta de tais medicamentos pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida do beneficiário, mostrando-se indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano.

Ratifica o Ministro Ricardo Lewandowski¹¹⁹⁶ 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. Nesse sentido, entendo que se mostra imperiosa para a preservação da vida do paciente a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de suspensão.

Em 03 de dezembro de 2015, o Ministro Relator Dias Toffoli se manifestando no Recurso Extraordinário 581.488 do Estado do Rio Grande do Sul¹¹⁹⁷ que analisava o acesso de paciente à internação pelo Sistema Único de Saúde com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

Ação tem como recorrente o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão prolatado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por entender que possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o

¹¹⁹⁶ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado: 05.06.2015, p. 20

¹¹⁹⁷ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 56.

acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal¹¹⁹⁸.

No entender do recorrente, o acórdão proferido pela Corte a quo viola o artigo supracitado, na medida em que o direito à saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, não pode sofrer embaraço por parte de autoridade administrativa que resulte em redução de seu âmbito ou em dificuldade de seu acesso. Para corroborar o quanto afirmado, a parte colacionou precedentes do Tribunal de origem e deste Supremo Tribunal Federal em que se admitia o atendimento diferenciado.¹¹⁹⁹

O assunto foi inscrito como Tema nº. 579 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) mediante o pagamento da diferença respectiva.

Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli¹²⁰⁰ pontifica que:

Não se pode conceber que um atendimento público de saúde que se pretenda igualitário compreenda, dentro de si, diversas possibilidades de atendimento de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente, sobretudo quando esse atendimento se encontra a cargo do Estado, pensamento esse amplamente colocado pelos expositores durante a audiência pública.

O Ministro Relator Dias Toffoli¹²⁰¹, apresentou a tese para a aprovação: é constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado, por médico do próprio Sistema Único de Saúde ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

O Ministro Edson Fachin¹²⁰² em seu voto apresentou negativa de provimento ao Recurso Extraordinário ora julgado, com a fixação de tese no sentido da impossibilidade de facultar ao paciente atendido pelo Sistema Único de Saúde o

¹¹⁹⁸ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 04.

¹¹⁹⁹ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 04.

¹²⁰⁰ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 22.

¹²⁰¹ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 22.

¹²⁰² Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 39.

acesso à melhoria de acomodações por meio de complementação do pagamento e eleição do médico responsável por seu atendimento, em interpretação do artigo 196 da Constituição Federal.

Em voto a Ministra Rosa Weber¹²⁰³ com efeito, sendo o direito à saúde uma garantia constitucional, independentemente de contraprestação pecuniária, estando dissociada da ideia do sistema de seguro, sua prestação há de ser efetivada de forma universal e igualitária a todos os indivíduos do território nacional, como preconiza o voto do eminente Ministro-Relator.

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia¹²⁰⁴, em manifestação, se posiciona da seguinte forma:

Eu o acompanho integralmente, porque entendo que, em uma República, não é possível fazer qualquer distinção de acesso aos serviços públicos, sobretudo, ao serviço público de saúde, educação, que têm uma natureza essencialmente igualitária, como já foi mencionado pelos Ministros que me antecederam. A essência da República é fundamentalmente a igualdade, porque república vem de res publica - aquilo que é de todos -, e aquilo que é de todos deve ter um acesso absolutamente imparcial, sem qualquer distinção.

Especificando ainda mais essa mesma política, foram editados pelo Ministério da Saúde outros atos normativos secundários importantes, como a Portaria 1.318/02, que trata do fornecimento de medicamentos excepcionais de alto custo.

Em 08 de agosto de 2017, em Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 558 Distrito Federal¹²⁰⁵ o plenário do STF, na presidência da Ministra Carmen Lúcia, sobre a seguinte ementa, relacionado ao medicamento somente encontrado no exterior, com elevado custo, não registrada na ANVISA.

Ementa: Agravo regimental na suspensão de liminar. Fornecimento de medicamento (Soliris eculizumad) para tratamento de doença rara: precedentes em casos análogos. Matéria constitucional. Ameaça de grave lesão à economia pública não demonstrada. Risco de morte dos pacientes. Dano inverso. Ausência de argumentos ou fatos novos capazes de infirmar a decisão recorrida. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

¹²⁰³ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 62.

¹²⁰⁴ Min. Relator. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Julgado: 03.12.2015, p. 80.

¹²⁰⁵ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 558 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Carmen Lúcia. Julgado: 08.08.2017, p. 54.

Em síntese, consta no relatório da Suspensão de Liminar em análise as seguintes informações:

As autoras são portadores de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), ajuizaram ações ordinárias contra a União para que lhes fossem fornecidas “doses do medicamento Eculizumabe (Soliris), conforme prescrição médica”. O tratamento paliativo é feito por meio de transfusão sanguínea, o que traz outros riscos e não controla o agravamento da doença e o comprometimento dos órgãos vitais. Ficou demonstrado que o único tratamento específico para a enfermidade é o fármaco ‘Eculizumab – Soliris’, que impede que ocorra a hemólise (perda dos glóbulos vermelhos), droga somente encontrada no exterior, com elevado custo, não registrada na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sem distribuição pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, em voto a Ministros Cármen Lúcia¹²⁰⁶ pontifica que:

Sem desconsiderar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF, pela qual determinada a suspensão da Resolução n. 38 da Anvisa e, ainda, que as questões afetas à “obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (RE n. 657.718-RG/MG, Tema n. 500) e à “obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo”, ambos pendentes de julgamento de mérito, poderiam justificar a suspensão da decisão impugnada, verifica-se que a negativa de tratamento aos Interessados configura dano inverso que pode levá-los a óbito.

Poderá ainda a Ministra Cármen Lúcia¹²⁰⁷ que em decisões da corte vale registrar que foi reconhecida essa circunstância fática e considerada nas decisões proferidas pelos Ministros Ricardo Lewandowski (STA nº. 761/SP) e Cezar Peluso (SS nº. 4.304/CE e SS nº. 4.316/RO), pelas quais foram negados os pedidos de suspensão de decisões cuja natureza e consequências eram análogas à que se analisa na presente suspensão. Em todas elas foram mantidas as determinações de fornecimento do medicamento Soliris (eculizumad).

¹²⁰⁶ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 558 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Cármen Lúcia. Julgado: 08.08. 2017, p. 16

¹²⁰⁷ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 558 Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Cármen Lúcia. Julgado: 08.08. 2017, p. 18.

Concluindo que os argumentos trazidos no presente recurso, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo com a decisão pela qual contrariados os interesses da Agravante.

Em 29 de junho de 2018, no Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.222 São Paulo¹²⁰⁸ de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal analisou pedido de fornecimento de medicamento de alto custo denominado de Spinraza¹²⁰⁹.

Agravo Regimental na suspensão de segurança. Fornecimento de medicamento de alto custo. Spinraza. Ameaça de grave lesão à economia pública não demonstrada. Risco de morte da paciente. Dano inverso. Suspensão indeferida. Ausência de argumentos ou fatos novos capazes de infirmar a decisão recorrida. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Nesse caso argumenta o Município de Araçatuba que “não há nos autos provas cabais de que o medicamento de alto custo vindicado poderia restabelecer a saúde da parte autora ou mesmo possibilitar o prolongamento de sua vida¹²¹⁰”.

Ministra Cármen Lúcia¹²¹¹, faz referência a situação análoga de pedido desse medicamento proferido ao Estado de Goiás, conforme transcrevemos:

Além disso, o caso deve ser reavaliado à luz da recente decisão da proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de Relatoria da Min. Cármen Lúcia que, em caso análogo, em sede liminar, confirmou a obrigação do Estado de Goiás de arcar com os custos de tratamento com o medicamento Spinraza a uma criança portadora de portadora de Atrofia Muscular Espinhal (AME) tipo 1, como na hipótese dos autos.

Em síntese, José dos Santos Carvalho Filho e Simone Letícia Leão¹²¹² defendem a ideia de que a Ministra Carmen Lúcia estabeleceu que “a condenação do

¹²⁰⁸ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.222 SP. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Cármen Lúcia. Julgado em 29/06/2018, p. 01

¹²⁰⁹ Observe-se, ainda, que o medicamento foi registrado pela Anvisa por intermédio da Resolução-RE 2300, de 25.8.2017 (Registro 169930008), sendo indicado para o tratamento de pacientes que, como a interessada, sofrem dessa doença rara neuromuscular autossômica recessiva de prognóstico adverso, caracterizada pela degeneração de neurônios motores da coluna vertebral e sem outras opções terapêuticas no Brasil.

¹²¹⁰ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.222 SP. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Cármen Lúcia. Julgado em 29/06/2018, p. 03.

¹²¹¹ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.222 SP. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Cármen Lúcia. Julgado em 29/06/2018, p. 03.

¹²¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A Concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. 2019.

Estado para fins de fornecimento de medicamento de alto custo não representa lesão à ordem pública apta a autorizar o deferimento de suspensão de segurança”.

Acrescentando que o alto custo do tratamento, como se disse, é matéria a ser sopesada em decisão de mérito, restando justificada a tutela de urgência, observando-se que, ao menos por ora, a carência de recursos financeiros não pode desonerar o Poder Público de sua obrigação de assistência à saúde¹²¹³.

Em 08 de novembro de 2019, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.193.032 do Estado do Rio Grande do Sul¹²¹⁴ tratava de fornecimento de alto custo de medicamentos Reuquinol 400mg na posologia de um comprimido por dia, e Cell Cept 500mg (micofenolato mofetil) na posologia de dois comprimidos ao dia, em virtude de ser portadora de Lupus Eritematoso Sistêmico (CID 10 M32.8) para pessoas hipossuficientes, tendo por relator o Min. Edson Fachin.

Nesse sentido apresentamos as teses apresentadas no Recurso Extraordinário nº. 657.718, Estado de Minas Gerais, sobre medicamentos experimentais e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), representou seguramente um avanço em relação à jurisprudência anterior. E posteriormente a tese em construção no Recurso Extraordinário 566.471, sobre os chamados “medicamentos de alto custo”, posto que, somente três ministros já proferiram voto.

Em 22 de maio de 2019, no Recurso Extraordinário 657.718 do Estado de Minas Gerais¹²¹⁵ de relatoria do Ministro Roberto Barroso analisou situação em que o Estado de Minas Gerais se recusou a fornecer à recorrente Mimpara 30mg, destinado ao tratamento da enfermidade hiperparatireoidismo secundário em paciente com insuficiência renal em diálise.

Segundo entendeu, a ausência de registro do medicamento de origem estrangeira na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa impede seja determinado ao ente federativo o fornecimento do produto.

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não Registrados na ANVISA. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 3. No caso de

¹²¹³ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.222 SP. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Cármen Lúcia. Julgado em 29/06/2018, p. 09.

¹²¹⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.193.032 do Estado do Rio Grande do Sul Supremo Tribunal Federal. Julgado: 08.11.2019.

¹²¹⁵ Recurso Extraordinário 657.718 do Estado de Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 39.

medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); grifo nosso.

Sobre essa temática o Ministro Roberto Barros¹²¹⁶, se manifestando no referido Recurso Extraordinário, pontifica que:

Um exemplo interessante é o do Soliris (princípio ativo eculizumabe), indicado para o tratamento de uma forma rara de anemia, a hemoglobinúria proxística noturna (HPN). A administração do medicamento a um paciente custa cerca de R\$ 1 milhão ao ano, sendo considerado o tratamento mais caro do mundo. E o fármaco não é capaz de curá-lo, mas apenas aumentar sua qualidade de vida. Somente em 2012 a União despendeu cerca de R\$ 20,9 milhões com o medicamento para o atendimento de pouco mais de 20 pacientes. O que não se costuma mencionar é que a empresa fabricante do Soliris sequer solicitou o registro perante a Anvisa. E por que não o fez, embora se estime que mais de 5 mil pessoas sejam portadoras da doença no Brasil?

Acrescenta ainda que a possibilidade de venda do medicamento não registrado no país via decisões judiciais pode inclusive ser mais vantajosa, pois permite que a empresa não se submeta à legislação brasileira, nem ao controle de preços que é realizado pela agência reguladora.¹²¹⁷

No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia¹²¹⁸ entende que existem casos excepcionais em que o laboratório não tem interesse comercial de pedir o registro, tais como nos casos de doenças raras e ultrarraras. Portanto, nessas situações excepcionais, penso ser possível pedir, independentemente do registro.

O Tribunal, no Recurso Extraordinário 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (também pautado para julgamento na presente sessão, reconheceu a

¹²¹⁶ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 45.

¹²¹⁷ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 45.

¹²¹⁸ Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Roberto Barroso. Julgado: 22.05.2019, p. 133.

repercussão geral do tema relativo à obrigatoriedade de o Estado, nos termos do art. 196 da Constituição, vir a fornecer remédio de alto custo.

Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹²¹⁹ apontam que o Recurso Extraordinário nº. 566.471 Rio Grande do Norte representa um paradigma jurisprudencial da Suprema Corte ao tratar do Tema73, haja vista que, teve repercussão geral reconhecida em 03 de dezembro de 2007 e se encontra, ainda, em julgamento. O caso envolveu a recusa por parte do Estado do Rio Grande do Norte em fornecer o medicamento de alto custo denominado Sildenafil.

Na véspera do julgamento, conforme menciona Jociara Nóbrega¹²²⁰ um grupo de pacientes e familiares de pessoas com doenças raras iniciou uma vigília diante do Supremo Tribunal Federal em Brasília, com o objetivo de chamar atenção da sociedade e dos ministros da Suprema Corte para as suas necessidades de tratamento e o acesso a medicamentos de alto custo.

De acordo com o coordenador de Atendimento da Associação dos Familiares e Amigos dos Portadores de Doenças Graves (AFAG), a ideia do grupo era fazer um abaixo-assinado de 500 mil assinaturas para ser entregue ao STF. Na corte, estavam tramitando ações que tratavam do fornecimento de remédios de valor elevado, que não estavam disponíveis nas listas do Sistema Único de Saúde, e também de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Por sua vez, nestes autos, a Corte reconheceu a repercussão geral do tema relativo à obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Eis o teor da ementa:

Saúde – Medicamento – Falta de Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Ausência do direito assentada na origem – Recurso Extraordinário – Repercussão Geral – Configuração. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA.

¹²¹⁹ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 116.

¹²²⁰ NÓBREGA, Jociara. Medicamentos de alto custo, judicialização e os dilemas no acesso terapêutico às pessoas com Síndrome de Berardinelli. *Florianópolis*. 2023, p. 25.

Como afirma Octávio Luiz Motta Ferraz¹²²¹ Os Recursos Extraordinários nº. 657.718 e nº. 566.471, que versam respectivamente sobre a concessão judicial de medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa e medicamentos de alto custo, representam uma excelente oportunidade de se equacionar definitivamente os efeitos mais nocivos da chamada judicialização da saúde no Brasil.

Em 11 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte¹²²² de relatoria do Min. Marcos Aurélio analisou a responsabilidade do Estado na efetivação do direito saúde, quando este requer como forma de tratamento o fornecimento de medicamentos de alto custo¹²²³, alegando que, pois o Estado¹²²⁴ está destinando os recursos previstos para fazer face às políticas universais de saúde ao cumprimento das decisões judiciais que determinam o fornecimento individualizado de medicamentos extremamente caros.

Argumenta não ter o Estado o interesse de utilizar milhares de reais para atender apenas a um cidadão, e sim destinar a quantia a políticas básicas de saúde em benefício de centenas de outros. Consoante sustenta, nem sempre os medicamentos pedidos servem ao restabelecimento da saúde, e sim ao prolongamento da vida, já em estágio precário, por algum tempo.¹²²⁵

Em conformidade com Breno Baía Magalhães¹²²⁶, o RE 566.471 analisado discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer medicamento de alto custo a portador de doença que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde.

¹²²¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. Revista de Direito GV. Volume 15 Nº. 3. 2019, p.

¹²²² Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 02.

¹²²³ O caso concreto diz respeito à recusa do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com fundamento no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: abr./2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

¹²²⁴ Argumenta não ter o Estado o interesse de utilizar milhares de reais para atender apenas a um cidadão, e sim destinar a quantia a políticas básicas de saúde em benefício de centenas de outros. Consoante sustenta, nem sempre os medicamentos pedidos servem ao restabelecimento da saúde, e sim ao prolongamento da vida, já em estágio precário, por algum tempo (folha 143).

¹²²⁵ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 02.

¹²²⁶ MAGALHÃES, Baía Magalhães. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. Revista estudos institucionais. 2023, p.196.

A principal utilidade deste julgamento consiste na possibilidade de o Tribunal, sob a óptica da repercussão maior, definir os critérios de configuração do dever estatal de tutela do mínimo existencial – entendido como condição de fundamentalidade do direito individual de receber os medicamentos do Estado. Compete ao Supremo densificar normativamente esses requisitos.¹²²⁷

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu em 13 de março de 2020 que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde¹²²⁸.

Nessa situação em que a corte decidiu da forma seguinte:

O Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS). As situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de Repercussão Geral” (pendente).

Nas colocações dos autores Luiz Henrique Fernandes Espindola e Dayana Faria do Carmo¹²²⁹, inicialmente, o referido Recurso Extraordinário 566471 nasce por parte do Estado e sua impossibilidade na distribuição de medicamentos de alto custo fora do orçamento das políticas públicas, trazendo risco ao planejamento econômico público.

Como afirma o Ministro Marco Aurélio¹²³⁰, eis as balizas do processo: o Estado do Rio Grande do Norte¹²³¹ recusou-se a fornecer à recorrida Sildenafil 50 mg, destinado ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”. Segundo entendeu, o alto custo e a ausência de previsão no

¹²²⁷ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 11.

¹²²⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso: abr./2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

¹²²⁹ ESPINDOLA, Luiz Henrique F. CARMO, Dayana Faria do. Recurso Extraordinário Nº 566471: Princípio da Reserva do possível e a judicialização do fornecimento de medicamento de alto custo. 2021, p. 05.

¹²³⁰ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 07.

¹²³¹ Em controvérsias análogas, sempre mantive óptica linear: O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente não tenho motivos para mudar o entendimento: defendo a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito à saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial. Recurso Extraordinário 195.192/RS, Ministro Marco Aurélio. Julgado: 22.02.2000.

Programa de Dispensação de Medicamentos seriam motivos suficientes para a recusa, impugnada por meio de ação de obrigação de fazer formalizada pela recorrida.

Diante do exposto, Lenir Santos¹²³², pondera que somente medicamento de alto custo ‘não incorporado’ no SUS pode ser fornecido ao paciente por decisão judicial e, lembre-se, para aqueles que não podem pagar.

Essa proposição do Ministro Relator, expressada em seu voto com novo texto: reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação de caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende de demonstração da imprescindibilidade - adequação e necessidade -, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Portanto, o recurso extraordinário busca dar complexidade na busca da tutela jurisdicional, autorizando somente o fornecimento dos medicamentos de alto custo já incluídos na lista do SUS e estendendo-se às suas exceções, além de visar à economia e proteção dos interesses públicos de forma que a judicialização não atrapalhe a distribuição dos recursos públicos em primeiro plano.¹²³³

Em síntese, o Ministro Marco Aurélio¹²³⁴, ratifica que considerado o fornecimento de medicamentos, em consonância com a jurisprudência histórica do Supremo, verifica-se que em diferentes casos, apreciados ao longo de mais de duas décadas, o Tribunal tem assegurado o fornecimento, pelo Estado, dos remédios aos que necessitam e não os podem adquirir. Apresentou a seguinte tese nessa ocasião:

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas

¹²³² SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. Rio de Janeiro. 2021

¹²³³ ESPINDOLA, Luiz H. Fernandes. CARMO, Dayana Faria do. Recurso Extraordinário Nº 566471: Princípio da Reserva do possível e a judicialização do fornecimento de medicamento de alto custo. 2021, p. 10

¹²³⁴ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 07.

as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.¹²³⁵

Essa decisão, conferida como Repercussão Geral, foi materializada no Tema 6, com a seguinte redação: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”.

As situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6). A decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 566471, atinge mais de 42 mil processos sobre mesmo tema.

Quanto ao voto do Ministro do Ministro Relator, Marcos Aurélio, fixava tese no seguinte sentido:

Tema 6 da Repercussão Geral: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo. Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União:

- (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;
- (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências;
- (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias.

Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”;

¹²³⁵ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 20.

Sobre o tema, confirmam-se no voto do Ministro Roberto Barroso, construindo a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

- (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
- (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Ademais, de acordo com o Ministro Roberto Barroso, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020

Acrescenta Lenir Santos¹²³⁶ que as situações excepcionais serão definidas na formulação da tese de repercussão geral, pontificando que:

A não concessão como regra geral faz todo o sentido por respeitar as relações oficiais de medicamentos do SUS, conforme previsto em portarias e no Decreto nº 7.508, de 2011. Ocorre que serão definidas ainda as situações excepcionais e são essas que acabam por criar embaraços ao SUS. As excepcionalidades nem sempre são conformes às necessidades coletivas da saúde, às pactuações interfederativas que ocorrem nas comissões intergestores, à legislação do SUS, como é o caso das análises na Conitec, sempre prejudicadas nas exceções.

A esse respeito encontramos as seguintes ponderações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o posicionamento dos ministros nesse recurso.

¹²³⁶ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. Rio de Janeiro.2021

Evidencia-se que maioria dos ministros - oito votos no total – desproveu o recurso, tendo como condutor o voto do relator, ministro Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016.

Em face dessa contingência, a vertente vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora¹²³⁷.

O Ministro Edson Fachin abriu divergência e votou em favor do fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que, durante o trâmite do processo, ele foi registrado e incluído na política de assistência à saúde.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator. Ratificando que:

No seu entendimento, o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). “Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada.”¹²³⁸

Sobre esse assunto, as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux, em seus votos, acompanharam o entendimento do relator pelo desprovimento do recurso. Salientando que:

Em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados na lista da Anvisa. Nesse sentido, fizeram a ponderação entre diversos argumentos, como as garantias constitucionais (entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana), o limite do financeiramente possível aos entes federados, tendo em vistas restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos.

Essas obrigatoriedades impostas judicialmente à saúde sem que se acresçam, ao financiamento do SUS, recursos suficientes para arcar com todas as suas

¹²³⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso: abr./2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

¹²³⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso: abr./2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

responsabilidades, aprofundam as desigualdades na garantia do direito à saúde dado o caráter individual e não coletivo das demandas judiciais¹²³⁹.

Em 29 de junho de 2020 o Ministro Edson Fachin¹²⁴⁰ no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.250.997 Estado de Pernambuco, sobre pedido de fornecimento de tratamento para glaucoma com implante de tubo de drenagem do tipo EXPRESS. Nesse Recurso, considerou-se que de acordo com os precedentes da Suprema Corte, os quais também afastaram, no caso, o Tema 6 da repercussão geral, pelo mesmo motivo verificado nestes autos:

Em 23 de novembro de 2020, em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco, o Ministro Edson Fachin¹²⁴¹ que analisa requerimento de paciente portador de insuficiência renal crônica, que para a sua recuperação necessita tomar o suplemento nutricional Ketosteril.

Sustenta-se que a promoção da saúde deve se dar de forma isonômica, nos termos do art. 196 da CF, não podendo ser concedida de maneira absoluta, considerando que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse de toda a coletividade.

A esse respeito, em manifestação do Ministro Edson Fachin¹²⁴² encontramos a seguinte colocação:

Desse modo, dúvida não há de que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, comprovada necessidade do tratamento e a falta de condições de adquiri-lo, legitimado está o direito do cidadão prejudicado em buscar a tutela jurisdicional, impondo-se ao Estado a obrigação de disponibilizar os meios necessários ao tratamento adequado ao caso.

Por todos os aspectos apresentado, o Ministro Edson Fachin¹²⁴³ registra que, ao contrário do afirmado pelo Estado de Pernambuco, ora Recorrente, o Tribunal a

¹²³⁹ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde Debate. 2021.

¹²⁴⁰ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.250.997 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Edson Fachin. Julgado em 29/06/2020.

¹²⁴¹ No caso concreto, o paciente é portador de insuficiência renal crônica, e para a sua recuperação necessita tomar o suplemento nutricional KETOSTERIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 23.11.2020, p. 8.

¹²⁴² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 23.11.2020, p. 8.

¹²⁴³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.067 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 23.11.2020, p. 18.

que não discutiu o alto custo do medicamento, o que afasta a incidência, no caso, do Tema 6 da sistemática da repercussão geral.

Pontuando, constata-se que a Corte de origem, para negar provimento ao recurso do Estado de Pernambuco, amparou-se, especialmente, no art. 196 da CF, por entender que é “dever do Poder Público, em qualquer de suas esferas, assegurar a todas as pessoas o direito à manutenção da saúde, consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Em 29 de março de 2021 no Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás¹²⁴⁴ relacionados ao fornecimento de medicamento de alto custo e alegação de risco à ordem econômica.

O Ministro Presidente Luiz Fux¹²⁴⁵ afirma que:

A decisão que se busca suspender condenou o Estado agravante ao fornecimento de prestação de saúde a particular, cujo valor não é sobremaneira elevado proporcionalmente à capacidade econômica do requerente. Destarte, não se verifica no caso concreto potencial lesão de natureza grave ao interesse público a ensejar a concessão da medida pleiteada. Tese vinculante fixada no Tema 793 da repercussão geral, notadamente no que diz respeito à competência da União para o fornecimento de medicamento não incluído na lista do SUS, não pode constituir o objeto precípua do presente pedido de suspensão, que não se presta ao papel de sucedâneo recursal.

Estabelece ainda que a irresignação do agravante não merece prosperar, haja vista não ter o mesmo trazido aos autos quaisquer elementos capazes de infirmar a decisão recorrida.¹²⁴⁶

Em síntese, o Ministro Presidente Luiz Fux¹²⁴⁷ esclarece que quanto ao efeito, dos elementos constantes nos autos, não se vislumbra a existência de plausibilidade na argumentação do Estado requerente de que o imediato cumprimento da decisão impugnada seria capaz de, por si só, gerar desorganização administrativa e financeira no âmbito do Estado, haja vista o valor da prestação de saúde no caso não ser sobremaneira elevado proporcionalmente à capacidade econômica do requerente.

¹²⁴⁴ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgamento em 29 de março de 2021, p. 01

¹²⁴⁵ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgamento em 29 de março de 2021, p. 05

¹²⁴⁶ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgamento em 29 de março de 2021, p. 06.

¹²⁴⁷ Agravo de Regimento na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Luiz Fux. Julgamento em 29 de março de 2021, p. 05

Em 19 de abril de 2021, Ministro Edson Fachin¹²⁴⁸ no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 do Estado de Pernambuco.

A questão cinge-se em saber se o Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco - IRH, órgão que administra e gere o SASSEPE - Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores do Estado de Pernambuco, pode ser compelido a cobrir os custos referentes ao atendimento domiciliar (home care), solicitado por médicos que avaliaram o quadro de saúde do autor. In casu, observa-se que o demandante é pessoa idosa e encontra-se acamado, apresentando quadro neurológico degenerativo e progressivo, com suspeita de esclerose lateral amiotrófica - ELA, sendo, ainda, portador de UPP em sacra estágio II, necessitando de SNE para a alimentação, acompanhamento de fisioterapeuta, fonoaudióloga e curativos constantes.

Ministro Edson Fachin¹²⁴⁹ analisando o caso sustenta que:

Que, no caso, aplica-se o paradigma da repercussão geral (RE 566.471), tema 6, “uma vez que o ponto central da discussão travada no âmbito do STF é a disponibilização, pelo SUS, de tratamento de alto custo, o que engloba não só medicamentos, mas também insumos e tratamentos como o de home care – sem aqueles parâmetros fixados pelo Excelso Pretório”.

Em 09 de outubro de 2021, analisando Embargo de Declaração no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 828.371 do Estado do Rio Grande do Sul¹²⁵⁰, que versava sobre a obrigatoriedade no fornecimento de medicamento de alto custo pelo poder público.

Embargos de declaração no agravo interno no recurso extraordinário. Excepcionais efeitos modificativos. Obrigatoriedade no fornecimento de medicamento de alto custo pelo poder público. Repercussão Geral reconhecida nos autos do RE 566.471/RG, Ministro Marco Aurélio (Tema N. 6). Devolução à origem. 1. O Plenário desta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional no RE 566.471, Ministro Marco Aurélio.

¹²⁴⁸ Min. Relator Edson Fachin. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 19 de abril de 2021, p. 09.

¹²⁴⁹ Min. Relator Edson Fachin. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 19 de abril de 2021, p. 10.

¹²⁵⁰ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 828.371 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Nunes Marques. Julgamento em 09 de outubro de 2021, p. 01

O Ministro Relator Nunes Marques¹²⁵¹, manifestando-se em voto, pontifica que o Plenário do Supremo reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional no RE 566.471, relator o ministro Marco Aurélio, consolidado no Tema N. 6 Repercussão Geral: Saúde Assistência – Medicamento de alto custo fornecimento. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Em 22 de março de 2022, no Agravo Interno na Suspensão de Segurança 5.462 do Estado do Amazonas que versava sobre fornecimento de medicamento de alto custo, denominado de Spinraza.

A decisão que se busca suspender condenou o Estado agravante ao fornecimento de prestação de saúde a particular, cujo valor não é sobremaneira elevado proporcionalmente à capacidade econômica do requerente. Destarte, não se verifica no caso concreto potencial lesão de natureza grave ao interesse público a ensejar a concessão da medida pleiteada.¹²⁵²

Nesse contexto, o Ministro Luís Roberto Barroso¹²⁵³, entende que, no que se refere ao dever estatal de fornecer medicamentos à população, as pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo, União, Estado ou Município, que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado.

Em 13 de dezembro, a Ministra Presidente Rosa Weber proferiu diversas decisões relacionadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo nas seguintes ações judiciais: Suspensão de Segurança 5.607 Santa Catarina, Suspensão de Segurança 5.604 do Estado de Goiás, Suspensão de Tutela Provisória 923 do Estado de Goiás e a Suspensão de Liminar 1.582 do Estado de Minas Gerais como analisaremos a seguir.

A primeira delas está relacionada a Suspensão de Segurança 5.607 Santa Catarina, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Balneário

¹²⁵¹ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 828.371 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Nunes Marques. Julgamento em 09 de outubro de 2021, p. 06.

¹²⁵² Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 5.462 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Ministro Presidente Julgado: 22.05.2022, p. 02

¹²⁵³ BARROSO Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009, p. 39.

Camboriú/SC¹²⁵⁴ contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região relacionado ao fornecimento de medicamento de alto custo denominado de Insulina Glargina registrado na Anvisa.

Ementa: Suspensão de segurança. Fornecimento de medicamento de alto custo. Medicamento Insulina glargina. Fármaco registrado na ANVISA. Responsabilidade solidária dos entes federados. RE 855.178 Rg (Tema 793). Necessidade de demonstração inequívoca de lesão aos bens jurídicos protegidos pela legislação de regência. Inviabilidade de qualquer presunção nessa seara. Direito à saúde. Ausência de potencial lesivo. Suspensão denegada.

A esse respeito, consta dos documentos juntados que o medicamento foi registrado na ANVISA, embora não padronizado pelo SUS. Esse critério, a despeito de sua relevância para aferir a adequação ao Tema 793 da repercussão geral, não é suficiente para o deferimento do pedido de suspensão da segurança, em que exigida a demonstração da grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sob pena de desvirtuamento do instituto¹²⁵⁵.

A esse respeito, verifica-se que à guisa de demonstração da grave lesão à economia pública, enfatiza, consoante o Demonstrativo das Receitas e Despesas do Fundo Municipal de Saúde, que o Município arrecadou, nos seis primeiros meses do ano de 2022, R\$ 119.702.569, de receita para a saúde pública, dos quais R\$ 396.386,25 foram despendidos exclusivamente com ações judiciais¹²⁵⁶.

Temática também verificada na Suspensão de Segurança 5.604 do Estado de Goiás¹²⁵⁷ analisando requerimento de medicamento registrado na ANVISA¹²⁵⁸,

¹²⁵⁴ Defende que a exclusão da União do polo passivo da demanda representa grave risco de lesão à segurança jurídica e à economia pública, ante a violação da repartição de atribuições entre os entes gestores do SUS e o elevado custo do medicamento para o Município, que vem arcando exclusivamente com o fornecimento do fármaco não padronizado desde 2019. Suspensão de Segurança 5.607 Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 04.

¹²⁵⁵ Suspensão de Segurança 5.607 Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 01.

¹²⁵⁶ Suspensão de Segurança 5.607 Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 04.

¹²⁵⁷ Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 04.

¹²⁵⁸ Consta dos documentos juntados que o medicamento foi registrado na ANVISA para o tratamento da enfermidade que acomete a interessada. Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. 2022, p. 04.

denominado de Dacogen®¹²⁵⁹ (Decitabina) para tratamento de Leucemia mielodisplásicas.

Defende que por se tratar de medicamento oncológico de alto custo, de rigor o direcionamento da responsabilidade para a União, em conformidade com as regras de repartição de competências, no âmbito do sistema público de saúde, observados os critérios de descentralização e hierarquização¹²⁶⁰.

Em síntese, Ministra Rosa¹²⁶¹ descreve sobre os valores financeiros gastos com o referido medicamento:

À guisa de demonstração da grave lesão à economia pública, enfatiza que o impacto financeiro decorrente do fornecimento do medicamento é de elevadíssima monta e tem custo anual estimado de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e serão utilizados recursos do orçamento previamente destinados a atender outras demandas da saúde pública. Argumenta, acerca dos impactos nocivos provocados pela judicialização de medicamentos de alto custo, que desembolsou, para cumprir decisões judiciais, em 2021, a quantia de R\$ 47.589.300,78 (quarenta e sete milhões, quinhentos e oitenta e nove mil, trezentos reais e setenta e oito reais) para atender 17.547 (dezessete mil, quinhentos e quarenta e sete) usuários, gerando gasto per capita médio de R\$ 2.712,10 (dois mil, setecentos e doze reais e dez centavos).

Quanto aos argumentos apresentados pelo Governo do Estado de Goiás, a Ministra Rosa Weber¹²⁶² se manifesta da seguinte forma:

Na hipótese vertente, o requerente apenas referiu o montante estimado do custo anual do medicamento, de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sem colacionar nenhum documento para amparar a quantia projetada. Esses argumentos, a meu ver, não se mostram suficientes para comprovar o alegado impacto financeiro, tampouco o risco de grave lesão à economia pública ou de desorganização financeira do Estado a ponto de afetar a execução de outras políticas públicas. Destaco, por pertinente, que o risco de efeito multiplicador da judicialização dos medicamentos é insuficiente para a configuração de um estado de grave lesão à ordem pública.

¹²⁵⁹ Único tratamento viável e com eficácia para o controle da doença da interessada, de modo a lhe propiciar o restabelecimento da saúde, preservando-lhe, assim, a dignidade. Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. 2022, p. 04.

¹²⁶⁰ Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 09.

¹²⁶¹ Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 09.

¹²⁶² Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 10.

Em decisão denegou o pedido de suspensão, nos termos do voto da Relatora, Ministra Rosa Weber¹²⁶³, conforme transcrevemos.

Como se vê, ressentem-se de plausibilidade jurídica a pretensão deduzida pelo Estado de Goiás diante dos precedentes desta Suprema Corte que, de um lado, autorizam a atuação do Poder Judiciário para implementação de políticas públicas, em situação excepcionais e, de outro, rejeitam as alegações genéricas e abstratas de potencial risco à economia pública.

Em 13 de dezembro, no Plenário do STF, foi analisado na Suspensão de Tutela Provisória 923 do Estado de Goiás sobre a presidência da Ministra Rosa Weber, sobre fornecimento de fármaco/ medicamento de alto custo registrado na ANVISA e incluído na RENAME¹²⁶⁴, denominado de Eculizumabe -Soliris® usado no tratamento de síndrome hemolítica urêmica atípica – shua.

Em defesa, o Estado de Goiás¹²⁶⁵ apresenta a seguinte situação:

À guisa de demonstração da grave lesão à economia pública, enfatiza que o impacto financeiro decorrente do fornecimento do medicamento é de elevadíssima monta e tem custo, para seis meses, de R\$ 991.917,16 (novecentos e noventa e um mil, novecentos e dezessete reais e dezesseis centavos) e serão utilizados recursos do orçamento previamente destinados a atender outras demandas da saúde pública. Argumenta, acerca dos impactos nocivos provocados pela judicialização de medicamentos de alto custo, que desembolsou, para cumprir decisões judiciais, em 2021, a quantia de R\$ 47.589.300,78 (quarenta e sete milhões, quinhentos e oitenta e nove mil, trezentos reais e setenta e oito reais) para atender 17.547 (dezessete mil, quinhentos e quarenta e sete) usuários, gerando gasto per capita médio de R\$ 2.712,10 (dois mil, setecentos e doze reais e dez centavos).

Em manifestação, a Ministra Rosa Weber¹²⁶⁶ decidiu, diante do exposto, deferir parcialmente a tutela de urgência antecipatória, concedendo a medida em caráter

¹²⁶³ Suspensão de Segurança 5.604 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Rosa Weber Julgamento em 13 de dezembro de 2022, p. 09.

¹²⁶⁴ Defende que por se tratar de medicamento de alto custo, incluído na RENAME, mas não incorporado ao SUS para a condição clínica da paciente, de rigor o direcionamento da responsabilidade para a União, em conformidade com as regras de repartição de competências, no âmbito do sistema público de saúde, observados os critérios de descentralização e hierarquização, bem como a alta complexidade da doença a ser tratada e o componente especializado do fármaco.

¹²⁶⁵ Suspensão de Tutela Provisória 923. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.05

¹²⁶⁶ Suspensão de Tutela Provisória 923. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.05

liminar, para determinar que Estado de Goiás forneça a autora o medicamento Eculizumab 300mg/EV de uso contínuo, mediante apresentação de receituário médico e na periodicidade e quantidade indicada de 6 meses, no prazo máximo de 10 dias. Considerando ainda que o Estado de Goiás não comprovou a existência de risco iminente de grave lesão à ordem jurídica, administrativa e a segurança, economia e saúde públicas.

Acrescenta que esses argumentos, a meu ver, não se mostram suficientes para comprovar o alegado impacto financeiro, tampouco o risco de grave lesão à economia pública ou de desorganização financeira do Estado a ponto de afetar a execução de outras políticas públicas¹²⁶⁷.

Na mesma data, a Ministra Rosa Weber se manifestou em outra decisão referente ao Estado de Goiás, na Suspensão de Tutela Provisória 921 Goiás¹²⁶⁸ sobre fornecimento de medicamento de alto custo, registrado na ANVISA, denominado Trikafta¹²⁶⁹ usado em tratamento de fibrose cística.

A análise das razões de decidir do ato impugnado revela a imprescindibilidade da administração do fármaco Trikafta como único tratamento viável e com eficácia para o controle da doença da interessada, de modo a lhe propiciar o restabelecimento da saúde, preservando-lhe, assim, a dignidade.

Ministra Rosa Weber¹²⁷⁰ menciona que o Estado de Goiás não comprovou a existência de risco iminente de grave lesão à ordem jurídica, administrativa e à segurança, economia e saúde públicas. Conforme transcrevemos como parte do voto:

Na hipótese vertente, o requerente apenas referiu o possível montante variável do custo anual do medicamento – de R\$ 2.955.115,14 (dois milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil, cento e quinze reais e catorze centavos) a R\$ 9.800.000,08 (nove milhões, oitocentos mil

¹²⁶⁷ Suspensão de Tutela Provisória 923. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.16.

¹²⁶⁸ Suspensão de Tutela Provisória 921 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.26.

¹²⁶⁹ À guisa de demonstração da grave lesão à economia pública, enfatiza que o impacto financeiro decorrente do fornecimento do medicamento é de elevadíssima monta e tem custo anual que pode variar de R\$ 2.955.115,14 (dois milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil, cento e quinze reais e catorze centavos) a R\$ 9.800.000,08 (nove milhões, oitocentos mil reais e oito centavos) e serão utilizados recursos do orçamento previamente destinados a atender outras demandas da saúde pública. Suspensão de Tutela Provisória 921 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.26.

¹²⁷⁰ Suspensão de Tutela Provisória 921 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.15.

reais e oito centavos) –, sem colacionar nenhum documento para amparar a quantia projetada. Afirma, ainda, em abono de sua tese, que desembolsou, para cumprir decisões judiciais, em 2021, a quantia de R\$ 47.589.300,78 (quarenta e sete milhões, quinhentos e oitenta e nove mil, trezentos reais e setenta e oito reais) para atender 17.547 (dezessete mil, quinhentos e quarenta e sete) usuários, gerando gasto per capita médio de R\$ 2.712,10 (dois mil, setecentos e doze reais e dez centavos). Esses argumentos, a meu ver, não se mostram suficientes para comprovar o alegado impacto financeiro, tampouco o risco de grave lesão à economia pública ou de desorganização financeira do Estado a ponto de afetar a execução de outras políticas públicas¹²⁷¹.

Na mesma data foi julgada a Suspensão de Liminar 1.582 do Estado de Minas Gerais¹²⁷² sobre pedido de fornecimento de fármacos registrados na ANVISA, mas não constam na RENAME para o tratamento da enfermidade que acomete a parte interessada, relacionado aos medicamentos simbrinza e rosuvastatina para tratamento de diabetes mellitus, retinopatia diabética e glaucoma.

Essa ação tem por requerente o Município de Além Paraíba/MG¹²⁷³ contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, situação em que o mesmo alega o seguinte:

Aduz que a tutela provisória concedida, ao obrigar o Município a fornecer os medicamentos, acarreta grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, diante do elevado custo, o que causaria impacto desproporcional na previsão orçamentária e geraria desorganização financeira no âmbito municipal. Defende que por se tratar de medicamentos de alto custo e não inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, de rigor o direcionamento da responsabilidade para a União ou para o Estado de Minas Gerais, em conformidade com as regras de repartição de competências, no âmbito do Sistema Único de Saúde, observados os critérios de descentralização e hierarquização.

Sustenta, ainda, que a CONITEC expediu nota acerca da falta de eficácia do fármaco Rosuvastatina, a representar risco à saúde pública a utilização de medicamento não recomendado pela comunidade científica¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ Suspensão de Tutela Provisória 921 Goiás. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.20

¹²⁷² Suspensão de Liminar 1.582 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.02.

¹²⁷³ Suspensão de Liminar 1.582 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.04.

¹²⁷⁴ Suspensão de Liminar 1.582 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.17.

Dado o exposto, transcrevemos parte da decisão da Ministra Rosa Weber¹²⁷⁵

Pelas razões expostas, julgo procedente a pretensão contida na petição inicial para condenar o Município de Além Paraíba, a fornecer a Usiel Jose Amaro, tão somente os medicamentos, maleato de timolol 0,5%, simbrinza (ou brinzolamida + tartarato de brimonidina), carbamazepina 200mg, rosuvastatina (ou rosuvastatina cálcica) 40mg e agulhas para aplicação de insulina, de forma regular, até o dia 10 (dez) de cada mês, na quantidade necessária ao tratamento médico, mediante a apresentação de receituário médico atualizado a cada trimestre.

De outro lado, o Município de Além Paraíba/MG não comprovou a existência de risco iminente de grave lesão à ordem jurídica, administrativa e a segurança, economia e saúde públicas. Nesse contexto, a Ministra Rosa Weber¹²⁷⁶ pontifica que:

A grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública não deve ser hipotética, mas concreta. Na análise dos argumentos sustentados pelo requerente, não há como aferir – diante da ausência do orçamento municipal –, a proporcionalidade entre a capacidade econômica do Município e o gasto com o fornecimento dos medicamentos imprescindíveis para o tratamento da parte interessada.

Em 19 de abril, em referendo a Tutela provisória incidental no Recurso Extraordinário 1.366.243 do Estado de Santa Catarina, o Ministro Relator Gilmar Mendes, esclarece que Supremo Tribunal Federal passou a adotar o seguinte entendimento:

5. Tutela provisória concedida em parte para estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, sejam observados os seguintes parâmetros:

5.1. Nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual;

5.2. Nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão

¹²⁷⁵ Suspensão de Liminar 1.582 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.18.

¹²⁷⁶ Suspensão de Liminar 1.582 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Ministra Presidente Rosa Weber. Julgado: 13.12.2022, p.18.

Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

5.3. Diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);

Em 03 de maio, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 1.399.165 do Estado do Paraná, de relatoria do Ministro Edson Fachin, relacionada a Medicamento de alto custo para criança portadora de amiotrofia muscular espinhal tipo 1 - ame doença grave. Terapia zolgensma. Registrado na ANVISA, mas disponibilizado somente para crianças de até dois anos de idade.

Esta Corte tem determinado o fornecimento do medicamento Zolgensma a crianças portadoras de Amiotrofia Muscular Espinhal, considerando a excepcionalidade do caso em questão, o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República, especialmente, o direito à vida, o que tem justificado a manutenção dos efeitos da antecipação de tutela (STP), porquanto, inexistente risco de lesão à ordem e à economia pública e julgado procedentes reclamações para restabelecer os efeitos dos acórdãos que obrigavam a União a fornecer o fármaco requerido. 2. O STF tem reconhecido, ainda, a sua eficácia e importância no tratamento da doença também em relação às crianças acima de 2 (dois).

Em 15 de maio, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.349.847 do Estado de Santa Catarina, o Ministro Nunes Marques analisando situação em que o referido Estado alegava inexistir, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), qualquer registro de uso da imunoglobulina humana no tratamento da neuropatia motora multifocal (NMM), requer seja observada a regra geral fixada no Tema nº. 500 da sistemática da repercussão geral. Ratificou da seguinte forma:

Registro, de início, que a controvérsia solucionada pelo Supremo no julgamento do RE 657.718, piloto do Tema nº. 500 da repercussão geral, envolvia o “dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”. Ocorre que a imunoglobulina humana já se encontra registrada na agência reguladora para tratamento de outras moléstias, embora não conste de forma expressa sua aplicação nos casos de neuropatia motora multifocal.

Assevera o Ministro Marcos Aurélio¹²⁷⁷ que considerado o fornecimento de medicamentos, as afirmações feitas estão em plena consonância com a jurisprudência histórica do Supremo, que em diferentes casos, apreciados ao longo de mais de duas décadas, o Tribunal tem assegurado o fornecimento, pelo Estado, dos remédios aos que necessitam e não os podem adquirir.

Nesse contexto, Breno Baía Magalhães¹²⁷⁸ explica nenhum ministro defendeu a proibição, na jurisprudência do STF (2000-2022), de efetivar o direito de acesso à saúde diante da exigência de fornecimento por parte do Estado de medicamentos de alto valor, tornando o direito ao deferimento de medicamentos essenciais não contemplados em políticas públicas, até então, um consenso. O princípio do resgate encampado pela jurisprudência do STF ecoa a noção de saúde definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual saúde não é apenas a ausência de doença, mas uma situação de perfeito bem-estar físico, mental e social.

Dentro dessa ótica, Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹²⁷⁹ apontam que:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as demandas por medicamentos de alto custo ou medicamentos excepcionais, tem decidido com base na teoria dos direitos fundamentais, adotando uma perspectiva substancialista do direito. Em suas decisões sempre há a predominância do direito à saúde, qualificada como um direito subjetivo público ligado à ideia de liberdade fática e à própria vida, sobre qualquer tipo de argumento contrário, estes, muitas das vezes, são classificados pelo Tribunal como “interesses secundários” do Estado.

Adriano Rodrigo Reis e Leandro Correa de Oliveira¹²⁸⁰ apontam que considerando o estado da arte das demandas por medicamentos de alto custo no Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, este tem se posicionado a favor do direito a assistência farmacêutica em detrimento do interesse econômico-financeiro do Estado, adotando, portanto, uma perspectiva substancialista do direito. Suas

¹²⁷⁷ Recurso Extraordinário 566.471 Estado do Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. Julgado: 11.03.2020, p. 02.

¹²⁷⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF. 2023, p. 204.

¹²⁷⁹ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 116.

¹²⁸⁰ REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. A judicialização dos medicamentos de alto custo no Brasil e a teoria dos custos dos direitos. *Garantia de Direitos*. 2020, p. 117.

decisões, geralmente, sustentam que as questões de ordem orçamentária não podem obstaculizar a implementação de ações e serviços necessários à efetivação do direito à saúde em sua totalidade.

No entendimento de Jaqueline Santa Brígida Sena e Wilson Levy¹²⁸¹ também restou consignado a partir das decisões do STF que não se poderia falar, no caso concreto, em lesão à economia e à saúde públicas, que o alto custo de medicamento que possui registro na Anvisa não constitui argumento suficiente a justificar o seu não fornecimento pela Administração.

Poderá os autores referidos que a argumentação utilizada em diversas vezes quanto a alto custo do medicamento e o efeito multiplicador do precedente, a corte suprema tem ratificado que sendo o direito à saúde um direito de todos, ou seja, um direito público subjetivo, não se pode ignorar a necessidade de “existência de uma política pública que o concretize”, de tal modo que também restou assegurado constitucionalmente o direito de todo brasileiro à concretização de políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde¹²⁸².

A esse respeito, Karina Ambrozio Correa¹²⁸³ comenta que a posição do Supremo Tribunal Federal em consideração a obrigação do Estado de assegurar a saúde a todo cidadão, estabelece ao Poder Público o dever de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, sendo observado a judicialização do Direito a Saúde, ocorrida não por ausência das políticas públicas e sim pelo seu não cumprimento.

A postura do Poder Judiciário brasileiro é avaliada de forma positiva, como verificamos na alise feita pelos autores, Octávio Ferraz e Fabíola Vieira¹²⁸⁴ ao descreverem um interessante raciocínio a respeito do desequilíbrio que as escolhas tomadas pelo Judiciário provocam na saúde pública, mediante decisões judiciais em favor do fornecimento de quatro medicamentos (Interferon peguilhado, Infliximabe,

¹²⁸¹ SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. 2012, p. 45.

¹²⁸² SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. 2012, p. 35.

¹²⁸³ CORREA, Karina Ambrozio. Direito à saúde: A responsabilidade do estado e a judicialização da saúde. 2012, p. 14.

¹²⁸⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/vwpq5p>>. Acesso em: 11 set. 2022.

Etanercepte e Adalimumabe) com a finalidade de combater duas doenças crônicas (hepatite viral e artrite reumatoide) que atingem 1% da população.

Nessa linha, se o Sistema Único de Saúde resolvesse oferecer esses mesmos quatro remédios, para o 1% dos cidadãos que têm o idêntico direito daquela minoria que entrou com ação judicial, custaria mais que todo o orçamento do SUS, incluído todos os gastos com remédios, estrutura e serviços.

6.7 Serviço de Atendimento Médico Domiciliar - Home Care

De acordo com Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten¹²⁸⁵, o fenômeno do envelhecimento populacional é o aumento da idade é naturalmente acompanhado do aumento de doenças e de agravos à saúde. Como decorrência, os serviços de saúde passam a integrar a rotina das pessoas que deles dependem. Esclarece os autores que os serviços domiciliares, cada vez mais prescritos em razão do envelhecimento populacional, tendem a ser negados administrativamente, tendendo-se a buscar judicialmente a cobertura para esses serviços.

O conceito faz referência a tratamento médico domiciliar que envolve uma série de profissionais e cuidados com o paciente. Indicado pelo médico que acompanha o paciente e entende do seu prontuário, o *home care* tem o objetivo de ajudar no tratamento de doenças, no cuidado paliativo de doentes terminais e na comodidade das pessoas que não podem ou não devem se locomover até os espaços de saúde¹²⁸⁶.

No Brasil, esse tipo de atendimento pelo Sistema Único de Saúde foi regulamentado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária em 2006, através da Resolução da Diretoria Colegiada Nº 11, que considerando a necessidade de propor os requisitos mínimos de segurança para o funcionamento de Serviços de Atenção Domiciliar - SAD nas modalidades de assistência e internação domiciliar; estabelece as regras de funcionamento de serviços de atenção domiciliar.

O Ministério da Saúde, através da Portaria n. 963/2013, regulamenta o sistema de atenção domiciliar a ser promovido pelo Sistema Único de Saúde. No instrumento normativo, compreende-se que o ente público prestará o mencionado serviço

¹²⁸⁵ DAHINTEN, Augusto Franke. DAHINTEN, Bernardo Franke. Os planos de saúde e a cobertura de home care. Revista de Direito Sanitário. 2020, p. 181.

¹²⁸⁶ <https://hilab.com.br/blog/atendimento-home-care>

ambulatorial avaliando as necessidades específicas de cada paciente dentro dos critérios estabelecidos pelo ato administrativo¹²⁸⁷.

Nesse contexto, verifica-se que diversas ações judicializadas no Supremo Tribunal Federal está relacionada ao serviço de atendimento médico domiciliar consolidado com a nomenclatura de *home care*¹²⁸⁸ significando cuidado domiciliares.

Assim, em 25 de outubro de 2019, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.382, do Estado de Pernambuco,¹²⁸⁹ de Relatoria Min. Edson Fachin, o Supremo analisou demanda referente à internação na modalidade *home care*.

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo. Interposição EM 19.03.2018. Programa Hospital em casa. Tratamento médico. Internação. Home Care. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Princípio da separação de poderes. Afronta. Inocorrência. Precedentes. Alegada violação ao postulado da legalidade. Súmula 636.

1. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Juízo aquo, quanto ao tratamento de saúde referente à internação na modalidade *home care*, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos e a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Portaria GM/MS nº 2.529/06), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida nas Súmulas 279 e 280 do STF.

No relatório do referido acórdão, verifica-se que o Ministro Edson Fachin¹²⁹⁰ se manifesta da forma seguinte:

Ademais, por contar com idade já bastante avançada, entende-se que o tratamento domiciliar se afigura como a melhor medida a ser adotada no presente caso, haja vista que a retirada do meio hospitalar, bem como o convívio com os familiares, poderá trazer reais benefícios à saúde da paciente, uma vez que apresenta quadro clínico estável, podendo dar continuidade à sua recuperação no âmbito domiciliar.

¹²⁸⁷ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.227.381 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 15/03/2020, p. 07.

¹²⁸⁸ Além da expressão *home care*, outras variações terminológicas – tais como atendimento domiciliar, assistência domiciliar, tratamento domiciliar, internação domiciliar, enfermagem 24h e atenção domiciliar – são igualmente utilizadas na área de saúde para referir serviços prestados em ambiente domiciliar, sejam eles quais forem. DAHINTEN, Augusto Franke. DAHINTEN, Bernardo Franke. Os planos de saúde e a cobertura de *home care*. 2020, p. 181.

¹²⁸⁹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.382 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. MIN. Edson Fachin. Julgado: 25.10.2019, p. 05.

¹²⁹⁰ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.382 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. MIN. Edson Fachin. Julgado: 25.10.2019, p. 05.

Justifica em seu voto o ministro relator que a negativa do Estado em não fornecer o referido tratamento médico domiciliar, sob o argumento de que a apelada não preenche os critérios estabelecidos pela Portaria GM/MS nº 2.529/06, não convence, porque estamos diante de caso de vida ou morte onde a disponibilização do mencionado tratamento é essencial à vida da apelada¹²⁹¹.

Dentro dessa ótica, em 15 de maio de 2020, o Ministro Edson Fachin,¹²⁹² analisou Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.227.381, do Estado de Pernambuco, que versava sobre caso da criança de 4 anos de idade, Ryan Tenório de Brito Barros, que sofre de enfermidade grave denominada síndrome de Ondine ou hipoventilação central congênita, moléstia caracterizada por uma desordem no sistema nervoso central, que tem uma deficiência no controle autonômico da respiração, causando como principal sintoma a apneia durante o sono, necessitando, portanto, de internação domiciliar (home care).

Constitucional. Administrativo. Ação de obrigação de fazer. Serviço de atendimento médico domiciliar (Home Care). Tratamento essencial à saúde do autor. Paciente portador de hipoventilação central congênita - Síndrome de Ondine. Direito humano à saúde. Dever do poder público.

1. É incontestável que o direito à saúde é garantido ao cidadão e imposto aos entes públicos como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal determina a regulação das políticas sociais e econômicas para tal fim, no intuito de garantir que nunca falte proteção à saúde e à vida dos cidadãos, bens de maior importância em qualquer situação.

2. Por sua vez, o artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA afastou qualquer dúvida quanto à abrangência da responsabilidade dos entes públicos, nos três níveis (federal, estadual e municipal), garantindo atendimento integral à saúde da criança e do adolescente.

3. No caso sob análise, verifica-se que as provas produzidas durante a instrução do feito evidenciam que a criança se encontra internada no Hospital Barão de Lucena por padecer de enfermidade que incapacita o sistema nervoso central, bem como que seria melhor atendida pelo sistema de tratamento domiciliar, impondo-se admitir ser absolutamente difícil e delicada a situação familiar.

4. O Laudo Médico que repousa à fl. 26 é expresso no sentido da necessidade e possibilidade do serviço home care para o tratamento do autor, cujo quadro clínico é bastante delicado, posto que o paciente já adquiriu estabilidade clínica compatível com a doença apresentada.

¹²⁹¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.189.382 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. MIN. Edson Fachin. Julgado: 25.10.2019, p. 20.

¹²⁹² Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.227.381 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 15/03/2020, p. 06.

Nesse contexto, o Ministro Edson Fachin¹²⁹³ ratifica que: “estou convencido da necessidade do tratamento pleiteado, cujo afastamento defendido pelo Estado de Pernambuco, afigura-se incabível, ante a possibilidade de, com isso, sobrevir dano irreparável à parte autora, bem como em razão da supremacia do direito à vida e à saúde em detrimento do interesse público patrimonial.

Em 08 de junho desse ano, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.250.074, Estado de Pernambuco¹²⁹⁴, a Ministra Cármen Lúcia, ao analisar demanda sobre fornecimento de internação domiciliar pelo Estado - *Home Care*, entendeu que os argumentos do agravante são insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

É dever do Estado-membro custear o tratamento de saúde da pessoa necessitada como decorrência direta da obrigação do Poder Público, em qualquer de suas esferas de competência - federal, estadual e municipal, garantir o direito à saúde, nos exatos termos do artigo 196 da Constituição Federal e do artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90). Por outro lado, evidencia-se, no caso, a gravidade da enfermidade do filho menor do autor e a imprescindibilidade do fornecimento de equipamentos e serviços necessários a CTI domiciliar (*home care*).

No Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco, o Min. Relator Edson Fachin, julgado em 19 de abril de 2021, relacionado a atendimento domiciliar – *Home Care*, de um paciente com quadro neurológico degenerativo e progressivo, assim se posiciona:

A questão cinge-se em saber se o Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco - IRH, órgão que administra e gere o SASSEPE - Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores do Estado de Pernambuco, pode ser compelido a cobrir os custos referentes ao atendimento domiciliar (*home care*), solicitado por médicos que avaliaram o quadro de saúde do autor¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.227.381 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 15/03/2020, p. 06.

¹²⁹⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.250.074 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relatora Cármen Lúcia. Julgado: 08/06/2020, p. 06.

¹²⁹⁵ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 19.04.2021, p. 7

Em seu voto, o Relator Edson Fachin¹²⁹⁶ pondera que no que tange à necessidade do tratamento de saúde indicado pelo médico (home care) demonstram a gravidade do estado de saúde do autor e a necessidade do seu acompanhamento por profissional de saúde competente, por meio do *Home Care*.

Em 02 de maio de 2022, no Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.366.283, do Estado do Rio de Janeiro, o Min. Relator Luiz Fux apresenta a seguinte situação:

Trata-se de ação de procedimento especial, com fulcro na Lei nº. 12.153/2009, objetivando a parte autora o fornecimento de tratamento, exame, medicamentos e insumos de uso contínuo discriminados na inicial, em razão de ser portadora de trauma de crânio grave, encontrando-se em estado vegetativo persistente.

Em síntese, o Min. Relator Luiz Fux¹²⁹⁷, em seu voto, ratifica da seguinte forma: pouco importa que o medicamento/insumo/tratamento não faça parte a lista do SUS, diante da obrigação estatal em disponibilizar todos os meios para garantia do direito constitucional à saúde.

Conclui-se, então que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de atender às necessidades da coletividade, no que diz respeito ao direito à saúde, ao conceder tratamento médico e fornecimento de medicamento de saúde, mas que atendido alguns requisitos, com fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana.

Consolida-se a presente tese em defender o status de supraestabilidade do direito à saúde por ser indissociável ao direito à vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que a saúde possui caráter de fundamentalidade de direitos que compõem o mínimo existencial.

¹²⁹⁶ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.272.488 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Julgado: 19.04.2021, p. 15.

¹²⁹⁷ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo 1.366.283 do Estado do Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Luiz Fux. Julgado: 02.05.2022, p. 15.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivenciamos, nos dias atuais, uma fase de transição entre um tratamento tradicional lógico-formal das normas sobre direitos sociais fundamentais à saúde, sob uma respectiva promovida pela doutrina e a jurisprudência da Corte Suprema brasileira, em conformidade com a Constituição Federal, na aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa capazes de proporcionar uma supraestabilidade ao direito social à saúde.

Sobre essa ótica, verificou-se que o amplo reconhecimento de direitos fundamentais a todos os seres humanos foi acompanhado de uma renovação quanto à posição do Estado perante a sociedade, tornando-se evidente que grande parcela da população não dispõe de condições financeiras para satisfazerem as suas necessidades essenciais.¹²⁹⁸

Portanto, os direitos sociais resultam de um processo histórico da luta social do povo para povo, os quais são garantidos e efetivados pelo Estado para, essencialmente, promoverem a dignidade humana e a justiça social, reverberando nas diversas áreas, como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, sendo assim, fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Surge, assim, o Estado Social Democrático de Direito, com a finalidade de promover o direito fundamental à saúde, capazes de proporcionar dignidade às pessoas. E que partir do estudo apresentado sobre a defesa do direito social à saúde, desde o Estado Absolutista até o atual Estado Democrático, evidencia-se que, para a plena efetivação das garantias sociais, faz-se mister que haja uma atuação concorrente (constante) dos agentes estatais, nas suas múltiplas esferas. Cabe, portanto, tanto ao legislador ordinário como à administração pública e ao judiciário adotar medidas capazes de promover a consolidação do Constitucionalismo social no plano fático.

Observou-se que a complexidade da configuração do Estado ganha novos elementos de ordem política, social e econômica. Assim, tem-se estrutura normativa direcionada à efetivação de um Estado do Bem-Estar Social forjado constitucionalmente, num contexto de desenvolvimento individual e social pleno, o

¹²⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 14ª. Ed. Forense, 2023, p. 05.

qual nunca se realiza cabalmente. Portanto, busca-se uma democracia política cada vez mais efetiva e a realização de justiça social universalizada.

Quanto aos princípios jurídicos aplicáveis ao Direito à Saúde em análise, a dignidade da pessoa humana representa a espinha dorsal do sistema jurídico. Assim, uma interpretação constitucionalmente adequada da dignidade da pessoa humana, como ideia-fonte do sistema de direitos fundamentais, deve compreender uma composição analítica de todos os outros princípios ramificados do Direito Constitucional contemporâneo.

Desse modo, a ordem principiológica demonstrada neste estudo corrobora com a ideia de que o Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito, também é um Estado Social. Além disso, o Direito à Saúde não se resume àqueles princípios previstos expressamente no texto constitucional, mas todos que salvaguardam a dignidade da pessoa humana como fundamento para perpetuação do Estado Democrático de Direito.

O direito social à saúde foi um grande entrave durante anos na história da República Federativa do Brasil, até ser constitucionalizado e, posteriormente, considerado um direito fundamental ao exato cumprimento do princípio fundamental da República, da dignidade da pessoa humana, consoante o art. 1º, III, da Carta Magna, uma vez que tal direito social está íntimo ao direito à vida.

Assim, poderá ser denominado de direito à proteção da saúde, e não simplesmente de direito à saúde, haja vista o enlaço e disposições constitucionais e infraconstitucionais que o encaixam.

Contudo, a luta no Brasil para que os titulares desse direito sejam alcançados pelas políticas públicas ainda é constante, para que o sujeito passivo, de fato, garanta o real cumprimento da lei e a efetivação do direito, e sejam alcançados desde os menos favorecidos até os que, naquele momento, não necessitam utilizar os serviços de saúde pública.

Após todo o supramencionado em linhas pretéritas, pode-se inferir que ainda há hipossuficiência de recursos para a fiel execução dos programas de saúde já implementados no país, como, por exemplo, o Sistema Único de Saúde, a Política Nacional de Medicamentos, e por consequência, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Desse modo, o Estado deverá aplicar ainda mais recursos para haver equilíbrio entre a quantidade de usuários e a capacidade de atendimento oferecido pelos projetos.

Destarte, conclui-se que o direito social à saúde caminha a cada nova luta jurídica e social para sua efetivação, a fim de garantir aos seus titulares segurança, eficácia e qualidade no uso dos serviços oferecidos pelo Poder Público, e ter saúde e qualidade de vida, alcançando verdadeiramente o disposto na Constituição Federal de 1988 e na lei infraconstitucional, consubstanciando-se no cumprimento da dignidade da pessoa humana.

Em primeira análise, ao reconhecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo-a mediante políticas sociais e econômicas, o constituinte estabeleceu um efeito prático do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que reconhece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O efeito prático do reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito à saúde é o dever imposto ao Estado de implementar imediatamente políticas públicas de prevenção e atendimento. A omissão do Estado, ao não implementar políticas públicas mínimas de saúde, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, na sua modalidade “proibição da proteção insuficiente”.

A efetivação ao direito à saúde, enquanto bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, obriga os entes federativos à elaboração e implantação de políticas sociais e econômicas garantidoras de acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar em todas as suas facetas aos cidadãos brasileiros, como efetivação de um direito fundamental.

Uma das grandes dificuldades para a efetivação do direito à saúde para todos está em aspectos relacionados à gestão em geral, abrangendo elementos de administração, logística, recursos humanos e financeiros, estrutura física e operacional, especialmente em se considerando a dimensão geográfica do País, o contingente populacional, bem como as imensas desigualdades regionais existentes.

Entretanto, o que se verifica, na prática, é que diante de uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, que demonstra seu caráter pluralista, solidário e cidadão, a CRFB promove indiretamente um maior acirramento entre os três Poderes. O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na CRFB, alegando, em regra, a limitação da reserva do possível e defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos em face da infinidade das demandas sociais¹²⁹⁹.

¹²⁹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, 2018. p.102.

É indiscutível a controvérsia que gira em torno da Teoria da Reserva do Possível, sobretudo quando usada como artifício retórico ou válvula de escape, para que o Estado deixe de cumprir uma legítima obrigação. Contudo, não se pode perder de vista que todos os direitos fundamentais e sociais demandam recursos para sua adequada efetivação, ou seja, há um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de maneira que, comprovada a impossibilidade econômica do ente estatal, deste não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material.

Como solução para o problema, entende-se que é necessário um maior diálogo entre as esferas de poder, como o Princípio da Separação de Poderes prega, a harmonia e interdependência das funções, a fim de que o Judiciário auxilie efetivamente o Executivo na reelaboração da política pública, assim como receber aporte desse último para melhor fundamentar suas decisões.¹³⁰⁰

Nesse contexto, o Estado deve tutelar a saúde na maior intensidade possível, dentro de suas condições financeiras. Assim, embora não possa o Judiciário exigir o cumprimento integral do direito à saúde, é plenamente possível exigir o cumprimento imediato e integral de uma das facetas desse direito – o mínimo existencial do direito à saúde.

A bem da verdade, a teoria do mínimo existencial, que é decorrente da lógica da dignidade da pessoa humana, surge como forma de barrar a alegação desproporcional e inadequada da reserva do possível pelo Estado, justamente para que, havendo risco ao básico para a vida humana digna, o Estado deve ser obrigado a atender a pretensão. No entanto, é preciso analisar cada caso, sob pena de transformar a teoria do mínimo existencial em instrumento de autoaplicabilidade de todo e qualquer direito social e, conseqüentemente, colapsar a dinâmica dos recursos públicos.

Dentro desse contexto, a doutrina e a jurisprudência, com base nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, “importou” limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, divididos entre aqueles arguidos em favor do Executivo, que visam a impedir a intervenção judicial, e aqueles que buscam uma garantia, mínima que seja, da efetivação dos direitos sociais encartados na Constituição.

¹³⁰⁰ CASTRO, Emmanuelle Konzen. Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil. Ver. eletrônica de direito C. Universitário Newton Paiva. 2016. p. 76.

Tem-se, assim, a divisão entre a reserva do possível, na tentativa de proteger as finanças e prioridades definidas pelo governo, e o mínimo existencial, que seria um “núcleo duro” dos direitos sociais, um conjunto de prestações materiais mínimas, ligado à dignidade humana, que seriam imediatamente exigíveis, independentemente da existência de lei que os regulamente ou de recursos financeiros do ente Estatal.

Teria, assim, justiciabilidade imediata e, em caso de comprovada falta de recursos do Estado, o Judiciário estaria autorizado a determinar a realocação de recursos para garantia desses direitos. O mínimo existencial seria, assim, um “limite aos limites” ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Essa ideia de mínimo existencial, defendida pela doutrina majoritária – e já encampada pela jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo, Supremo Tribunal Federal – tem como pressuposto teórico: (i) a existência de um modelo de suporte fático restrito dos direitos fundamentais (isto é, excluem-se, a priori, e de forma definitiva, determinadas condutas do âmbito de proteção da norma); (ii) a adoção da teoria interna de restrições aos direitos fundamentais (isto é, as restrições aos direitos existem também de forma apriorística e dispensam, portanto, a fundamentação constitucional); e, finalmente, (iii) a adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Tais pressupostos estabelecem um conteúdo essencial apriorístico dos direitos fundamentais, destacando da situação concreta e que não admite restrições senão aquelas internas ao próprio direito (limites imanentes). Assim, a saída encontrada para efetivação dos direitos sociais no plano fático sem que o Estado fosse obrigado a se tornar um “segurador universal” seria a de que os direitos sociais teriam um conteúdo essencial definido a priori, irreduzível, que deveria ser garantido em toda e qualquer situação, sem o qual o cidadão estaria em situação de indignidade. Esse núcleo mínimo não se submeteria à ponderação de interesses ou à aplicação da regra da proporcionalidade. Somente aquilo que ultrapassasse o “núcleo” é que poderia ser objeto de ponderação pelo legislador, ou submetido à análise da proporcionalidade pelo julgador.

Por fim, pensar em efetividade dos direitos sociais mínimos existenciais e controle de políticas públicas pelo Judiciário não se resume a um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização dos direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador.

Nesse viés, manifesta-se o Supremo Tribunal Federal¹³⁰¹ que para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais 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 a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Encontra-se consolidado pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme pontuamos de forma conclusiva ao longo do desenvolvimento desse estudo, que prevalece nos dias atuais a defesa pela inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível, como fundamentação legal na garantia como o exercício de direitos considerados pelo legislador como fundamentais e prioritários, sobretudo se o Poder Público não comprova a ausência de recursos para o cumprimento do dever administrativo.

Em síntese, o Ministro Gilmar Mendes¹³⁰² sintetiza o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao concluir que Cumpre advertir, desse modo, cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial de fundamentalidade.

Nesse sentido, Flávio Martins Alves Nunes Júnior asseverou que, de acordo o Supremo Tribunal Federal, não pode o Estado- administração alegar a "reserva do possível" (limitações financeiras e orçamentárias) para descumprir o "mínimo existencial" dos direitos fundamentais: "a cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana" (ADPF 45).

¹³⁰¹ ADPF nº 45-MC-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 345, Supremo Tribunal Federal.

¹³⁰² Agravo Reg. Susp. T. Antecipada 175 Ceará. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado 17.03.2010

No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso, os princípios da separação de Poderes e da efetividade constitucional. De qualquer modo, embora possa aceitar-se a referida ingerência em determinadas situações, em outras, a pretensão determinativa dirigida a órgãos administrativos se revela juridicamente impossível e, conseqüentemente, inexequível¹³⁰³.

Evidenciou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente na proteção e efetivação do direito social à saúde, ao se manifestar pela não aceitabilidade da teoria da reserva do possível, quando apresentada pelo poder executivo como justificção para não proporcionar atendimento nos serviços de saúde ou na disponibilização de medicamentos quando requeridos na seara do poder judiciário brasileiro.

Assim, nos últimos anos, tem-se destacado no Brasil o fenômeno da judicialização da saúde, em resposta à inércia do Poder Público em garantir a sua efetividade como direito fundamental.

A judicialização da saúde ocorre justamente pelo fato de a ordem jurídica brasileira declara que a saúde é um direito fundamental e, enquanto direito, habilita o cidadão a recorrer ao Judiciário toda vez que sofrer lesão ou ameaça de lesão, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição estabelecido no art. 5, XXXV da Constituição Federal.

O Brasil tem passado por um momento de crescimento do Judiciário, em que a resolução de inúmeros conflitos sociais e econômicos, que antes cabiam estritamente à esfera política, está sendo entregues aos juízes, tendo em vista a inação do Poder Público em garantir a efetividade de inúmeros direitos, com destaque para o direito social à saúde.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos esclarece que no caso brasileiro, é possível submeter ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, de modo que, com relativa facilidade, os autores podem construir suas pretensões em torno dessas categorias, sejam tais construções juridicamente consistentes ou não. E em alguns casos, como na judicialização da saúde que postula medicamentos individualmente, o índice de êxito obtido pelos autores é altíssimo, de modo que há grande incentivo para a judicialização.

¹³⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas, 2022, p.808.

Argumenta o Ministro Luís Roberto Barroso¹³⁰⁴ que, no Brasil, o fenômeno da judicialização assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica, e constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via de ações diretas.

Conclui-se com base nos ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes¹³⁰⁵ que, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Prosseguindo o Ministro Celso de Mello¹³⁰⁶, ratifica que dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Defendemos a tese de que, na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.¹³⁰⁷

Estudo realizado por diversos autores¹³⁰⁸ concluíram que, ao analisarem as causas da judicialização, existem três fatores específicos para as demandas judiciais, exigindo a efetivação do direito social à saúde no Brasil.

¹³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10ª. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 450.

¹³⁰⁵ Agravo de Regimento na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 13 de março de 2010, p. 23

¹³⁰⁶ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 21.

¹³⁰⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Celso de Mello. Jugado: 29.10.2013, p. 21.

¹³⁰⁸ CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. p. 8.

Como resultado dessa pesquisa, passemos a essas causas, bem como aos fatores preponderantes em suas incidências.

Em primeiro lugar, verificou-se que 47% por cento das ações impetradas perante o poder judiciário brasileiro estão diretamente relacionadas à necessidade de assistência farmacêutica.

Em segundo lugar, consta que em 33% das causas prováveis da judicialização da saúde, encontramos como resultados dessa pesquisa os seguintes fatores: o baixo financiamento, a ausência de parâmetros que orientem o padrão de integralidade; a gestão pública insatisfatória; a falta de sentimento de pertencimento da população com o direito à saúde; incapacidade do modelo operacional do SUS; falta de políticas públicas de saúde que apoiem ou coincidam com as reivindicações do paciente; e falha da autoridade de saúde pública em cumprir com as políticas existentes, geralmente devido à falta de uma definição clara da divisão de autoridade entre entidades federais.

Evidenciou-se ainda que a terceira causa da judicialização do direito à saúde está relacionada com práticas de gestão do poder público na efetivação do serviço públicos relacionados à saúde, representando assim, um quantitativo de 20% das hipóteses que proporcionam demandas judiciais: Necessidade de concepção de saúde como direito; limitações do SUS real; falta de recursos do estado e suplantando o somatório dos ligados à insuficiência da rede de serviços e de médicos; falhas encontradas nas políticas públicas; deficiências no acesso e cobertura das ações e serviços de saúde no SUS; e falta de resolutividade, por parte do SUS, frente às necessidades individuais e coletivas de saúde,

Ressalta-se ainda que número considerado das demandas judiciais, relacionadas a fármacos de alto custo na judicialização específica de medicamentos, está direcionado a medicamentos já inclusos na lista disponíveis pelo Sistema Único de Saúde, o que, na prática representa uma ineficiência da gestão pública no fornecimento desses remédios aos usuários do SUS.

Acrescenta-se a essas hipóteses de causas da judicialização da saúde que sejam relevantes as falhas no sistema de saúde relacionados diretamente à alocação de recursos, contratação de médicos, construção de hospital, aquisição de medicamentos, resultado de questões burocráticas para fazer esse sistema funcionar.

É notório que a gestão pública no Brasil passa por problemas, ocasionando falhas no sistema de saúde, e essas falhas, com frequência, transformam-se em

demandas judiciais, por exemplo, quando se tem atraso de fornecimento de medicamentos ou até menos na hipótese de licitação deserta, em que não é possível a aquisição de medicamentos.

Esse fenômeno multifacetado exige respostas imediatas do Poder Judiciário e da Administração Pública, considerando-se, em alguns casos, o risco de vida do pleiteante. Expõem-se, assim, os limites e as possibilidades institucionais da esfera pública. No caso da política de distribuição de medicamentos de alto custo, há que se analisar se se trata de demanda individual ou coletiva e se o medicamento se encontra incorporado ou não pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se ponderar, ainda, se esses fármacos possuem indicações prescritas por órgão regulamentadores, como a ANVISA, ou se constituem métodos experimentais ou paliativos.

Em síntese, conclui-se que a maioria das demandas por medicamentos geradas por ações judiciais poderia ser evitada, se fossem consideradas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais. A falta dessa observância compromete a Política Nacional de Medicamentos, a equidade no acesso e o uso racional de medicamentos no Sistema Único de Saúde.

Sensível a essa temática tão importante para a manutenção da vida/saúde, o Supremo Tribunal Federal marcha em consonância, consolidando a jurisprudência no sentido de aplicação de medidas judiciais para impor o dever do Estado em prestar serviço público de saúde para a população, mesmo considerando as (im) possibilidades fáticas.

O Supremo Tribunal Federal concluiu, em 2019, o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 657.718, que visava estabelecer parâmetros objetivos para fixação do mínimo existencial no tocante ao fornecimento de medicamentos, corolário do direito à saúde. Conforme o STF, o Estado não é obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais.

O plenário, por maioria dos votos, no Recurso Extraordinário nº. 667.718, de Relatoria do Ministro, Roberto Barroso, Pleno, fixou a seguinte tese para efeito de aplicação da repercussão geral: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro a 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; III. A inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; 4. As ações que demandarem o fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União”.

Quanto ao fornecimento, pelo Poder Judiciário, de medicamentos não presentes na lista do SUS, o problema de fato é que o remédio não está especificado na lista de medicamentos que o SUS é obrigado a fornecer gratuitamente para a população (Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde).

Compreendemos que a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi uma experiência importante para o debate democrático a respeito do direito à saúde. Os principais pontos discutidos nela foram: 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.

Por sua vez, o Ministro, Alexandre de Moraes, no Recurso Extraordinário nº. 1338906, alega que o alto custo do tratamento não é suficiente para afastar a responsabilidade do ente público a seu fornecimento, quando demonstrada sua necessidade no caso concreto e, além disso, a impossibilidade de substituição por tratamentos alternativos disponíveis no sistema público de saúde.

No entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, assentando a obrigatoriedade de o Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de doenças graves, medicamentos e tratamentos destinados a assegurar condições do direito à continuidade da vida digna e à preservação da saúde. Vejamos o entendimento. (RE nº. 855.178-RG, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 16.3.2015).

Considerando o histórico jurisprudencial analisado, verifica-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciarem sobre a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo, definiram requisitos nos quais qualquer pessoa necessitada de medicamentos ou tratamentos médicos considerados de alto custo, que não tenha condições financeiras de arcar com suas despesas, desde que comprove tal situação, bem como comprove a eficácia e não existência de substituto disponível pelos órgãos públicos, terá a possibilidade de reconhecimento de seu direito pleiteado judicialmente, independentemente de seu custo.

Tal posicionamento acerca do direito à saúde, sobretudo, nos casos envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo, demonstra a tendência dos ministros em reconhecer o direito à saúde, neste caso, como um direito subjetivo de cunho individual, mesmo contra o interesse político do Estado, conforme a vontade dos órgãos componentes dos Poderes Executivo e Legislativo, que por sua vez, representa a vontade majoritária, e apresenta argumentos como a falta ou a escassez de recursos orçamentários, coadunando-se, portanto, com o posicionamento da corrente substancialista do direito, que afirma a legitimidade do judiciário em decidir tais questões.

Conclui-se, então, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de atender às necessidades da coletividade, no que diz respeito ao direito à saúde, ao conceder tratamento médico e fornecimento de medicamento de saúde, mas que atendido alguns requisitos, com fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana.

Consolida-se a presente tese em defender o status de supraestabilidade do direito à saúde por ser indissociável ao direito à vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que a saúde possui caráter de fundamentalidade de direitos que compõem o mínimo existencial.

Em conclusão desta tese de doutorado, reforço a ideia premente de defender a supraestabilidade do direito social à saúde, enquanto direito fundamental devidamente consolidado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consolidado como fundamento da República Federativa do Brasil, representando as condições mínimas de sobrevivência e de vida digna aos brasileiros na proteção ao mínimo existencial.

Uma vez determinado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo responsabilidade solidária dos Entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a

promoção e efetivação dos serviços públicos na proteção do direito à saúde, como elo indissociável ao direito à vida. Assim, sempre que for requisitado por um brasileiro em qualquer das unidades da Federação, a efetivação de um determinado tratamento de saúde ou na disponibilização de determinado medicamento deve ser cumprida essa garantia constitucional.

Desse modo, essa garantia de efetivação do direito à saúde deve sobrepor-se à vontade do Estado, uma vez que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser considerada como pedra angular de existência da federação, e como eixo norteador para a elaboração de todas as políticas públicas direcionadas ao direito social à saúde em todos os seus níveis.

Com fundamento nas normas e princípios de proteção à pessoa, estabelecida pelo Poder Constituinte Originário, defendemos que a Supraestabilidade do direito social à saúde representa uma garantia de que as pessoas terão o direito constitucional da Saúde, não somente como norma escrita no artigo 196 da Constituição Federal, mas que sua efetivação pelo Sistema Único de Saúde, ou por determinação do Poder Judiciário, possa dar-se de forma universal, integral e igualitária, como dispõe as normas constitucionais e legislação infraconstitucional.

Diante disso, consolidamos o entendimento de que a simples alegação por parte do Poder Público da Teoria da Reserva do Possível, não deve ser considerada pelo Poder Judiciário. Não lhes retirando a obrigatoriedade na promoção do direito à saúde, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Esperamos que este trabalho sirva de norte e fundamentação para os poderes constituídos em suas esferas, juristas, doutrinadores, advogados, acadêmicos e a sociedade em geral.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 22 de outubro. 2022.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Revista de Direito do Consumidor | vol. 67/2008 | p. 125 - 172 | Jul - Set / 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 3 | p. 775 - 829 | Ago / 2011.

ALVES, Camila Chagas Martins. **O direito social à saúde à luz do mínimo existencial na jurisprudência do STF**. V. 9 N. 13. Revista Jurídica Direito & Realidade. 2021.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**, cit., p. 136.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo;

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 1998.

ANDRADE, Júlio Thalles de Oliveira. **Os direitos fundamentais sociais à luz do princípio da vedação ao retrocesso social**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016. Revista Eletrônica Direito e Política. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/8708>. Acesso em: 3 mar. 2023.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. PATULLO Marcos Paulo Falcone. **A inaplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional no sistema de saúde brasileiro**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.21, e-0022, 2021. Acesso em 15 jan. 2023.

ARAÚJO. Luiz Henrique Diniz. **A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional. Uma análise comparada**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 192, p. 171-177, out/dez. 2011. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242937>

ARCHANJO, Daniela Resende. **O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 151-168, jul/dez. 2008. <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1914/982>.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Júnior Ananias CASTRO. **O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde.** Ano 51 Número 203 jul/set. 2014. Disponível: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p127. Acesso em 22 de janeiro. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo.** Revista de Informação Legislativa, ano 23, no 91, p. 46, Jul/set. 1986.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Gilberto Andreassa JUNIOR. **A legitimidade do “Ativismo Judicial” aos olhos da Teoria do Estado e do Direito: Um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais.** Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 71-82, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/806>. Acesso em: 15 de dezembro. 2022.

BARCELLOS Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito Constitucional.** 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 816.

BARIFOUSE, Leonardo. **Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, p. 205-237, jan. 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis.** Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: 1996, 223.

BARROSO Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Ver. Jurídica da Presidência. 2010; 12(96):5-43.

BARROSO Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009. <https://edisciplinas.usp.br/mod/url/view.php?id=3112175>. Acesso: 13 de janeiro de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10^a. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidade Jurídica – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, Distrito Federal: OAB Editora, n. 4, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v.02, nº 01, p 1-48, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3^a ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BARROSO. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**, Revista de Interesse Público – IP, n. 76, p. 29-70, nov. / dez. 2012.

BARTOLAZI, Kamille Gabri; GUEDES, Douglas Souza; DE OLIVEIRA, RANGEL, Tawani Tatagiba de; FERREIRA, Oswaldo Moreira. **O Estado: Do Estado Subjetivo Absolutista ao Estado Democrático De Direito**. Múltiplos Acessos, v. 4, n. 1, p. 91-111, 19 jul. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 77-113, jan. / mar. 2005. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615>. Acesso: 10 de janeiro de 2023.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C. Varriale et al. Coord. Trad. João Ferreira; João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORCHIO, Fabiana Dias Duarte, Manuela Capanema Bahia de REZENDE, and Keli Bahia

BORGES DCL, UGÁ MAD. **As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial**. Rev direito sanitário [periódico na Internet]. 2009 [citado em 8 jul. 2018]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144/14950>. Acesso em 03 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: De 5 de outubro de 1988 / organização. Alexandre de Moraes. – 50. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 646.235/SP**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Município de São Paulo. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 01.08.2011. Publicado em 05.08.2011. DJe. Brasília, 2011c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+646235%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mcc3do2>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/ RS**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Julgado em 24.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 232335/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 535145/CE**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerida: Ministério Público Federal. Julgado em 26.08.2014. Publicado em 04.09.2014. DJe. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 584652/RJ**. Relator Ministro Cezar Peluso. Requerente: União. Requerido: Produtos Veterinários Manguinhos LTDA. Julgado em 07.08.2008. Publicado em 02.09.2008. DJe. Brasília,

2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771245/recurso-extraordinario-re-584652-rj-stf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 607.385/SC**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerida: Elisa Meira Fernandes. Julgado em 19.04.2011. Publicado em 12.05.2011. DJ. Brasília, 2011a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=88&dataPublicacaoDj=12/05/2011&incidente=3814696&codCapitulo=6&numMateria=68&codMateria=3>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 665764**. Rel. Min. Carmen Lúcia. em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 713241**. Rel. Min. Carmen Lúcia. em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n. 4304**. Min. Cezar Peluso. em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRAZ, Kalini Vasconcelos. **A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio de garantia constitucional ao direito à saúde**. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. Brasília, 2016.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. Ed. SP: Saraiva, 2022, p. 406.

CANOTILHO, J. J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. BACHA, Érica Paula. **Direitos fundamentais sociais**. Editora Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502629639. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639>. Acesso em: 30.04.2023

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Ed. Almedina. 2003.

CANUT Letícia. **Operacionalização do Sistema Único de Saúde e de sua assistência farmacêutica diante da judicialização: um estudo de caso no município de São José/SC**. Revista Direito sanitário [periódico na Internet]. 2017 [citado em 9 ago. 2018]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142012/137255>. Acesso em 03 nov. 2022.

CARDOSO Guilherme Boschese. **A judicialização do serviço de saúde e os possíveis impactos orçamentários**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade São Judas, São Paulo. 2022.

CARLINE, Angélica. **A saúde pública e as decisões dos tribunais- apontamentos para uma reflexão crítica**. In: ASENSI, Felipe, PINHEIRO, Roseni (Orgs.). Direito sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. **A Concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas | e-ISSN: 2525-9881 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 23 - 42 | Jul/dez. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36ª. Ed. Barueri SP: Atlas, 2022.

CARVALHO, André Luís Bonifácio de. DINIZ, Andrey Maia Silva. BATISTA, Bianca Nóbrega de Medeiros. BARBOSA, Daniella de Souza. SILVA, Edjavane da Rocha Rodrigues de Andrade. SANTOS, Otávio Augusto Nasser. NASCIMENTO, Raquel Veloso do. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos>. Acesso em: 23.05.2023.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 60-71, jun. 2015.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. **Da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil**. Revista eletrônica de direito do Centro Universitário Newton Paiva. Nº. 29, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1751>. Acesso em: 22 out. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Relação de Enunciados Aprovados pela Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça** em 15 de maio de 2014. 2014 disponível em: <
http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIR_EITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 29 out. 2018.

CORREA, Karina Ambrozio. **Direito à saúde: A responsabilidade do estado e a judicialização da saúde**. <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974729091845.pdf>. Acesso: 13 de janeiro de 2023.

CORREA, Karina Ambrozio. **Direito à saúde: A responsabilidade do Estado e a judicialização da saúde**. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974729091845.pdf>2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 99, p. 305-325, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>. Acesso em: 1 maio. 2023.

COSTA, Leonardo Machado. **Direito à Saúde adotado pela CF/88 e suas consequências**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/artigos/breves-nocoes-sobre-o-conceito-de-direito-a-saude-adotado-pela-cf-88-e-suas-consequencias> Acesso em 03 nov. 2022.

COSTA, Rebeca Silva. **A judicialização da saúde no Brasil: uma análise à luz do acesso a medicamentos de alto custo e da propriedade intelectual**. Disponível em:
<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1216/1/REBECA%20SILVA%20COSTA.pdf> Acesso em: 22 out. 2022.

COSTA, Silvana Barros da. STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Teoria sobre a fundamentalidade dos direitos humanos**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 14(27): 9-31, jul-dez. 2014 • ISSN Impresso: 1676-529-X • ISSN Eletrônico: 2238-1228 9 DOI: <http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v14n27p9-31>. Acesso: 13 de janeiro de 2023.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**. Brasília, 2011.

DAHINTEN, Augusto Franke. DAHINTEN, Bernardo Franke. **Os planos de saúde e a cobertura de home care**. Revista de Direito Sanitário. 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i2p177-195. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/169664>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DERBLI Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DI PIETRO, Mara Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos.** Revista Consultor Jurídico, mai. 2015. Acesso em 15 jan. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Acesso em 15 jan. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 35ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 3(1): 84-94 janeiro-junho 2011

ESPINDOLA, Luiz Henrique Fernandes. CARMO, Dayana Faria do. **Recurso Extraordinário Nº 566471: Princípio da Reserva do possível e a judicialização do fornecimento de medicamento de alto custo.** 2021.

FARIA, José Eduardo. (Org.) **O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira**, In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 111.

FELICÍSSIMO ZOCRATTO. **"Direito à saúde, racionalidade e judicialização: uma revisão integrativa da literatura de 1988 a 2020."** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário 10.4 (2021): 176-196. Acesso em 03 nov. 2022.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. Revista de Direito GV. Vólum 15 Nº. 3. 2019, p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 41ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro.** Direito à saúde. Volume 12 | Nº 3, 2010. <https://periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33755>. Acesso: 10 de janeiro de 2023.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social.** 2007. 266 f. Dissertação (Mestrado em Produção do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007.

FILHO, Roberto Freitas. BRUM, Camilla Japiassu Dore. **A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal.** file:///C:/Users/Unitins/Downloads/2818-13074-3-PB.pdf

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria geral do Estado e da Constituição.** 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FORSTER, João Paulo K.; DAGASH, Najwa; DA SILVA, Paula Franciele. **O direito à saúde e a dispensação judicial de medicamentos no Brasil: a ferramenta e-natjus**. Revista Derecho y Salud, n. 4, p. 51-63, 2020.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. 2010. https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html

GONÇALVES, Alessandro Marcus da Silva. **Intervenção do poder judiciário na efetivação do direito à saúde**. Revista Científica Intraciência. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20200522115649.pdf. 2020

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. NÓBREGA, Renata Coelho da. **Judicialização da saúde e a atuação do Núcleo de apoio técnico ao judiciário – NATJUS**. Revista Do Curso De Direito Do Centro Universitário Brazcubas, 4(1), 77-93. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/975>. Acesso em: 1 jun. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 61, p. 194-214, 2015. Tradução. Acesso em: 11 nov. 2022.

ITAGYBA, Renata Fortes. MOÇO, Vinicius Roça. **A promoção da saúde na Constituição Federal de 1988**. Revista de Ciências do Estado. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e 21941. ISSN: 2525-8036.IW, Timm LB, organizadores. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2008.

JUNGES, J.R. Right to **health, biopower and bioethics**. Interface - Comunic. Saúde, Educ., v.13, n.29, p.285-95, abr./jun. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KRAMER, Ana Cristina. **O Poder Judiciário e as ações na área da saúde**. Revista de Doutrina da 4^a Região, Porto Alegre, n. 15, nov. 2006. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60846>. Acesso em 22 out. 2022.

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

KRELL, Andreas. **Realização dos direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, n. 144, p.239-260, out/dez.1999.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2000.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba, Juruá, 2014.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 26^a. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIMA Fernando Rister de Sousa. **Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde**. Revista Direito GV | São Paulo | V. 12 N. 3 | 691-717 | SET-DEZ 2016. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108395>. Acesso em 15 jan. 2023.

LOUREIRO, João Carlos. **Direito à (proteção da) saúde**. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 35-74, 2008.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: Uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF**. Revista estudos institucionais. 2023.

MARCELO, Alexandrino, **Direito Administrativo Descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 29. ed. - Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica**. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). Diálogos jurídicos luso-brasileiros. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica**. Editora Saraiva, São Paulo. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 10^a. Ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

MEDEIROS, Marcelo Paiva de. **Princípio da proporcionalidade e precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos sociais**. <http://ceeinter.com.br/ojs3/index.php/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/261/230>. 2021.

MEDRADO, Diego Daniel Ferraz de Oliveira. SILVA, Alexandre de Lima. **Teoria da reserva do possível aplicado na saúde pública**. Disponível em: <http://famigvirtual.com.br/famig-monografias/index.php/mono/catalog/book/645>. Acessado em 20 de março de 2023.

MELLO AF, Soares LSS, Areda CA, Blatt CR, Galato D. **Uma abordagem econômica de processos judiciais de medicamentos impetrados contra um município do sul do Brasil**. J Bras de Econ Saúde [periódico na Internet]. 2016 [citado em 4 ago.

2018]. Disponível em: <http://www.jbes.com.br/images/v8n1/07.pdf>. Acesso em 03 nov. 2022.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**, 1997

MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. 2ª Ed, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p, 392.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**, v. I, p. 39.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. Ed. Barueri - SP: Atlas, 2022.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Ano 51 Número 204 out/dez. 2014. Acessado em 05/02/2023

MOREIRA, Henrique Maciel dos Santos; CAPANEMA, Itália Viviani de Lacerda; RABELLO, Vânia Faerman. **O Tratamento Experimental e os Riscos à Saúde do Cidadão**. In: AITH, Fernando et al (org.). **Direito sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível**. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010. ISBN: 978-85-7526-512-3. p. 401428. Disponível em: http://www.esp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2012/06/Direitosanitario_Final.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões**. 29ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2021

NASCIMENTO, Ana. Franco do. **Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível**. Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 25/10/2022.

NETO Balestra O. **A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde: Evolução Rumo à Racionalidade**. Revista de Direito Sanitário [periódico na Internet]. 2015 [citado em 13 ago. 2018]. Disponível em: <http://pesquisa.bvsalud.org/brasil/resource/pt/lil-771435>

NÓBREGA, Jociara. **Medicamentos de alto custo, judicialização e os dilemas no acesso terapêutico às pessoas com Síndrome de Berardinelli**. Ilha Revista de Antropologia, Florianópolis, v. 25, n. 1, DOI: 10.5007/2175-8034. 2023.e85688.

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/85688>. Acesso em: 8 jun. 2023.

NOGUEIRA, David Augusto de Souza. **O Estado Absolutista do Ocidente**. https://scholar.google.com.br/scholar?q=related:jb87P6qHjnsJ:scholar.google.com/&scioq=estado+absolutista&hl=pt-BR&as_sdt=0,5Acesso em 15 jan. 2023.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **Determinantes sociais da saúde: O embate teórico e o direito à saúde**. v. 16, n. 2 (2012). Disponível em. Acesso em 15 jan. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 17^a Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10^a. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. 5^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020

PAIVA DE MEDEIROS, M. **Princípio da Proporcionalidade e precedentes históricos do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos sociais**. *Revista de Estudos Interdisciplinares*. [S. l.], v. 3, n. 5, p. 11–30, 2021. Disponível em: <http://ceeinter.com.br/ojs3/index.php/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/261>. Acesso em: 28 fev. 2023.

PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições**. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, [S. l.], v. 22, n. 43, p. 121–146, 2001. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15369>. Acesso em: 10 jan. 2023.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. **Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde**. *Revista de Informação Legislativa*: 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99. Acesso em 20.01. 2023.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes. **Do Constitucionalismo Social ao Desconstitucionalismo Neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo**. *Amicus Curiae*. 8, v.8, 2011.

PORTELLA, Júlia Caroline Rosa. **O direito à saúde na contemporaneidade: a judicialização de medicamento experimentais**
 URI: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6874>

PRATES, Laura Spyer. **A universalidade dos direitos sociais e os aspectos relativos ao seu custeio**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 46, p. 63-99, out/dez. 2012

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Adriano Rodrigo. OLIVEIRA, Leandro Correa de. **A judicialização dos medicamentos de alto custo no brasil e a teoria dos custos dos direitos**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. 2020. DOI: 10.21680/1982-310X.2019v12n2ID18460. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/18460>. Acesso em: 7 jun. 2023.

RESENDE ARCHANJO, D. **O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais**. Espaço Jurídico Jornal of Law [EJL], [S. l.], v. 9, n. 2, p. 151–168, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1914>. Acesso em: 28 fev. 2023.

RIBEIRO, Paulo Silvino. **As bases do Estado e do pensamento liberal**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/as-bases-estado-pensamento-liberal.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2023.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: LTr, 1999.

ROCHA, Márcio Santoro. **A Suspensão de Tutela Antecipada 175 e a judicialização da Saúde**. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude>. 2018.

ROCHA, Vanessa Affonso. **Sistemas Universais de Saúde: Uma análise crítica a partir do diálogo com os modelos de Estado Liberal clássico e social**.

ROCHA, Viviane Aline dos Santos. **O Papel do Terceiro Setor no Século XXI: Entre o Estado Liberal e o Estado Social** / Viviane Aline dos Santos Rocha. – 2019. <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/49369>, 2019, p. Acessado em 05/02/2023.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Direito sanitário**. In: NUNES Júnior, Vidal Serrano (Coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2009.

RODRIGUES, Leonardo. **Controle jurisdicional não judicial e judicial das políticas públicas de saúde**. Caderno Virtual n. 56, 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/7072>. Acesso em: 1 jun. 2023.

SANTANA, Fabian Serejo. SILVA, Jordan Souza. **Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA**. Revista Missioneira, 24(1), 45-59. <https://doi.org/10.31512/missioneira.v24i1.1164>. 2022.

SANTANA, Hebert França de. SANTOS, Ênyo Ribeiro Novais. **A Defensoria Pública enquanto garantia do constitucionalismo social: o acesso à justiça e a consagração de direitos fundamentais**. Revista do CEPEJ, [S. l.], n. 18, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20301>. Acesso em: 13 fev. 2023.

SANTOS, Alethele de Oliveira. BARROS, Fernando Passos Cupertino. MARQUES, Silvia Badim. **O Debate sobre a diferença de classe no SUS**. Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário. v.4, n.1. 2015 ISSN 2358-182. Brasília, 2015, p. 111.

SANTOS, Alethele de Oliveira. **Decisão judicial em saúde comentada**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.4. ISSN 2358-1824. 2015, p. 164.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999. SARAIVA JUR

SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde: as teses do STF**. Saúde Debate. Rio de Janeiro, V. 45, N. 130, P. 807-818, Set 2021. Disponível: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/vSvHRqJW8XKDSvgqGYGctdy/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. DOI: 10.30899/dfj.v1i1.590. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas"**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan/fev. 2003. <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/828>. Acesso em 15 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. ROSA, Taís Hemann da. **Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 16, N. 1, p. 217, 2015. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/741>. Acesso em: 9 de maio. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica -

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

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

SCHEFFER M, Salazar AL, Grou KB. **O Remédio Via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais**. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST/AIDS. Série Legislação, n. 3; 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O regime jurídico do serviço público como garantia fundamental e como mecanismo de resistência do estado social e democrático de direito**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 6, n. 18, p. 9-27, set/dez. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. **A Judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, Nº. 58, fevereiro de 2014.

SCHWABE, Andreas Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de O Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/Wi/doc_kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 02 janeiro 2023.

SEIXAS, José Carlos. **SUS, vinte anos: um pouco do antes, para maior sucesso no a seguir**. Boletim do Instituto de Saúde. Edição Especial de 20 anos do SUS. São Paulo, p. 8, out. 2008.

SENA, Jaqueline Santa Brígida. LEVY, Wilson. **Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos**. Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional/ (organizadores) Juarez Freitas, Anderson V. Teixeira. – Barueri, SP: Manole, 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 117.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-e-o-princ%C3%ADpio-da-reserva-do-possivel>. 26 setembro 2018

SILVEIRA, Anderson Martins da. **A judicialização da concessão de medicamentos: estudo da situação de Porto Alegre**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 16, n. 57, p. 27-58. 2015. Acesso em 15 jan. 2023.

SINGER, Paul. Curso de Direitos Fundamentais. Atlas, 2008, p. 119.

SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito Sanitário [periódico na Internet]. 2015. Disponível em: <http://pesquisa.bvsalud.org/brasil/resource/pt/lil-774939>. Acesso em 03 nov. 2022.

SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério: O direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2015;1001053861>. Acesso: 26 de março de 2023.

SOUZA, Bruna Caroline Lima de. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Audiência pública sobre judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal: Uma análise à luz dos direitos da personalidade e da democracia participativa**. Anais Eletrônico – 1º Encontro Científico de Alunos e Egressos do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/mestrado-e-doutorado/direito/#eventos>. Acesso em 25 de abril de 2023.

SOUZA, Fernandes de. **Judicialização da saúde e pandemia de covid-19: novos desafios para os sistemas de saúde e de justiça**. DOI: <http://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2021.170717>. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v.21, e-0027, 2021. Acesso em 15 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SYLVIO, Motta. **Direito constitucional: Teoria, jurisprudência e questões**. 29ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021

TÁCITO, Caio. **Do Estado liberal ao Estado do bem-estar social**. In: Temas de direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito constitucional**. Coordenadora. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20^a. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

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

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, p. 35.

TRAVASSOS, Denise Vieira et al. **Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros**. Ciênc. Saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 11, p.3419-3428, nov. 2013

VASCONCELOS, Francisco José Leal de; DIAS, Maria Socorro de Araújo; SARAIVA, Maria José Galdino; SILVA, Márcia Maria Santos da. **Judicialização da saúde: análise de ações judiciais demandadas na comarca de Sobral, Ceará**. SANARE, Sobral - V.16 n.02, p.06-13. 2017.

VENTURA, Miriam. SILVA, Neide Emy Kurokawa. "A busca da equidade no acesso à saúde: as controvérsias da internação hospitalar com diferença de classe no SUS." **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário** 4.1. 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa** de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Luciano Pereira. **Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil?**2015.

VITALIS, Aline. **Estado prestador versus Estado regulador. Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil**. 2015.

WANG, Daniel Wei Liang Wang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 308-318, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158>. Acesso em: 8 maio. 2023.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, **Metodologia jurídica e interpretação constitucional, Ensaios de teoria constitucional**, Fortaleza: UFC, 1989.

ZANOTELLI, Beatriz Graeff; NISTLER, Regiane. **A Judicialização do Direito à Saúde**. São Paulo: Deviant, 2018.