



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**O CONFLITO ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NAS QUESTÕES DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**
DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

ORIENTANDO – JOÃO VICTOR LANZANA MENEZES
ORIENTADORA – PROF^a : GABRIELA PUGLIESI FURTADO CALAÇA

GOIÂNIA-GO
2022

JOÃO VICTOR LANZANA MENEZES

**O CONFLITO ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NAS QUESTÕES DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL
DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof.^a. Ms. Orientadora: Gabriela Pugliesi Furtado Calaça.

GOIÂNIA-GO

2022

JOÃO VICTOR LANZANA MENEZES

**O CONFLITO ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NAS QUESTÕES DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL
DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Data da Defesa: 08 de Junho de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a: Gabriela Pugliesi Furtado Calaça. Nota ____

Examinadora Convidada: Prof.^a ME: Ysabel Del Carmen Barba Balmaceda

Nota ____

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por me conceder capacidade e sabedoria para elaborar esse trabalho e pelo dom da vida e saúde em meio a tantas catástrofes acontecendo pelo mundo. Em segundo lugar, à minha família, amigos e companheiros de sala, por toda dedicação e suporte para trilhar um caminho mais fácil ao êxito dessa conquista acadêmica.

Agradeço à professora orientadora que sempre esteve à disposição para ajudar e contribuir para sanar quaisquer dúvidas e colaborar com um melhor aprendizado durante esses meses de construção e concluir mais essa etapa de um novo ciclo que está por vir.

Por fim, gostaria de deixar uma mensagem bíblica aos leitores: “Entrega o teu caminho ao Senhor; confia nele, e ele tudo fará”. Salmo 37:5

**O CONFLITO ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NAS QUESTÕES DE JUDICIALIZAÇÃO DE SAÚDE NO BRASIL
DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

João Victor Lanzana Menezes

O presente trabalho tem como objetivo analisar os efeitos das Teorias da Reserva do Possível em confronto com a Teoria do Mínimo Existencial nos inúmeros casos de judicialização da Saúde no Brasil. Ademais, busca informar acerca da responsabilidade solidária dos entes federativos (União, Estados e Municípios) no fornecimento de medicamentos de alto custo para as pessoas hipossuficientes economicamente, com o intuito de compreender qual o entendimento predominante nos Tribunais e Jurisprudências. A metodologia utilizada foi a lógica dedutiva e a pesquisa teórico bibliográfica, baseando-se na exposição de entendimentos doutrinários de diversos doutrinadores e na pesquisa de campo realizada com uma Defensora Pública Federal. Assim, concluiu-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo que cumprir com suas obrigações, porém, tais obrigações devem estar previstas no Orçamento Público, mas a não previsão em orçamento não pode ser empecilho à efetivação do direito ao mínimo existencial do ser humano, sob pena do Estado estar violando a dignidade humana.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. Direitos Humanos. Deveres. Responsabilidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... | 7 |
| 1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO | 7 |
| 1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS | 9 |
| 1.3 DIVISÃO E FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES PÚBLICOS..... | 10 |
| 2 DIREITOS SOCIAIS DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO DE FEDERAL DE 1988..... | 12 |
| 2.1 DIREITO À SAÚDE | 12 |
| 2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) | 13 |
| 2.4 DA CONCORDÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 15 |
| 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 17 |
| 3.1 DO CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL | 17 |
| 3.2 DO DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E JULGADOS SOBRE O TEMA..... | 20 |
| CONCLUSÃO | 23 |
| ABSTRACT | 24 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 25 |
| ANEXOS | 28 |

INTRODUÇÃO

Em razão da crise sanitária estabelecida pela pandemia do Covid-19 no início de 2020, firmou-se uma verdadeira luta contra a vida, principalmente para a população economicamente hipossuficiente, numa busca árdua e incansável por leitos de UTIs, procedimentos cirúrgicos, medicamentos de alto custo para o tratamento de cânceres, e várias outras doenças agressivas. Nesse sentido, surge a justificativa para a elaboração deste trabalho, a busca pela dignidade humana brasileira, pelos direitos sociais elencados no Artigo 6º da Constituição, em especial o direito à saúde, onde o Estado tem o dever de propiciar aos cidadãos ações e serviços públicos, por meio do SUS (Sistema Único de Saúde), provendo condições indispensáveis à uma vida digna.

Desse modo, a saúde humana é judicializada, ou seja, há uma judicialização da saúde que consiste na possibilidade de apreciação do direito à saúde pelo poder Judiciário. Entretanto, surgem as Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial servindo como empecilhos para a concretização e efetivação dos serviços de saúde, em destaque para o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Diante disso, ao longo deste artigo científico, de maneira cronológica será abordado uma contextualização histórica e originária dos direitos sociais e fundamentais em geral, suas espécies, classificações e todo esse arcabouço incluindo os aspectos dos direitos fundamentais e humanos e seus princípios constitucionais; o conceito de judicialização da saúde e sua aplicação nas Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial; e a análise e exposição dos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema no Brasil.

Portanto, o objetivo geral desse trabalho é discutir o confronto dessas teorias e os seus efeitos e reflexos nos casos concretos e entendimento dos tribunais do Brasil, e quais soluções prováveis para atenuar a mora do Judiciário frente à demanda intensa. Ademais, visa também explicar que a A União detém o dever e a responsabilidade solidária junto aos outros entes, os Estados, Distrito Federal e os municípios em conceder medicamentos de alto custo para os hipossuficientes economicamente.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais, como já se autointitula, é um conjunto de instrumentos protetores dos indivíduos frente ao Poder Estatal de uma sociedade. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho (*Canotilho Apud Alexandre de Moraes, 2003, p.58*):

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

É válido enfatizar que o processo de positivação e estabelecimento das constituições escritas, está intrinsecamente ligado à edição das declarações de direito do homem. Ou seja, evidenciam limites ao poder político e expressam o domínio e representação pelo povo, conforme a dinâmica literal de uma democracia.

Estes direitos e garantias estão dispostos na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu Artigo 5º, Título II, subdividindo-se em 5 capítulos: direitos individuais e coletivos (artigo 5º da CF); direitos sociais (artigo 6º ao 11 da CF); direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13 da CF); direitos políticos e partidos políticos (artigos 12 e 13 da CF). Desse modo, o poder constituinte adotou essas subdivisões de maneira a diferenciá-los de acordo com suas espécies e temas específicos.

O *caput* do Art. 5º da Carta Magna Brasileira dispõe sobre os destinatários dos direitos e informa 5 direitos fundamentais basilares para a criação dos demais:

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 [...].

A partir desse artigo supracitado, conclui-se que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são os direitos base que sustentam os direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira.

A doutrina não é majoritária em relação a classificação dos direitos e garantias fundamentais sobre as suas gerações ou dimensões. Como destaca Celso de Mello (Celso de Mello *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.59):

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 inexauribilidade.

Assim, identifica-se, *a priori*, de acordo com Artigo Científico publicado por Nestor Sampaio (2013) no site eletrônico JusBrasil, que a 1ª geração (ou dimensão) de direitos, de maneira geral, está relacionada a documentos históricos concebidos na Idade Média e na Idade Moderna, por exemplo: a Magna Carta de 1215; a Paz de Westfália (1648); *Bill of Rights* (1688), *Habeas Corpus Act* (1679), e, não menos importante, as Declarações de Independência Americana (1776) e a Francesa (1789).

Conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Manoel Gonçalves Ferreira Filho *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.60), "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

Conforme construção da doutrina, com destaque em Norberto Bobbio (1986), ao final do século XX e início deste século XXI destaca-se uma 4ª geração/dimensão de direitos.

Preocupa-se então da criação de instrumentos jurídicos voltados à preservação da própria existência do homem na Terra. Assim, como Direito dos povos aparecem a proibição de clonagem humana, os limites ao uso da força nuclear, ao que se acrescentam os direitos ao pluralismo, à democracia e à informática. Atualmente, fala-se também em direito das minorias (o direito a ter direitos), alargando os horizontes de proteção de direitos já estabelecidos, atribuindo-se maior tutela a crianças, idosos, deficientes, homossexuais, índios etc.

Celso Lafer (Lafer *Apud* Alexandre de Moraes, 2003) classifica esses mesmos direitos também em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta

geração transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.

Por fim, o Prof. Paulo Bonavides (Bonavides *Apud* Nestor Sampaio) sustenta a existência de uma 5ª geração ou dimensão, deslocada direta e imediatamente da 3ª geração para o momento presente – o direito à paz permanente.

A expressão gerações ou dimensões de direitos pode trazer uma ideia contraditória e causar alguma confusão dando a entender que o surgimento de uma nova era encerra ou extingue uma precedente ou anterior, ocasionando uma limitação de tempo, pelo contrário, há uma interatividade entre os direitos e as gerações que vão surgindo com o decorrer do tempo, tendo em vista as necessidades naturais do homem, sendo elas ilimitáveis, inesgotáveis e passíveis de modificações ao longo da vida.

1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Assim como qualquer outro instrumento jurídico ou de proteção à dignidade humana em sociedade, os direitos fundamentais apresentam diversas características elencadas pela doutrina constitucionalista, porém, serão mencionadas a seguir as sete principais, percorridas por Tiago Fachini em seu Artigo Científico publicado no site eletrônico ProJuris, quais sejam: a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, efetividade, universalidade, complementaridade.

A característica da imprescritibilidade está ligada ao estado ou condição do que é imprescritível, ou seja, aquilo que não prescreve. Em outras palavras, para a área jurídica significa que os direitos e garantias fundamentais não caducam com o tempo ou não ficam sem efeito em decorrência de um prazo legal, logo, estão sempre à disposição.

A irrenunciabilidade se refere ao não abandono de um determinado direito por aquele que o detém, portanto, infere-se como a não possibilidade do titular do direito ou garantia fundamental de renunciar tais institutos jurídicos.

A Inalienabilidade vem do verbo alienar que de acordo com o dicionário significa transferir a outrem o domínio de alguma coisa, nesse caso, é um elemento que não permite ao indivíduo podem transferir tais direitos ou garantias a outrem.

A inviolabilidade é uma das razões que fizeram nascer os direitos e garantias fundamentais para estabelecer a limitação do poder do Estado. Assim, surge a característica da inviolabilidade como um preceito para que haja a observância pelos representantes do povo e as autoridades públicas e não a violação dessas garantias.

A efetividade remonta a ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ser efetivados pelo Poder Público por meio de sua atuação em prol dos titulares de direitos.

Caráter do que é universal, geral, total, ou considerado sob seu aspecto de generalidade universal, ou seja, uma vez criados os direitos fundamentais devem ser direcionados a todos, sem distinção de qualquer natureza, assim como está expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

E para finalizar as características, há a complementaridade, qualidade daquilo que tem interdependência com o outro, condição do que é complementar, logo, não devendo ser interpretados os direitos e garantias fundamentais de maneira isolada, mas sim de maneira unida e conjunta com os outros existentes, a fim de alcançar as metas pretendidas pelo legislador e constituinte.

1.3 DIVISÃO E FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES PÚBLICOS

Inicialmente, a teoria da separação e criação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), consiste em diferenciar as três funções estatais existentes, quais sejam, a legislação, administração e jurisdição, de maneira a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem e a sua dignidade. Por isso, foram criados mecanismos de controles recíprocos entre si que estabelecem harmonia e independência entre eles, como dispõe no Artigo 2º da Constituição de 1988.

O sábio e filósofo da Grécia Antiga, Aristóteles, foi o primeiro a esboçar o estudo sobre a função e divisão dos Poderes em sua obra “Políticas” (Aristóteles *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.369), sendo detalhada mais posteriormente pelo “pai do liberalismo”, o filósofo britânico John Locke (Locke *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.369), durante o Segundo tratado do governo civil. E, finalmente, consagrada na obra “O espírito das Leis”, de Montesquieu (Montesquieu *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p. 369), onde detêm a autoria para a divisão e distribuição clássica tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma, previsto no Artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e

do Cidadão, de 1789: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A consolidação da tripartição dos poderes foi estabelecida no Artigo 2º da Constituição Federal. O legislador e constituinte atribui diversas funções a todos os Poderes, cada um possuindo uma predominante, firmando sua fração como detentor do poder estatal, chamadas funções típicas e atípicas.

Alexandre de Moraes (2003) explica que as funções típicas do Poder Legislativo são de legislar e de fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e tendo suas funções exercidas pelo Congresso Nacional composto pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados, de acordo com artigo 44 e seguintes da Constituição Federal de 1988. As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração. Sua Chefia foi confiada pela Constituição ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), sendo sua estrutura e funcionamento disposto no artigo 76 a 91 da Constituição.

O Executivo, portanto, na visão de Moraes (2003), além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 - Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas.

Concluindo, não é possível conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni (Zaffaroni *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.447) "a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência". A Constituição Federal enumera um rol taxativo, no art. 92, dos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Além da função de legislar e administrar, o Estado também exerce a função de julgar, ou seja, a função típica jurisdicional que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, quando houver necessidade, aplicando a lei

a um caso concreto, resultante de um conflito de interesses. Explica Arruda Alvim (Alvim *Apud* Alexandre de Moraes, 2003, p.448):

Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.

Em síntese, o Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

2 DIREITOS SOCIAIS DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 DIREITO À SAÚDE

Os Direitos Sociais, mencionados no capítulo anterior, são direitos de segunda dimensão ou geração, também conhecidos como direitos a prestação, ou direitos prestacionais. É válido lembrar que são aqueles em que exigem do Poder Público uma atuação positiva, ou seja, uma forma atuante do Estado na instauração da igualdade social para os hipossuficientes (TAVARES, 2012, p.837).

Entretanto, dentro deste subtópico será abordado mais especificamente o direito social à saúde que está elencado taxativamente dentre os Direitos Sociais que são o direito a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, previstos no Art. 6º da Constituição Federal com redação dada pela Emenda Constitucional n.90 de 2015.

De acordo com o Título VII, Capítulo II e Seção II da Constituição Federal, em seu Artigo 196, onde contém o subtítulo “DA SAÚDE”, o legislador informa:

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.

Em síntese, o direito à saúde é um direito de todos, constituindo um dever do Estado na sua efetivação.

Porém, em primeiro lugar é fundamental esclarecer qual o significado de saúde. A respeito do conceito de saúde, Julio César de Sá Rocha (ROCHA *Apud* TAVARES, 2012, p. 854) expõe o seguinte:

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

A Constituição declara expressamente em seu Art. 197 que as ações e serviços de saúde são considerados de “relevância pública”. Logo, cabe ao Poder Público, pois, dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Isso significa, consoante José Afonso da Silva (SILVA *Apud* TAVARES, 2012, p.855), “que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle”.

A Constituição esteve extremamente atenta à necessidade de presença do Poder Público em tais ações e serviços de saúde, a ponto de detalhar, no Art. 200, uma série de atuações que se fazem necessárias nessa seara, como: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador, entre outros.

2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Estado tem o dever de promover políticas sociais e econômicas com o objetivo de 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 (Artigos 166 e 198, II, da CF). 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.

Essas ações e serviços públicos de saúde 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 CF), 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.

Esse sistema único, regionalizado e hierarquizado é denominado SUS (Sistema Único de Saúde), onde no Art. 200 da CF contém suas atribuições:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Lei n. 8.080 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 sobre o SUS. O Art. 4º desta lei estabelece a constituição do SUS:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta

e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Ademais, no artigo seguinte (art. 5º) encontra-se disposto os objetivos do SUS, que são: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

E, por fim, o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

2.2 DA CONCORDÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Prima facie, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se expresso no inciso III do Art. 1º da Magna Carta Brasileira de 1988, não inserido no extenso rol taxativo do art. 5º, sendo um dentre os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Pelas palavras de André Ramos Tavares (2012, p.586), o filósofo que provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana foi Immanuel Kant (KANT *Apud* TAVARES, 2012, p.587) ao definir o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a

ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.

Em outras palavras, afirmava Protágoras (PROTÁGORAS *Apud* TAVARES, 2012, p.587): “O homem é a medida de todas as coisas”.

Porém, é imperioso ressaltar que a dignidade da pessoa humana não surgiu com Kant, visto que, como bem lembra Sarlet (SARLET *Apud* TAVARES, 2012, p.587):

Já no pensamento Estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Embora haja uma dificuldade para um consenso na definição desse princípio, é sabido, universalmente, que o princípio da Dignidade da pessoa humana é um valor natural de todo ser humano, sendo o alicerce para a formação e criação de leis e uma vida em sociedade (SILVA NETO, 2013, p. 316).

Neste mesmo norte, contribui ainda Ingo Sarlet (SARLET, 2001, p. 110):

Como tarefa imposta ao Estado, a Dignidade da Pessoa Humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de ser perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade).

Após a promulgação da Carta Maior de 1988, houve um significativo avanço dos Direitos Fundamentais, sendo tratados como centro de proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim sendo, é evidente a relação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com os direitos e garantias previstos na Constituição de 1988, posto que, tem como base a efetivação da Dignidade Humana.

No mesmo diapasão, é crucial elucidar que para que um ser humano tenha o mínimo possível de dignidade, vê-se necessário total acesso e proteção à saúde, servindo como justificativa para a imposição dos Direitos Fundamentais e Sociais, com destaque para a saúde.

Logo, para Barleta (BARLETA, 2010, p. 138), se o Estado afirma não ter recursos financeiros para contemplar esse Direito Constitucional, que este, o Estado, retire de outra dotação orçamentária recursos para tanto, com fundamento na essencialidade do Direito a Saúde, pois sem Saúde não há vida Digna e sem uma vida digna o Estado deixa de cumprir com seus Princípios Constitucionais.

De modo final, de acordo Cury (CURY, 2005, p. 123), o direito à saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que sustenta o arcabouço jurídico brasileiro: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – devendo ter tratamento especial.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 DO CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Primordialmente, é indispensável o início deste capítulo sem expor o significado do termo Judicialização do direito à saúde e sua relação com a Constituição. O direito que cada cidadão brasileiro possui de lutar por respeito a um direito seu perante o Poder Judiciário é um dos elementos fundamentais que concretizam o Estado Democrático de Direito e a Democracia Sanitária do país.

Para Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018), Judicialização “é a mera possibilidade de levar conflitos à apreciação do Judiciário. Trata a questão como um fenômeno inevitável, presente nas principais democracias contemporâneas”.

Assim, conforme Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Princípio do Direito de Ação, expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse diapasão, se qualquer cidadão entender que o seu direito à saúde está sendo lesado ou ameaçado, a Constituição assegura o direito de recorrer ao Poder Judiciário para que a lesão ou ameaça seja resolvida.

Logo, esse fenômeno de recorrer ao Judiciário com ingresso de ação judicial demandando um direito, no caso, a saúde, denomina-se o fenômeno da Judicialização da saúde.

À caráter informativo sobre o fenômeno da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Instituto de Estudo e Pesquisa (Insper) realizaram uma pesquisa em 2019 com levantamento de dados por todo o Brasil sobre o tema e seus desafios e empecilhos atualmente, sugerindo algumas propostas para a solução dos problemas, dentre elas: sugere-se uma política de formação dos magistrados que sejam qualificados em Direito Sanitário; políticas de acesso à legislação sanitária e às informações essenciais sobre as políticas públicas de saúde; políticas de articulação entre os diversos atores (secretarias de saúde, defensorias públicas, ministérios públicos e magistrados) que movimentam a judicialização da saúde; políticas de incorporação de novas tecnologias de saúde no sistema público de saúde (SUS); políticas de incentivo às soluções extrajudiciais de conflitos sobre saúde; fortalecimento do papel dos enunciados do CNJ na formação dos magistrados e, por fim, a criação de varas especializadas.

A partir desse fenômeno é que se originam as teorias do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que são fundamentações utilizadas pelos magistrados nas suas decisões e acórdãos com base no fundamento de que essas duas teorias entram em colisão em razão das dificuldades entre o cumprimento dos Direitos Fundamentais e a limitação das verbas dos cofres públicos.

Não há que se olvidar que para a concretização de qualquer direito há um custo, e também, para a efetivação de Políticas Públicas pelo Estado é necessário a existência de recursos financeiros legalmente previstos na Lei Orçamentária. Nesse sentido é que surge uma das justificativas que sustenta a disponibilidade desses recursos, a chamada Teoria da Reserva do Possível.

Sobre a origem e conceito do termo Reserva do Possível, explica Dirley da Cunha Junior (CUNHA JUNIOR, 2016, p. 123):

Derivado originalmente da doutrina germânica, bem assim como da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o “princípio da reserva do possível”, determina que a satisfação de certos direitos exigíveis do Poder Público é condicionada à disponibilidade de recursos financeiros para a sua satisfação material, isto é, sua execução em casos práticos. A doutrina e certas decisões nacionais vêm acolhendo sem incômodo o referido princípio, aceitando-o indiscriminadamente e ensejando verdadeiro obstáculo à efetividade, por exemplo, dos direitos sociais.

Ademais, para Ingo. W. Sarlet (SARLET, 2007, p. 53), a Teoria da Reserva do Possível remonta a ideia 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 razoável.

Acrescentando ao tema, Maurilio Casas Maia apresenta que: “*As limitações decorrentes da teoria da reserva do possível podem derivar de fator econômico (escassez de recursos financeiros) ou jurídico (inexistência de autorização orçamentária para despesa)*”. (MAIA, 2013, p. 33). Ou seja, o Estado não pode oferecer aquilo que se encontra fora do seu orçamento para atender as necessidades dos requerentes ou cidadãos.

Desse modo, a Teoria da Reserva do Possível tornou-se uma das justificativas da omissão do dever do Estado em concretizar os direitos sociais e fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Já a Teoria do Mínimo Existencial relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, com ênfase em assegurar que a reserva do possível seja aplicada considerando, o chamado mínimo existencial, para uma vida humana digna, indispensável à existência. Logo, remonta à ideia de problemas relacionados à pobreza, do qual o Estado não deve se eximir da responsabilidade.

Para César Guimarães Pereira (PEREIRA, 2008, p. 326-327), muitas vezes, recorrer ao poder judiciário pode representar a distância entre a vida e a morte de pacientes que realmente carecem de tratamentos, medicamentos e intervenções cirúrgicas que somente irão ocorrer após a concessão de uma medida judicial. Isso se dá pela realidade da saúde no Brasil, onde frequentemente deixa-se de prestar o seu mínimo para a população.

Corroborando com este tema, é de entendimento da Jurisprudência o Estado deve garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre eles o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade, intervenções cirúrgicas, medicamentos, entre outros.

Complementando a exposição, a Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal (STF), expõe em Recurso Extraordinário (BRASIL, 2012, WEB), *in verbis*:

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 revelase capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário com Agravo 684445).

O direito à saúde é, portanto, um direito fundamental, de cunho social, e exigível perante o Poder Público, pois não se trata de mera norma programática. A esse respeito, a lição de Gilmar Mendes em relatório de voto de Recurso Extraordinário (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário RE 642536 AP), *in verbis*:

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 de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*).

Assim sendo, conclui-se que há uma conexão entre os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível. O Estado tem o dever de cumprir com suas obrigações, porém, tais obrigações devem estar previstas no Orçamento Público, mas a não previsão em orçamento não pode ser empecilho à efetivação do direito ao mínimo existencial do ser humano, sob pena do Estado estar violando a dignidade humana. Por esse atrito entre previsão orçamentária e concretização dos direitos sociais, no caso a Saúde, é que o presente estudo é objeto de discussão no Poder Judiciário.

3.2 DO DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E JULGADOS SOBRE O TEMA

Inicia-se a presente discussão com o critério da responsabilidade solidária dos entes federativos (União, Estados e Municípios) no que diz respeito ao dever de fornecer medicamentos de alto custo à população.

Concordante entendimento e orientação da jurisprudência, os três entes federativos são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos à

população. Este entendimento encontra alicerce no art. 23, II e no art. 196, ambos da Constituição Federal, de maneira que a divisão de competências através das normas infraconstitucionais, a exemplo da Lei 8.080/90 e da Lei Complementar nº 141/2012, e infralegais, como as Portarias do Ministério da Saúde, serviriam apenas como um reforço a essa obrigação.

Ademais, por força de exemplo, art. 198, §1º da Constituição Federal, serve como fundamento à solidariedade, ao impor um financiamento conjunto do Sistema Único de Saúde pelos entes federativos: *“O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”*.

Da mesma forma, a Lei nº 8.080/90, a qual regulamenta o Sistema Único de Saúde, reproduz idêntica norma de responsabilidade do Estado em sentido *lato sensu*, sem distinção entre os diversos entes federados, assim como dispõe o art. 2º da lei na qual *“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*.

Com efeito, a existência do Sistema Único de Saúde, com atuação administrativa descentralizada, não exime o Estado e o Município da responsabilidade pelo fornecimento do tratamento necessário à manutenção da saúde do demandante, pois os entes públicos federais, estaduais e municipais têm obrigação solidária na prestação do serviço à saúde.

É mister destacar o entendimento dominante pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio de Agravo Regimental (STJ - AgRg no REsp: 1016847), com destaque ao ponto 5 do Relator Ministro Castro Meira:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ARTIGO 273 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.

5. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves. 6. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no polo passivo da demanda.

(STJ - AgRg no REsp: 1016847 SC 2007/0303496-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 17/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/10/2013).

Pelo exposto, não resta dúvidas quanto à responsabilidade solidária dos réus frente aos indivíduos, sendo legitimados passivos a União, o Estado de Goiás e o Município em que reside o autor. Porém, infelizmente as decisões judiciais não estão sendo mais suficientes para obrigar o Poder Público a arcar com suas responsabilidades.

Outrossim, é também de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fixando sua tese através do julgamento do Recurso Especial (REsp nº 1.657.156), onde reconhece a obrigação do poder público em relação ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

No caso concreto, tais requisitos restaram preenchidos, tendo em vista os laudos médicos acostados aos autos, especialmente o laudo pericial; a pesquisa socioeconômica realizada pela Defensoria Pública da União, além da declaração de hipossuficiência da parte autora; e o registro dos medicamentos na ANVISA.

Diante do exposto, os dispositivos supramencionados comprovam que os entes federativos devem agir de maneira conjunta e solidária no que diz respeito à promoção da saúde. Os princípios que regem o SUS, especialmente o da universalidade e da solidariedade de financiamento, impõem a necessidade de o Sistema Único de Saúde atender a toda a população, envolvendo esforços conjuntos de todos os entes federativos.

Finalmente, o papel do Judiciário é observar se as normas vêm sendo cumpridas, limitando o abuso de poder e, se possível, ordenar que o Executivo concretize as políticas públicas, de maneira a proteger os dispositivos constitucionais.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho levou-se a efeito uma revisão crítica e os efeitos acerca do confronto existente entre a Teoria da Reserva do Possível e Teoria do Mínimo Existencial nas questões de Judicialização da saúde no Brasil e também da responsabilidade solidária dos entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios) no fornecimento de medicamentos de alto e outras ações e serviços de saúde para a população hipossuficiente economicamente. Consequentemente, são evidenciados obstáculos gerando empecilhos para a concessão desses serviços sanitários para a sociedade.

Diante desse contexto, observa-se que o acesso à saúde tem sido obstado pela recusa do Poder Estatal de fornecer aos cidadãos o tratamento médico de que necessitam com fundamento no princípio da reserva do possível. Porém, de acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao direito à vida e à saúde, tem sido no sentido de que elementos integrantes do mínimo existencial não podem ser tolhidos ao argumento da reserva do possível, ou seja, deve ser levada em conta a reserva do possível, mas sempre preservando o mínimo existencial, a saber: as condições básicas para a sobrevivência humana.

Sendo assim, há uma conexão entre os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível. O Estado tem o dever de cumprir com suas obrigações, porém, tais obrigações devem estar previstas no Orçamento Público, mas a não previsão em orçamento não pode ser empecilho à efetivação do direito ao mínimo existencial do ser humano, sob pena do Estado estar violando a dignidade humana.

De pronto, com relação a reponsabilidade solidária dos entes federativos, o STF firmou o entendimento de que a obrigação de fornecimento de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é solidária, motivo pelo qual quaisquer dos entes federal, estadual e municipal poderão ser demandados em conjunto ou isoladamente.

Dessa forma, conclui-se que uma das possíveis conclusões para o problema da judicialização da saúde seria a sugestão de criação de uma política de formação dos magistrados que sejam qualificados em Direito Sanitário; políticas de acesso à legislação sanitária e às informações essenciais sobre as políticas públicas de saúde; políticas de articulação entre os diversos atores (secretarias de saúde, defensorias públicas, ministérios públicos e magistrados).

THE CONFLICT BETWEEN THE THEORY OF THE POSSIBLE RESERVE AND THE EXISTENTIAL MINIMUM IN HEALTH JUDICIALIZATION ISSUES IN BRAZIL

JOINT RESPONSIBILITY OF FEDERATIVE ENTITIES IN THE SUPPLY OF HIGH COST MEDICINES

ABSTRACT

The present work aims to analyze the effects of the Theories of the Reserve of the Possible in confrontation with the Theory of the Existential Minimum in the numerous cases of judicialization of Health in Brazil. In addition, it seeks to inform about the joint responsibility of federative entities (Union, States and Municipalities) in the supply of high-cost medicines to economically disadvantaged people, in order to understand the prevailing understanding in the Courts and Jurisprudence. The methodology used was deductive logic and theoretical bibliographic research, based on the exposition of doctrinal understandings of various scholars and on field research carried out with a Federal Public Defender. Thus, it was concluded that health is everyone's right and a duty of the State, having to comply with its obligations, however, such obligations must be provided for in the Public Budget, but the lack of provision in the budget cannot be an obstacle to the realization of the right to existential minimum of the human being, under penalty of the State to be violating the human dignity.

Keywords: Judicialization. Health. Human Rights. Duties. Responsibility.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

BARLETA, Fabiana Rodrigues. O direito à saúde da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Judicialização da vida e o papel do STF. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BOBBIO *apud* MELLO *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

BONAVIDES *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

Brasil. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm, e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em março de 2022.

CANOTILHO *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

CNJ, Relatório Justiça em números. elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. Título: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO.

Disponível em site eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em agosto de 2021.

CURY, Ieda Tatiana. Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 20 de out. 2021.

EDUCAMUNDO, Equipe. Conheça as sete principais características dos direitos fundamentais. Publicado em: 16/10/2019. Disponível em: <https://www.educamundo.com.br/blog/caracteristicas-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 28 de out. 2021.

FACHINI, Thiago. Direitos e Garantias Fundamentais: conceito e características. 2021. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais/> Acesso em: 25 out. 2021.

FERREIRA FILHO *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

JUNIOR, Cunha Dirley. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Juspodivm, 2016. LAFER *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, Pedro Direito Constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MAIA, Maurilio Casas. O Princípio Constitucional da Igualdade na relação médico-paciente e a diferença de classe no SUS: Entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde. São Paulo: RIDC, 2013.

MELLO *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2.ed. São Paulo: Saraiva 2008.

RECURSO ESPECIAL 1657156 RJ 2017/0025629-7. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em 02 de fevereiro de 2022.

RECURSO ESPECIAL 1016847. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRESP.clas.+ou+>

%22AgRg+no+REsp%22.clap.%29+e+%40num%3D%221016847%22%29+ou+%28%28AGRESP+ou+%22AgRg+no+REsp%22%29+adj+%221016847%22%29.suce.A
cesso em 02 de fevereiro de 2022.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. STF. RE 642536 AP. Disponível:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23065179/agreg-no-recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf/inteiro-teor-111273356>. Acesso em março de 2022.

SAMPAIO, Nestor 2013. Disponível em:
<https://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112229557/classificacao-dos-direitos-fundamentais> . Acesso em: 30 nov. 2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de direito constitucional. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLFGANG, Ingo, Sarlet; FILCHTINER, Mariana Figueiredo. Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção da saúde aos 20 anos da CF/88. São Paulo: 2009.

ZAFFARONI *apud* MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXOS

1. ENTREVISTA COM DEFENSORA PÚBLICA FEDERAL

A presente entrevista foi realizada como composição de avaliação para a Atividade Externa da Disciplina (AED). Nesse sentido, esta entrevista de cunho jurídico ocorreu em 11 de setembro de 2021 com a Defensora Pública Federal do 1º Ofício Cível, Dra. Rafaela Ferreira de Oliveira, atuante na DPU/GO, respondendo aos seguintes questionamentos elaborados:

A) De que maneira os poderes Estatais poderiam solucionar ou atenuar os problemas da mora e da judicialização da saúde no país?

RESPOSTA DA ENTREVISTADA: Além da garantia de aquisição dos medicamentos já incorporados ao SUS, de modo a evitar a judicialização em razão da mera falta dos medicamentos em estoque, observa-se que a lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, por vezes, se mostra defasada em razão da demora na aprovação ou reprovação pela CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde de novos fármacos e tratamentos amplamente difundidos na sociedade científica.

Com efeito, embora a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, exija um processo rigoroso para a tomada de decisão baseado em evidências científicas, nota-se que a não incorporação de medicamentos/tratamentos já aprovados pela ANVISA cuja eficácia está comprovada, se dá por razões diversas à análise de eficácia, efetividade e segurança do tratamento.

Ao contrário, observa-se que o indeferimento à incorporação de novos tratamentos se dá em razão de uma avaliação econômica entre os benefícios e custos em relação às tecnologias já existentes, o que, de fato, é exigido pela lei. No entanto, não se pode olvidar que se trata de análise que abre margem à uma interpretação excludente da integração de novas tecnologias necessárias ao tratamento de diversas doenças com fundamento tão somente econômico, o qual passa a prevalecer sobre a garantia do direito à saúde e, por consequência, à vida.

B) Quais os efeitos da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial nas decisões do STF no Brasil?

RESPOSTA DA ENTREVISTAD: A teoria do mínimo existencial preceitua que é dever do Estado a garantia do mínimo necessário à subsistência do indivíduo, respeitando, assim, a dignidade da pessoa humana, de modo a garantir a todos os cidadãos a observância aos direitos fundamentais: saúde, educação, alimentação, vida, dentre outros.

Em contrapartida, a teoria da reserva do possível leva em consideração a finitude dos recursos públicos, logo, reconhece a impossibilidade de atendimento irrestrito e indistinto de todas as demandas da sociedade, devendo, com base nisso, fazer escolhas entre os casos mais necessários.

Com relação ao direito fundamento à saúde, a própria Constituição prevê que é “direito de todos e dever do estado”. Trata-se, portanto, de direito caro ao ordenamento jurídico pátrio de um modo geral.

Não obstante, observa-se que o acesso à saúde tem sido obstado pela recusa do Poder Estatal de fornecer aos cidadãos o tratamento médico de que necessitam com fundamento no princípio da reserva do possível.

No entanto, as decisões do STF, no que tange ao direito à vida e à saúde, tem sido no sentido de que elementos integrantes do mínimo existencial não podem ser tolhidos ao argumento da reserva do possível, ou seja, deve ser levada em conta a reserva do possível, mas sempre preservando o mínimo existencial, a saber: as condições básicas para a sobrevivência humana.

C) A União detém o dever e a responsabilidade solidária junto aos estados, Distrito Federal e os municípios em conceder medicamentos de alto custo para os hipossuficientes economicamente, ou pode abster-se, ou depende das situações?

RESPOSTA DA ENTREVISTADA: A responsabilidade dos entes estatais, no tocante à saúde, é solidária, ou seja, qualquer uma das entidades (União, Estado ou Município) tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à saúde.

Embora haja na legislação uma divisão estratégica para fornecimento de medicamentos, trata-se tão somente de previsão burocrática para auxiliar na gestão do recurso e distribuição desses insumos, o que não afasta o dever de nenhum dos entes estatais no que diz respeito à responsabilidade financeira.

Assim, ao examinar o arcabouço normativo em matéria de saúde, o STF firmou o entendimento de que a obrigação de fornecimento de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é solidária, motivo pelo qual quaisquer dos entes federal, estadual e municipal poderão ser demandados em conjunto ou isoladamente.

Com base nessas premissas, a União não pode se abster de sua obrigação de concessão de medicamento de ato custo para os hipossuficientes economicamente, salvo nos casos em que não preenchidos os demais requisitos para a concessão, ou seja: 1) ausência de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2) capacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) inexistência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), observados os usos indicados pela agência.

Por fim, com relação ao item 3, há de se considerar que há ressalvas jurisprudências para esses casos, sendo em alguns casos admitido o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA observadas algumas peculiaridades do caso concreto.

2. JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 RJ (2017/0025629-7)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : VANESSA CERQUEIRA REIS DE CARVALHO E OUTRO(S) - RJ081983

RECORRIDO : FATIMA THERESA ESTEVES DOS SANTOS DE OLIVEIRA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

INTERES. : COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : ULISSES SCHWARZ VIANA E OUTRO(S) - DF030991

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a **presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

- (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
 - (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.
5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães (voto-vista) e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Brasília (DF), 25 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator