

**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC DE UBERABA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUANA MORAIS LEMOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL SOB A DIALÓGICA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**UBERABA (MG)
2018**

LUANA MORAIS LEMOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL SOB A DIALÓGICA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcelo Venturoso de Sousa

**UBERABA (MG)
2018**

Luana Moraes Lemos

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL SOB A DIALÓGICA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 19/06/2018

BANCA EXAMINADORA

Marcelo Venturoso de Sousa
Prof. Orientador

François Silva Ramos

Heleno Verechia

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL SOB A DIALÓGICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Luana Moraes Lemos¹

Marcelo Venturoso de Sousa²

RESUMO

A saúde é direito social garantido constitucionalmente e dever do Estado, devendo a Administração prestá-la à população de forma efetiva e uniforme. Por integrar um núcleo de direitos essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a saúde não pode ser negligenciada pelo Estado, sob pena de violação do próprio direito à vida. Diante da omissão estatal, o Judiciário é comumente provocado a fim de que dê eficácia ao texto constitucional, obrigando o Poder Público à prestação da saúde, a despeito da alegada indisponibilidade fática de recursos, consubstanciada na reserva do possível. O objetivo do trabalho cinge-se a respeito da dicotomia entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, na prestação do direito à saúde pelo Judiciário. A convergência entre as teorias, visando à máxima efetividade do direito, mostrou-se possível de acordo com os parâmetros jurisprudenciais construídos pelos tribunais superiores, a serem aplicados concretamente.

Palavras-chave: Saúde pública; judicialização; mínimo existencial; reserva do possível; separação dos poderes.

1. INTRODUÇÃO

Com a superação do Estado Liberal se instaurou um novo modelo estatal marcado pelo prestígio aos direitos sociais, o Estado Social de Direito. No Brasil, tal marco se deu com a promulgação da Constituição de 1934, que fixou os direitos de segunda geração.

É desde então, que a saúde passou a ser inquestionavelmente considerada direito do cidadão, assim, como mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

¹ Acadêmica do 9º período do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberaba (FUPAC). E-mail: luana_mlemos@hotmail.com

² Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Professor de Direito Tributário no Curso de Graduação em Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberaba (FUPAC). E-mail: marceloventuroso@yahoo.com.br

ratificou, dizendo o direito à saúde como inerente à condição humana.

Porque direito fundamental do cidadão, a saúde também constitui um dever do Estado, o qual deve garanti-la a todos por meio de políticas sociais e econômicas que propiciem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, o que é explicitamente determinado pela Constituição Federal de 1988.

Em que pese a consagração da saúde como direito social do cidadão e como dever do Estado, que o materializa por meio do Sistema Único de Saúde, por vezes, a administração operada de fato para efetivação da garantia é negligente na prestação do direito a todos os cidadãos.

Nesse interim, o Poder Judiciário passou a ser provocado para intervir na defectiva prestação e proteção da saúde promovida pela Administração Pública, uma vez que constantemente abalroado por demandas judiciais objetivando provimento jurisdicional para a prestação material de medicamentos, procedimentos médicos e outros serviços de saúde.

O constate aumento da demanda judicial pela satisfação do direito à saúde a ser prestado pelo Poder Público fez surgir o fenômeno que se denominou “judicialização da saúde”, uma vez que a prestação dessa, apesar de configurar atribuição do Executivo, passou a ser promovida a partir das decisões judiciais impostas à Administração.

A judicialização da saúde inaugurou fortes discussões a respeito da colisão de princípios e normas positivadas, que, ou negam, ou determinam a prestação do direito pela via jurisdicional, dentre eles, os princípios da separação dos poderes, do mínimo existencial, da reserva do possível e da vedação do retrocesso, cujo embate constitui o núcleo do presente trabalho.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM E DO CIDADÃO À SAÚDE PÚBLICA

Antes de encarar a saúde pública como direito fundamental, tal qual está disciplinado na ordem constitucional vigente, é primordial entender o cenário histórico antecedente, o Estado Liberal, no qual tal garantia não possuía tamanha valoração.

O Estado Liberal é marcado pelo distanciamento do Estado das relações sociais, interferindo apenas minimamente, tais como no provimento da segurança e realização de obras públicas que não fossem realizadas pela iniciativa privada (MORAIS, 2007, *online*).

Na lógica adotada, a saúde e outras necessidades dos cidadãos não eram consideradas propriamente como direitos, mas mercadorias a serem providas por particulares, uma vez que “não se pode garantir como direito algo que dependa da força de trabalho alheia” (NAGAMINE, 2017, *online*). O liberalismo preza pelo livre mercado e pela concorrência, a partir da não intervenção do Estado, sob a crença da autorregulação dos ciclos econômicos.

É no Estado Liberal que se privilegiam os direitos de primeira geração (ou primeira ordem), aqueles decorrentes da mera condição de ser humano, “que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança” (BRADBURY, 2006, *online*).

Em razão do fim da 1ª Guerra Mundial e da subsequente “Grande Depressão”, nome pelo qual ficou conhecida a grave crise econômica de 1929, o Estado Liberal restou fragilizado, o que impulsionou a superação desse modelo estatal e a instauração de um novo modelo, o Estado Social (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2015, p. 169).

Movimentos sociais objetivando melhores condições de trabalho ganharam força com a fragilização do liberalismo econômico, logrando, por fim, alcançar os desígnios almejados, o que, no Brasil, se deu com a promulgação da Constituição de 1934 (LENZA, 2015, p. 194).

Diferentemente do modelo antecedente, o Estado Social de Direito é um estado garantidor, provedor de direitos sociais e intervencionista, mormente nos momentos de crise econômica, quando, então, se exigem políticas públicas voltadas à criação e manutenção de renda, trabalho e outras necessidades à população (NAGAMINE, 2017, *online*). “No Estado de bem-estar social, é dever do governo garantir aos indivíduos o que se chama, no Brasil, de direitos sociais: condições mínimas nas áreas de [saúde](#), [educação](#), habitação, seguridade social, entre outras” (NAGAMINE, 2017, *online*).

A Constituição de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar, fixou no Brasil o que se conhecem atualmente como direitos humanos de 2ª dimensão, quais sejam, os direitos sociais, culturais e econômicos (LENZA, 2015, p. 1627).

A Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, instituiu inúmeras garantias aos cidadãos. O título II da Magna Carta dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, repartindo-os em quatro importantes capítulos: I) direitos e deveres individuais e coletivos; II) direitos sociais; III) direitos de nacionalidade; IV) direitos políticos.

O direito social à saúde é assim determinado no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal segundo o qual “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”.

Não bastasse tal previsão, a Constituição da República foi além e dispôs de forma especial e apartada sobre a saúde, no título VIII, capítulo II, seção II, instituindo diretrizes constitucionais sobre a matéria, para serem regulamentadas e concretizadas nos seus termos.

Importa notar que também a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enuncia o direito à saúde como inerente à condição humana:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (ONU)

A interpretação dialógica das disposições internas e internacionais revela o quão importante mostra-se a saúde como garantia do indivíduo e sua vinculação direta com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que segundo Moraes (2003, p. 21):

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.

Portanto, não basta a mera previsão da saúde como direito do cidadão, eis que está implícito na norma a determinação de que tal direito seja prestado de forma efetiva, indiscriminada, satisfatória, completa e generalizada.

Destarte, a saúde deixou de ser considerada mera necessidade individual para assumir status constitucional de direito do cidadão, a ser disponibilizada à sociedade para seu uso efetivo e potencial.

3. SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO

O direito à saúde, porque compreendido dentre os direitos fundamentais, possui, como consequência de sua dimensão objetiva, eficácia irradiante, criando para o Estado, nas três esferas de governo, a obrigação de sua proteção e concretização aos cidadãos (LENZA,

2015, p. 1638).

Cumpra esclarecer, a esse respeito, que os direitos fundamentais possuem, segundo a doutrina, uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Podem ser visualizados sob uma perspectiva subjetiva, ou relativa ao sujeito, uma vez que o indivíduo possui direito à proteção e à prestação do direito elencado como fundamental, podendo exigí-lo. Por sua vez, sob a perspectiva objetiva, o direito fundamental corresponde a uma diretriz de atuação do Poder Público, independente do sujeito individualmente considerado.

Paulo e Alexandrino (2017, p. 97) dissertando a respeito das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, explicam sobre o dever do Estado:

A primeira dimensão é a subjetiva, relativa aos sujeitos da relação jurídica. Diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de exigência de prestação por parte do indivíduo em face do Poder Público. A segunda dimensão é a objetiva, em que os direitos fundamentais são compreendidos também como o conjunto de valores objetivos básicos de conformação do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva (objetiva), eles estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, ainda, para as relações entre particulares. (...). Em outras palavras: como consequência de sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais conformam o comportamento do Poder Público, criando para o Estado um dever de proteção desses direitos contra agressões (advindas do próprio Estado ou de particulares); enfim, a feição objetiva obriga o Estado a adotar medidas que, efetivamente, promovam e protejam os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 elege a saúde como direito social fundamental do cidadão e, muito além, a determina como dever do Estado.

Nota-se que o dever do Estado de proteção e promoção do direito à saúde à sociedade decorre tanto da eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva de tal garantia, quanto do exposto mandamento do texto constitucional.

Cumpra ao Estado garantir o acesso do cidadão a tal direito, implementando políticas públicas, destinando verbas orçamentárias para o fornecimento de medicamentos à população, para a manutenção de hospitais e realização de todas as atividades inerentes à satisfação desse direito. Nos termos da Constituição da República:

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988)

Extraí-se que o dever de proteção e promoção da saúde pública está determinado a todas as esferas de Poder, não estando adstrito à atividade executiva de implementação de políticas sociais.

Cabe, outrossim, ao Poder Legislativo a criação de leis destinadas à proteção do direito, determinando atividades negativas e positivas a respeito desse. Ao Executivo compete exercer suas atribuições de governo de forma a proteger garantias sociais fundamentais a partir de uma gestão organizada e eficaz. Por fim, o Judiciário protege e promove o direito à saúde a partir da resolução de conflitos gerados pela violação direta ou pela omissão na prestação da garantia.

A respeito de tais atuações, é salutar destacar brevemente a discussão que se cinge sobre o caráter programático do mandamento contido no já citado artigo 196 da Constituição Federal. Apesar de apresentar característica de norma de eficácia limitada de princípio programático, o direito à saúde tal qual estabelecido na Carta Magna, na falha dos mencionados deveres de atuação do Executivo ou Legislativo, é plenamente concretizável pelo Judiciário, conforme diretrizes que serão apresentadas no presente trabalho.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, ressaltando a impossibilidade de que o texto constitucional configure mera promessa e torne-se letra morta, porquanto ineficaz:

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 (STF, RE 393175).

Se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (...) afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (STF, ADPF 45).

Nada obstante, a legislação infraconstitucional regulamentou o dever do Estado de promoção do acesso à saúde, dispondo a Lei n. 8.080/1990 “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes” e, a Lei n. 8.142/1.990 acerca do Sistema Único de Saúde.

4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Conforme dispõem a Constituição Federal de 1988 e as Leis n. 8.080/1.990 e n. 8.142/1.990, a saúde pública é prestada aos cidadãos por meio de um Sistema Único mantido com recursos orçamentários da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na dicção do artigo 4º da Lei n. 8.080/1990, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS) “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”.

Denota-se que o SUS foi instituído pela Constituição Federal sob a diretiva da descentralização, com direção única exercida em cada esfera de governo (artigo 198 da CF). O Ministério da Saúde é órgão responsável pela gestão do SUS no âmbito da União, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o órgão diretivo corresponde à respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, o que se repete no âmbito municipal (art. 9º da Lei 8.080/90).

Mencionada Lei 8.080/90, no seu artigo 15, discrimina, ainda, as atribuições comuns a todos os entes federativos a serem exercidas nos seus respectivos âmbitos administrativos. Por outro lado, os dispositivos legais subsequentes promovem a separação das competências das direções nacional, estaduais e municipais do SUS, demonstrando a existência de moderada hierarquia na execução das ações e serviços que compõem o Sistema.

Da premissa da repartição de competências dada pela lei infraconstitucional, é lícito afirmar que a União é a principal financiadora da saúde pública no Brasil, uma vez que deve, dentre outros, “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art.16, inciso XIII, da Lei n. 8.080/1.990), bem como, “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, inciso XV, da Lei 8.080/90).

Por sua vez, compete aos Estados a descentralização dos serviços e ações de saúde aos Municípios, bem como a prestação de apoio técnico e financeiro a estes últimos, além de possuir competência supletiva na execução de ações de saúde (art. 17 da Lei 8080/90).

O artigo 18 da mencionada lei atribui aos Municípios a competência de, finalmente,

gerir e executar os serviços públicos de saúde, gerir laboratórios e hemocentros e dar execução à política de insumos e equipamentos para a saúde.

Na medida em que a conclusão anterior se dá no sentido de que a União é a principal financiadora da saúde pública no país, mostra-se igualmente válido concluir, a partir da dicção legal, que o Município constitui o principal responsável pela saúde pública da sua população, haja vista que executa a saúde pública imediata e diretamente à esta.

5. O PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE

Conforme já mencionado, o dever de proteção e promoção da saúde pública está determinado a todas as esferas de Poder do Estado, não estando adstrito à atividade executiva. É nesse sentido que a atuação do Judiciário se justifica, devendo, contudo, observar certos limites impostos pela ordem jurídica constitucional.

Não obstante a afortunada regulamentação normativa acerca da proteção e prestação da saúde por meio do Sistema Único de Saúde, o que se verifica, na realidade, é que, a administração operada para efetivação da saúde pública, por vezes é negligente na prestação do direito.

Finalmente, o que se constata é a instauração de demandas judiciais objetivando provimento jurisdicional para a prestação material de medicamentos ou procedimentos médicos, o que torna a saúde pública um problema a ser solucionado em última ordem pelo Poder Judiciário.

Ocorre que a atuação jurisdicional não pode se dar indistintamente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 expressamente contempla o princípio da separação de poderes em seu artigo 2º, nos seguintes dizeres “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ao responder às demandas provocadas na tutela do direito fundamental à saúde, o Judiciário acabaria por invadir o campo de atuação dos demais Poderes, eis que a prestação jurisdicional deve ser satisfeita pelo Poder Público, o que revolveria questões orçamentárias e de mérito administrativo.

Segundo a teoria da separação dos poderes, cada órgão possui funções típicas e atípicas bem delineadas. Cabe ao Legislativo as funções típicas de legislar e exercer a fiscalização contábil, financeira, patrimonial e orçamentária do Executivo, ao qual, por sua

vez, exerce tipicamente as funções de chefia de Estado e de governo, bem como a prática de atos de administração. Por fim, ao Judiciário compete precipuamente a função jurisdicional, ou seja, julgar aplicando a lei ao caso concreto (LENZA, 2015, p. 847).

Não obstante a teoria da separação dos poderes vede a interferência de um órgão nas funções típicas de outro, a própria Carta Magna estabeleceu um sistema de controle e fiscalização das atividades administrativas e legislativas pelo Poder Judiciário, quando verificada a exorbitância por quaisquer dos poderes (LENZA, 2015, p. 848).

O equilíbrio da autonomia dos poderes, destarte, é balizado pelo o que a doutrina denominou de sistema de freios e contrapesos. A construção doutrinária afirma que cada Poder possui atribuições bem definidas e que devem ser exercidas sem interferência e nos limites de suas respectivas competências, e que, assim atuando, controlam-se mutuamente, sendo os excessos fiscalizados e corrigidos pela função jurisdicional (LENZA, 2015, p. 844).

É, portanto, a partir desse permissivo constitucional que o Poder Judiciário passou a ter relevante atuação na correção de abusos e omissões referentes à prestação da saúde aos cidadãos.

Todavia, o constante aumento das demandas individuais em detrimento da assistência coletiva transformou a mera fiscalização do Judiciário sobre a gestão administrativa no fenômeno que se denominou judicialização da saúde.

Diante de tamanha interferência jurisdicional na gestão orçamentária, ainda que indiretamente, a judicialização da saúde passou a ser questionada como uma atuação exorbitante do Judiciário, o qual interferiria no mérito administrativo de na gestão de políticas públicas e de recursos, priorizando o bem estar individual em detrimento do coletivo.

Em que pese tal colocação doutrinária, o Supremo Tribunal Federal afirma ser possível tal interferência do Judiciário, no que se refere à gestão da saúde, não havendo violação da separação de poderes, haja vista a consagração constitucional do direito à saúde, direito indisponível, a que atrai a responsabilidade do Estado indiscutivelmente.

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 (STF, RE 271.286/RS).

Embora se tenha possível a intervenção jurisdicional para a satisfação das necessidades dos indivíduos, notadamente no que se refere à saúde, tema em discussão, é inequívoca a dificuldade enfrentada pelo operador do direito na solução do caso concreto.

As raízes do problema enfrentado são profundas e complexas, demandando a análise minuciosa de questões de fato e de direito que direta e indiretamente atingem a lide.

A principal e mais abrangente discussão verificada no caso da judicialização da saúde é o paralelo traçado pelos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, cuja ponderação, embora necessária, é de árdua aplicabilidade prática.

5.1. A teoria da reserva do possível

Numa sociedade ideal, o Poder Público possui capacidade orçamentária e competência política para proteger e concretizar todos os direitos fundamentais sociais do cidadão, sem que este necessite, em tempo algum, exigir-lhe coercitivamente o cumprimento, por meio da atividade jurisdicional.

Todavia, a concretização de direitos fundamentais encontra barreiras reais, notadamente de cunho orçamentário.

A teoria da reserva do possível, de origem alemã, opera limites à plena consumação dos direitos fundamentais, notadamente os prestacionais de 2ª geração. Na análise da reserva do possível, devem ser avaliados três aspectos, quais sejam: disponibilidade fática, disponibilidade jurídica e razoabilidade e proporcionalidade da prestação (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2015. p. 171).

A disponibilidade fática refere-se à efetiva existência de recursos financeiros do Estado disponíveis, necessários à satisfação da obrigação.

A disponibilidade jurídica refere-se às normas que disciplinam, por exemplo, a competência e a gestão orçamentária do Estado. Segundo Aragão (2015, *online*) a possibilidade jurídica trata-se da “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, ou seja, efetiva distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, competência, entre outros”.

Não obstante a relevância dos aspectos já citados, a terceira e última dimensão da reserva do possível é a que requer maior cuidado do operador do direito, notadamente pelo

caráter subjetivo e amplitude apresentados pelos institutos da razoabilidade e proporcionalidade. Deve-se, sobretudo, adotar tal sopesamento sob a ótica do indivíduo, na esfera individual do detentor de direitos sociais (ARAGÃO, 2015, *online*).

No mesmo sentido, Ingo Sarlet (*apud* CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2015, p. 169) arremata o raciocínio afirmando:

[...] todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional.

A respeito da lição de Ingo Sarlet sobre a teoria da reserva do possível, Aragão (2015) conclui tratar-se a teoria uma barreira fática e jurídica à prestação de direitos sociais:

Pontua Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos sociais prestacionais geram impacto econômico de dimensão economicamente relevante “vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais” (2009, p. 284). Em função disto, os direitos sociais passaram a ser observados como direitos de prestação limitados pela reserva do possível (ARAGÃO, 2015).

Por razões que se pode inferir do próprio conceito da teoria da reserva do possível, em demandas que objetivam a implementação da saúde pela via jurisdicional, é frequente, por parte da Fazenda Pública, a utilização da reserva do possível como justificativa da omissão ou do óbice apresentados administrativamente para a ausência da prestação do direito ao jurisdicionado.

Todavia, a teoria da reserva do possível, conforme de denota, não deve representar meramente uma defesa do Estado para eximir-se da prestação de direitos sociais, mas uma forma de limitação à prestação individual de tais garantias, face à deficiência do Estado em promovê-las nos termos da Constituição.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila excerto de esclarecedora decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, de Relatoria do Desembargador Ricardo Alencar Machado, na qual esclarece tal aspecto limitador da reserva do possível:

A reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional. A respeito do tema, vale trazer, ainda, a manifestação do jurista alemão Robert Alexy. De acordo com Alexy: “em uma [constituição](#) como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão

de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a [constituição](#) sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma "reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade" (ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 69) (TRT10, RO 0000606-50.2016.5.10.0006).

É notório atualmente que os recursos públicos não são suficientes à garantia satisfatória de todos os direitos prestacionais assegurados constitucionalmente, todavia, a alegada ausência de recursos orçamentários não pode ser considerada justificativa suficiente e aceitável para a negativa de direitos fundamentais, sob pena de violação do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se faz necessária o exame de alternativas eficazes à solução da controvérsia.

5.2. Mínimo existencial

Opondo-se à teoria da reserva do possível, verifica-se a existência de direitos sociais considerados imprescindíveis à vida digna do ser humano, cuja compilação denomina-se mínimo existencial, contra o qual não cabe qualquer oposição à sua prestação (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO; 2015, p. 171).

A respeito do mínimo existencial, Cunha Júnior e Novelino (2015, p. 169) ensinam com propriedade:

Dentre os direitos sociais, costuma ser destacado um subgrupo menor e mais preciso formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna, denominado de mínimo existencial. A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra uma resposta homogênea na doutrina.

Conforme a literalidade do princípio enuncia, trata-se do mínimo de direitos que devem ser assegurados ao cidadão e que são indispensáveis à sua própria existência. Tratam-se daqueles direitos imprescindíveis ao cumprimento do princípio fundamental da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Na medida em que a reserva do possível é apontada como uma limitação fática e jurídica à prestação de direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial representa uma

barreira à própria reserva do possível, sustentando a existência de direitos em relação aos quais sequer a indisponibilidade fática ou mesmo jurídica seria oponível.

O caráter limitador do mínimo existencial sobre a reserva do possível foi declarado pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de indispensável destaque, no qual se discutia a garantia do direito à educação, entendendo-se também este compreendido em tal subgrupo:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – **encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (STF, ARE 639.337-AgR) (grifos não originais)

Além de afirmar o mencionado aspecto limitador, o julgado em destaque ainda declarou que, não bastasse tratar-se “emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”, o mínimo existencial também garante ao indivíduo “acesso efetivo ao direito geral de liberdade”, reforçando a importância de que sejam prestados os direitos básicos à população, os quais foram sumariamente elencados, dentre eles, a saúde.

Há na doutrina, todavia, intensa controvérsia a respeito do rol de direitos sociais compreendidos no mínimo existencial, bem como acerca de sua oposição à reserva do possível. Comparando entendimentos de renomados doutrinadores, Cunha Júnior e Novellino (2015, p. 169) ilustram tal divergência:

Daniel Sarmento (2009), não existe um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. Na visão de Ingo Sarlet (2007), o mínimo existencial, por ter um caráter absoluto, não se sujeita à reserva do possível. Nesse sentido, o entendimento do Min. Celso de Mello ao sustentar a “impossibilidade de inovação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial” (STF – RE 482.611/SC).

O mínimo existencial, entendido como de caráter absoluto, é corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, por isso, incompatível com a reserva do possível, posto que a invocação de insuficiência de recursos financeiros pelo Estado não

permite a degradação do cidadão, o qual possui direito a prestações sociais mínimas que lhe assegurem uma existência digna.

5.3. Vedação do retrocesso

O princípio da vedação do retrocesso, implícito na ordem constitucional vigente, impede que seja desconstituído o grau de concretização de direitos sociais, revogando direitos já reconhecidos ou mesmo medidas garantidoras de sua efetivação (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 248).

Nas palavras de Cunha Júnior e Novelino (2015, p. 170):

Considerando que os direitos sociais, econômicos e culturais devem “implicar uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”, o princípio da vedação de retrocesso social (“*efeito cliquet*”, “*proibição de contrarrevolução social*” ou “*proibição de evolução reacionária*”) assegura o direito à manutenção do “nível de realização” legislativa do direito fundamental na esfera jurídica dos particulares, implicando na elevação ao nível constitucional, das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais. O referido princípio impede que os poderes públicos possam reduzir de forma arbitrária o grau de concretização conquistado por um direito social, mesmo quando não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em jogo uma alteração do texto constitucional.

A proibição do retrocesso pode ser obtida, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do princípio da máxima efetividade (CF, art. 5º, § 1º) e do princípio do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

A saúde pública no Brasil é um problema constante e atual de todos os Poderes da Federação, bem como em todas as esferas de Governo.

Como mencionado anteriormente, ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de editar leis que sejam capazes de abstratamente regulamentar o direito social à saúde garantido constitucionalmente ao cidadão.

Uma vez regulamentado, compete à Administração Pública efetivar o direito à saúde, implementando políticas públicas, destinando verbas orçamentárias para o fornecimento de medicamentos à população, para a manutenção de hospitais e realização de todas as atividades inerentes à satisfação desse direito.

Nesse processo, não se permite que quaisquer dos Poderes retrocedam a disciplina

dos direitos sociais, suprimindo garantias já alcançadas pela sociedade. As medidas legais materializadoras de direitos sociais devem ser tratadas como direitos fundamentais do ser humano, assegurando-se o nível de realização já conquistado.

A esse respeito, também ensina Lenza (2015, p. 1834):

[...] deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*. Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados. Segundo anotou Canotilho, “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”.

Portanto, a convergência entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível é necessária à solução racional de impasses sobre concretização de direitos fundamentais, muitas vezes revestidos também de demasiada urgência, evitando-se o retrocesso social pela supressão de direitos fundamentais pela não implementação das medidas legais necessárias à sua concretização.

6. APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

A respeito da judicialização da saúde diversas são as manifestações jurisprudenciais relevantes, passando-se, então, a discorrer sobre algumas delas.

Em 23 de abril de 2007, foi publicado o acórdão proferido no REsp 840.912/RS, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no qual se afirmou que, na presença de um conflito, a saúde é direito preponderante sobre princípios financeiros ou administrativos e interesses da Fazenda Pública. Dentre as questões discutidas, indagava-se a possibilidade, ou não, de sequestro e bloqueio de verbas do ente público condenado à prestação social como medida coercitiva de seu cumprimento, tendo o julgamento se dado positivamente a tal possibilidade.

O STJ, na oportunidade, entendeu que perante um “conflito entre a urgência na aquisição do medicamento e o sistema de pagamento das condenações judiciais pela Fazenda”, deve-se dar prevalência ao direito à saúde :

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA. **MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR** ([CPC](#), ARTS. 273, 3º E 461, 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. **BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS**. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. **PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO**. 1. Não viola o artigo 535 do [CPC](#), nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 4611 e 461AA do CPCC. Precedentes. 3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio ([CPC](#), art. 730 do [CPC](#) e [CF](#), art. 100 da [CF](#)), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 4. Todavia, **em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e imposterável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente**. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 840.912/RS) (grifos não originais)

Como parte do fundamento de seu voto, o Relator do Recurso Especial cita precedente firmado no âmbito do STF, no RE 393.175, no qual o Relator Ministro Celso de Mello afirmara ser a saúde um direito subjetivo inalienável e, que sua preponderância possui razões de ordem ético-jurídica:

Estabelecendo-se, entre eles, conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado. Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo. É o que demonstrou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1º/02/06 (transcrita no Informativo 414, do STF): “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), **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 uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas**. (STF, RE 393.175) (grifos não originais)

No mesmo sentido, tal entendimento outrora manifestado pelos tribunais superiores fora ratificado pelo STJ, posteriormente, quando do julgamento do REsp 1.069.810-RS, em 23.10.2013, em que se discutia novamente a possibilidade de determinação judicial para bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão para fornecimento de medicamentos. Na oportunidade, o relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho reiterou o entendimento do Tribunal, cuja emenda notou o seguinte: “Tratando-se do fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio).”

A respeito da limitação do poder de fiscalização do Judiciário no implemento de políticas públicas voltadas à saúde, em oposição ao princípio da separação dos poderes, no RE 429.903/RJ, cujo acórdão é datado de 25.06.2014, discutiu-se sobre a possibilidade de o Judiciário influir na manutenção de estoques de medicamentos, determinando a conservação de quantidades mínimas de determinados produtos.

Na ocasião, o STF entendeu que a determinação judicial, de manutenção pela Administração Pública de quantidades mínimas de medicamento em estoque, não violaria a separação dos poderes, notadamente porque houve “manifesta inadequação das providências tomadas pela Administração de forma a autorizar a atuação intervenção impositiva do Judiciário”, estando a questão de acordo com o sistema de freios e contrapesos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. II - No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressamente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida. IV – **O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes.** V – **O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes.** VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF - RE: 429903 RJ) (grifos não originais)

No julgamento da SL 47 AgR, em j. 17.03.2010, o STF pela relatoria do Ministro

Gilmar Mendes pinçou bases jurisprudenciais para a solução de conflitos judiciais relacionados à prestação do direito à saúde.

Em seu voto, o Ministro relator afirmou importante conclusão acerca do fenômeno da judicialização da saúde e alegada interferência do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes. Concluiu que grande parte das demandas da saúde objetivam meramente o cumprimento de políticas públicas já criadas pela Administração e que não são efetivadas:

[...] 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. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: 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 já existentes. (STF, SL 47 AgR)

Uma vez estabelecida tal conclusão, afirma a possibilidade de sua utilização como parâmetro na prolação de decisões em demandas da saúde. Em primeiro lugar, deve-se indagar sobre a existência ou não de política pública relacionada com o pleito judicial. Se já houver sido criada, o Judiciário atuaria somente para fazer cumprir a política já inserida no Sistema Único de Saúde, presente, portanto, direito subjetivo da parte. Em sentido contrário, se não houver política estatal que abranja o objeto da demanda, deve-se “distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação” (STF, SL 47 AgR).

A partir da utilização de tal premissa seria possível decidir-se com maior segurança, evitando-se a interferência indiscriminada do Judiciário nas questões relativas à saúde.

Outro critério de decisão apresentado pelo Relator em seu voto refere-se à existência de fundamento já apresentado pelo SUS para o não atendimento da medida de saúde pleiteada pelo jurisdicionado. A esse respeito, esclarece:

Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (STF, SL 47 AgR).

No primeiro caso, entende-se no voto que, considerando ter o SUS filiado-se à “Medicina com base em evidências”, bem como, considerando a escassez de recursos que impõe a repartição de recursos da forma mais eficiente possível em observância do princípio do acesso universal e igualitário à saúde, deve-se decidir pelo tratamento já existente na política do SUS “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. Da conclusão esposada, infere-se, também, pela possibilidade de adoção de tratamento diverso e não previsto no SUS, quando comprovada a ineficácia daquele no caso concreto (STF, SL 47 AgR).

No último caso tido como parâmetro de decisão, quando inexistente tratamento no SUS a determinada patologia, deve-se, desde logo, diferenciar dentre os tratamentos não abrangidos pelo SUS, aqueles “puramente experimentais” daqueles “novos tratamentos ainda não testados” (STF, SL 47 AgR).

Quanto aos tratamentos puramente experimentais, explica o Relator que “a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica, e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”. No que se refere aos tratamentos não testados, a conclusão apresentada é mais branda, admitindo-se sua prestação à parte demandante, notadamente quando já fornecido pela rede privada de saúde, de forma que a “inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema” (STF, SL 47 AgR).

Existem inúmeros entendimentos jurisprudenciais já manifestados pelos tribunais pátrios em que se resolvem questões relativas à prestação jurisdicional da saúde. Todavia, é lógica a impossibilidade de esgotamento, no presente trabalho, da análise jurisprudencial do tema, ressaltando-se, ainda, a mutabilidade dos entendimentos e das variadas especificidades de casos concretos.

Dessa forma, procurou-se enfatizar os entendimentos predominantes já manifestados especialmente pelos tribunais superiores, os quais, embora careçam de melhor delimitação de parâmetros, servem por nortear a compreensão da matéria e pressupor os rumos de sua evolução.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu amplo rol de direitos sociais, os quais impõem um dever prestacional do Estado de maneira geral e uniforme a todos os cidadãos.

Considerando, de um lado, a amplitude do rol de direitos sociais constitucionalmente impostos à Administração Pública e, de outro lado, a notória escassez de recursos públicos destinados a tais prestações sociais, torna-se lógica a impossibilidade fática de que o Estado dê efetividade ao texto constitucional nos moldes idealizados pelo constituinte originário.

Dessa forma, a prestação devida pelo Estado deve obedecer a critérios preestabelecidos, visando atender genericamente as necessidades sociais da população na medida dos recursos disponíveis. Nessa atividade, o Poder Público inevitavelmente realizará escolhas, as quais, a despeito de visarem o melhor atendimento das prioridades coletivas, negligenciarão a outras necessidades reais.

Ocasionalmente, o serviço público ofertado à população não será adequado ou será insuficiente à necessidade individual de determinada pessoa, ou, ainda, haverá negligência na atuação pública. Nesses casos, sedimentou-se entendimento no ordenamento jurídico pátrio acerca da possibilidade de se acionar o Poder Judiciário visando a satisfação do direito de forma cogente.

No que se refere à saúde, verifica-se atualmente que sua prestação individual na esfera jurisdicional tem se dado com demasiada frequência a despeito de representar, em tese, medida excepcional, face à prestação uniforme e coletiva da saúde pelo SUS à população.

É diante desse cenário que se conclui que, apesar de integrar o rol de direitos básicos enumerados pelo mínimo existencial, a prestação da saúde pelo Judiciário não pode se dar de forma irrestrita e desproporcional às políticas públicas adotadas em prol da coletividade por meio do SUS, sob pena de que se privilegie o interesse individual sobre o interesse público, o que violaria a ordem constitucional vigente.

Consagrou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, entendimento segundo o qual a saúde é corolário da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a qual se sobrepõe a princípios administrativos e financeiros oponíveis à sua efetivação, ainda que individual.

Em que pese a essencial conclusão apontada, é imprescindível que se aproxime a prestação da saúde à realidade contemporânea, notadamente a de cunho financeiro, conforme já constatarem os tribunais superiores ao estabelecer critérios ou parâmetros a serem utilizados nas decisões relativas às demandas da saúde no Judiciário.

A utilização de critérios, norteados, inclusive pela reserva do possível, faz-se necessária a fim de se evitar o atendimento irrestrito dos pedidos da população, sob a justificativa de ser a saúde direito preponderante sobre princípios financeiros, impedindo que

a judicialização da saúde torne o Judiciário um balcão farmacêutico de estoque ilimitado.

A respeito da dicotomia entre a reserva do possível e o mínimo existencial, é possível estabelecer uma conjugação entre tais teorias, uma vez considerando não haver uma completa anulação, por incompatibilidade, de um princípio pelo outro, mas uma limitação de abrangência maior ou menor de um em relação a outro, conforme o caso concreto.

Muito mais do que uma solução ao interesse individual, meramente porque consagrado constitucionalmente como dever do Estado, a busca judicial da prestação do direito à saúde tornou-se um grave problema de atuação atípica do Judiciário. Resultado disso é a desestabilização do Sistema Único de Saúde, consequência da disposição de recursos de forma diversa da prevista no orçamento público.

A solução de toda controvérsia seria cabalmente dada pela melhoria do Sistema Único de Saúde, de forma que este seja capaz de atender efetiva e satisfatoriamente as demandas coletivas e individuais da sociedade, na medida de suas especificidades, tornando desnecessária a intervenção do Judiciário para que se dê efetividade ao texto constitucional, proclamador de direitos sociais.

A medida apresentada, embora de êxito incontestável, apresenta-se utópica face a realidade administrativa verificada no Poder Executivo do país.

Dessa forma, a solução do problema representado pela judicialização da saúde deve-se dar de forma a minimizar os efeitos das demandas desarrazoadamente ajuizadas, privilegiando-se aquelas em que cujo direito à saúde é indiscutivelmente devido ao cidadão, por meio de critérios jurídicos e fáticos logicamente estabelecidos para ‘peneirar’ a atuação jurisdicional, sem que isso represente retrocesso social à ordem jurídica conquistada.

JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL UNDER THE DIALOGICAL OF MINIMUM EXISTENTIAL AND THE RESERVATION OF THE POSSIBLE

ABSTRACT

Health is a social right guaranteed constitutionally and the duty of the State, and the Administration must provide it to the population in an effective and uniform way. By integrating a core of essential rights for the preservation of the dignity of the human being, the existential minimum, health can not be neglected by the State, under penalty of violation of the right to life itself. Faced with state omission, the judiciary is commonly provoked to give

effectiveness to the constitutional text, obliging the Public Power to provide health, not implying the allegation of factual unavailability of resources, consubstantiated in the reserve of the possible. The purpose of this study is to discuss the dichotomy between the principles of the existential minimum and the reserve of the possible, in the provision of the right to health by the Judiciary. The convergence between the theories, aiming at the maximum effectiveness of the law, was possible according to the jurisprudential parameters constructed by the superior courts, to be concretely applied.

Keywords: Public health; judicialization; minimum existential; reservation of the possible; separation of powers.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Gerson. Reserva do possível e mínimo existencial. 2015. In.: **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/216406596/reserva-do-possivel-e-minimo-existencial>>. Acesso em 12.abr.2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 19.set.2017.

BRADBURY, Leonardo Cacau dos Santos La. Estados liberal, social e democrático de direito. 2006. In.: **Jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em 10.abr.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19.set.2017.

_____. **Lei nº. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 23.out.2017.

_____. **Lei nº. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em 23.out.2017.

_____. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 a (III) da assembléia geral das nações unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 23.out.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 840.912/RS**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília/DF, 23 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=840912&b=ACOR&p=true&l=10&i=12>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.069.810/RS**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília/DF, 23 de outubro de 2013. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1069810&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 Medida Cautelar**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 29 de abril de 2004. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 393.175 AgR/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 02 de fevereiro de 2007. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b53du76>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271.286/RS** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 429903/RJ** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 14 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=156&dataPublicacaoDj=14/08/2014&incidente=2234948&codCapitulo=5&numMateria=106&codMateria=2>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337 AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2011&incidente=4125954&codCapitulo=5&numMateria=135&codMateria=3>>. Acesso em 12.abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47 AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 25 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em 14.mai.2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário 0000606-50.2016.5.10.006**. Desembargador: Ricardo Alencar Machado. Brasília/DF, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/ServletVisualizaDocumento;jsessionid=S8ERNocRpiEjFwiCyG0UBX227gHuyzacCGRTRC8X?nomeArquivo=0000606-50.2016.5.10.0006.html&tipoDownload=inline&tipoConteudo=text_html;charset=utf-8>. Acesso em 14.mai.2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo; **Constituição Federal para concursos**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAPELLI JR, Reynaldo. **Judicialização da saúde: Regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública**. São Paulo: Atheneu, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a Evolução do Estado. 2007. In.: **Jus**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado/2>>. Acesso em 06.abr.2018.

NAGAMINE, Lucas Civile. Qual a diferença entre o Estado liberal e o Estado de bem-estar?. 2017. In.: **Guia do Estudante**. Disponível em: < <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/qual-a-diferenca-entre-o-estado-liberal-e-o-estado-de-bem-estar/>>. Acesso em 06.abr.2018.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à Saúde. Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível**. Belo Horizonte: Juruá, 2015.