



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**PRÓ REITORIA DE GRADUAÇÃO**  
**ESCOLA DE DIREITOS, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO**  
**CURSO DE DIREITO**  
**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA**  
**COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**  
**MONOGRAFIA JURÍDICA**

**DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E  
SUA EFETIVIDADE ANTE A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A  
GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

**ORIENTANDA: ANA GABRIELA ALVES DA SILVA**  
**ORIENTADORA: PROF. MS. ELIANE RODRIGUES NUNES**

**GOIÂNIA/GO**  
**2023**

**ANA GABRIELA ALVES DA SILVA**

**DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E  
SUA EFETIVIDADE ANTE A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A  
GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Monografia jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientadora: Mestre Eliane Rodrigues Nunes.

GOIÂNIA  
2023

ANA GABRIELA ALVES DA SILVA

**DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E  
SUA EFETIVIDADE ANTE A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A  
GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Data da Defesa: 17 de maio de 2023.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Ms. Eliane Rodrigues Nunes

nota

---

Examinadora Convidada: Dra. Marina Rúbia Mendonça Lobo.

nota

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado meus passos, me orientado e me mantido firme em meu propósito, pois sem sua luz nada seria possível.

A minha mãe Helenice, por ser minha maior motivação, meu exemplo e meu orgulho, por todos os esforços que empregou na minha criação, por todas as privações que passou para que eu pudesse ser a pessoa que sou hoje, e pela paciência infinita que teve comigo nesses últimos meses.

A meu pai Cassiano por ser meu amigo fiel e ter sido aquele que aguçou em mim o prazer pela literatura e cultura, por ser meu exemplo de persistência, perseverança e bom humor.

A meu pai Antônio por ser aquele que custeou meus estudos e tornou esse sonho possível.

A meus valiosos amigos que mesmo de longe seguem torcendo pelo meu sucesso.

A minhas professoras e orientadoras de Trabalho de Conclusão de Curso I e II, Mestre Carmem Silva Martins e Mestre Eliane Rodrigues Nunes, por seus ensinamentos valiosos que contribuíram muito para minha formação acadêmica, bem como, pela paciência que tiveram comigo ao longo desses últimos meses.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram ao longo da minha vida para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje. Meus sinceros agradecimentos!

“O direito deve ser um ativo promotor de mudança social tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades.” (Boaventura de Sousa Santos).

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	7
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	10
1.2 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	15
1.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS .....	19
<b>2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	21
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL .....	21
2.2 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITADOR DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	25
2.3 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO .....	28
<b>3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	30
3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS. ....	30
3.2 LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	33
3.3 DIREITO À SAÚDE E O POSSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDDERAL .....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	39
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	41

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo apresentar a Judicialização da Saúde Pública no Brasil sob o prisma jurídico e social, analisar e refletir acerca da categorização do direito à saúde como um direito fundamental e inerente ao ser humano. Visa analisar sua evolução histórica, sua classificação e características. Tem como intuito também, refletir acerca da efetividade de tal direito, tendo em vista o crescente número de ações judiciais acerca do tema, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ante a cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial garantidor da dignidade humana. Para o embasamento teórico foi utilizada uma pesquisa bibliográfica extensiva por meio de jurisprudências, doutrinas, e textos da lei, que possibilita o debate e reflexão do tema. As considerações finais indicam que com frequência o poder público utiliza a cláusula da reserva do possível afim de eximir-se da responsabilidade de implementar políticas públicas, entretanto, tal argumento não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o direito à saúde esta intrinsecamente ligado ao direito à vida.

**Palavras-chave: Direito à saúde. reserva do possível. mínimo existencial. judicialização da Saúde.**

## ABSTRACT

This academic work aims to present the Judicialization of Public Health in Brazil from a legal and social perspective, to analyze and reflect on the categorization of the right to health as a fundamental and inherent right of human beings. It aims to analyze its historical evolution, its classification and characteristics. It also aims to reflect on the effectiveness of this right, in view of the growing number of lawsuits on the subject, as well as the position of the Federal Supreme Court regarding the clause of the reserve of the possible and the existential minimum guarantee of human dignity. For the theoretical foundation, an extensive bibliographical research was used through jurisprudence, doctrines, and texts of the law, which enables the debate and reflection of the theme. The final considerations indicate that the public power often uses the reserve of the possible clause in order to exempt itself from the responsibility of implementing public policies, however, this argument is not supported by the Brazilian legal system, since the right to health is intrinsically linked to the right to life.

Keywords: Right to health, reservation of the possible, existential minimum. Judicialization of Health.

## INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho o estudo do direito social à saúde do ponto de vista jurídico, econômico e social. O interesse por este tema partiu do pressuposto de que o direito à saúde e a vida são inerentes ao ser humano desde a sua concepção até a sua morte, sendo considerados como direitos subjetivos fundamentais e, portanto, garantindo-lhes proteção estatal e jurídica. Pois pode-se concluir que sem direito à saúde, não há vida, não sendo possível ao indivíduo usufruir dos demais direitos consagrados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o Constituinte para valorizar os direitos sociais na nova ordem constitucional, dedicou um capítulo exclusivo para seu tratamento denominado “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, sendo disposto em seu artigo 5º a inviolabilidade da vida, sendo o direito à saúde elencado pelo artigo 6º do mesmo diploma legal, no rol de direitos sociais. Devendo ser direito de todos e dever do Estado como garantidor legal, o acesso universal e gratuito às ações e serviços para sua promoção.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar as questões centrais no que tange a judicialização da saúde pública, sua relação com os direitos sociais positivados pela constituição, seus pressupostos históricos na sociedade, bem como, as implicações de sua prática no mundo atual, averiguando o papel do Estado como o responsável por sua proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, a problemática quanto a efetividade das prestações positivadas, bem como o entendimento do judiciário e suas limitações acerca do tema.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada se baseia em pesquisa bibliográfica, sendo usado durante os processos de elaboração de problemas o método de estudo clássico, mas sempre respeitando os limites pré-estabelecidos. Para executarmos a pesquisa recorreremos aos teóricos que tratam do direito à saúde em seu aspecto amplo como Mendes e Branco (2013), Ferreira (2020); Brito Filho (2015), e autores que tratam a universalização da saúde mais diretamente, Botelho (2011), Carlos Neto (2018) e Santana (2010), utilizou-se se também materiais coletados em doutrinas, artigos, julgados e legislações.

Com base na descrição do tema, historicamente e tendo em vista o Direito comparado, pretende-se realizar uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista demonstrar a problemática que envolve os reflexos da omissão e

inefetividade das prestações positivas, ou ainda, os efeitos da excessiva judicialização deste direito –saúde. A pretensão é, pois, analisar as causas e as eventuais consequências das excessivas demandas judiciais, bem como, o atual posicionamento dos tribunais com relação a esse tema, considerando o enfoque social e político direcionados à abordagem jurídica.

A estrutura deste trabalho está apresentada em três capítulos, cujo teor foi desenvolvido com uma base metodológica exploratória, pela qual será feito o levantamento bibliográfico referente a cada um dos itens tratados, visando apresentar os fundamentos legais em que se baseia.

No primeiro capítulo desse trabalho será tratado a evolução histórica dos direitos sociais, com ênfase no direito a saúde e seu tratamento na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, sendo uma garantia mínima para o exercício dos demais direitos expressos no ordenamento jurídico, uma vez que representa um direito indissociável à vida.

Ato contínuo, o segundo capítulo tratará sobre a efetivação do direito à saúde pública no Brasil, a relação com o princípio da reserva do possível alegado pelo Estado ante a insuficiência de recursos, bem como, o princípio da garantia do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Será questionado até qual momento o poder público é responsável em custear os tratamentos de saúde para seus cidadãos.

Por fim, o terceiro capítulo abordará sobre o conceito propriamente de judicialização da saúde, os limites da intervenção judiciária frente os demais poderes executivos e legislativos, bem como os parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal afim de orientar os magistrados, na análise e argumentação dos casos concretos.

# 1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender o direito à saúde, é necessário entender as definições e conceitos dos direitos fundamentais e sociais. Assim, cabe ressaltar que os direitos fundamentais vão além do direito positivado pelo Estado, são aqueles decorrentes da própria natureza humana, são em certa perspectiva, direitos dos homens enquanto homens, sendo considerados frutos da evolução histórica da sociedade.

Dessa forma, com o escopo de assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como, de limitar a atuação do poder estatal frente os direitos e garantias individuais, surge o Estado de Direito, sendo entendido como o Estado Democrático que evoluiu a partir das diversas experiências do mundo ocidental, tendo como premissa a vinculação dos poderes públicos aos diplomas legais.

Neste sentido, Zolo acrescenta que:

[...] o Estado de Direito é uma versão do Estado Moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos fundamentais, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termo mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da difusão de poder e o da diferenciação de poder. (ZOLO, 2006, p.05)

Consoante este entendimento, a caracterização do Estado de Direito é decorrente do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, servindo de fundamento para o surgimento dos direitos dos homens e ampliando as relações interpessoais, onde o indivíduo possui perante o Estado, não somente direitos privados, mas também, direitos públicos. (BOBBIO, 1992).

Díaz, 1966 em sua obra Estado de Derecho y Democracia, estabelece a diferença evolutiva entre as diferentes formas de Estado de Direito. Para isso o autor

classifica o Estado de Direito em três subespécies: “a) o Estado Liberal de Direitos; b) o Estado Social de Direitos e c) o Estado Democrático de Direitos”. (DÍAZ, 1966, p. 2005-2006)

O Estado Liberal é considerado como a primeira forma de Estado Moderno, tendo surgido com o advento da Revolução Francesa de 1789, se estendendo até a Primeira Guerra Mundial, em 1914. Essa forma de Estado tem como ideal a defesa dos cidadãos frente ao Estado, criando por consequência, os direitos de primeira geração. (Ferreira, 2019)

Insta salientar, que essa geração de Direitos trata da positivação dos direitos civis e políticos, tendo como titular o indivíduo, abrangendo o direito à vida, liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, exigindo do Estado uma postura abstencionista, sendo a não intervenção do Estado uma de suas principais características. Bonavides argumenta que:

[o]s direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2014, p. 563-564)

Nesse sentido, o que caracteriza essa forma estatal é a existência de elementos de organização política e jurídica, pois nela o poder estatal é limitado e controlado por leis que expressam a vontade civil, passando a ser obedecidas por todos.

Para Ferreira, no Estado liberal é imprescindível a existência de uma constituição, pois é através dela que são delineados os limites e regras para o exercício do poder Estatal: “A constituição tem por finalidade assegurar garantias fundamentais, regendo assim, o ordenamento jurídico da sociedade com o perfeito equilíbrio entre as liberdades e direitos dos cidadãos e o poder estatal”. (FERREIRA, 2019, p. 20).

A eclosão da Revolução Industrial, os impactos da industrialização e os problemas sociais e econômicos, culminaram para o surgimento *do Estado Social ou*

*Estado de Bem-Estar*, como uma necessidade de aprimorar o liberalismo, ante sua incapacidade de solucionar os novos problemas trazidos pela crescente transformação do sistema capitalista, Silva argumenta que:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática que pretende realizar justiça social.(SILVA, 2014, p. 115).

Desta forma, o papel do Estado é ampliado para assegurar direitos que extrapolam a condição individual do ser humano. O Estado passa a prestar um grande número de serviços públicos, tentando assegurar a igualdade das pessoas, no acesso aos bens e serviços.

Os direitos adquiridos através dos movimentos reivindicatórios são chamados de direitos de segunda geração, atribuindo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. Tais direitos englobam o direito à assistência social, à saúde, à educação, bem como os interesses do proletariado e o reconhecimento dos interesses fundamentais aos trabalhadores, por esse motivo, são chamados direitos sociais, pois atendiam as reivindicações das classes menos favorecidas especialmente à classe operária (SARLET, 1988).

Neste diapasão, Wolkmer, 2003, menciona os direitos de segunda dimensão como: “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público”. (WOLKMER, 2003, p.61)

Entretanto, após os surgimentos de regimes totalitários, como por exemplo, a Alemanha nazista, a Itália Fascista e a Espanha Franquista, constatou-se que o Estado Social não atendia efetivamente aos anseios democráticos. É neste contexto que surge o Estado Democrático de Direito, como forma de conciliar as diretrizes do Estado Liberal com as do Estado Social. (Ferreira, 2019).

Sobre o tema, dispõe Bobbio:

Estado Liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência

das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.(BOBBIO,1986, p. 20)

Neste sentido, o direito fundamental à liberdade, garantido pelo Estado de Direito, é necessário para regular o exercício da democracia, sendo que esta propicia as condições para a manutenção dos direitos e garantias individuais.

Inspirado na ideia de fraternidade, tendo como início a partir da Declaração Universal dos Direitos dos Povos, o Estado Democrático de Direito criou os direitos de terceira geração- dimensão. Assim o Estado passa a tutelar não somente os direitos individuais e sociais, mas também os transindividuais, compreendidos como o direito à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, dentre outros. (Ferreira, 2019)

Cabe ressaltar, que a gênese dos direitos fundamentais de terceira dimensão está inteiramente vinculada aos seguintes fatores:

A veiculação de novos processos e técnicas de produção, associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, e a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento que caracterizam um novo perfil do capitalismo e o desenvolvimento das sociedades industriais do século XX são referenciais que provocaram profundas transformações não apenas sobre a forma de organização das relações econômicas e sociais, mas, sobretudo sobre o modo como seriam, a partir desse momento, definidas e legitimadas as relações de poder, bem como as condições do seu exercício, de acordo com as novas qualidades de conflitos até então desconhecidas das instituições, exigindo, por sua vez, formas diferenciadas de atuação institucional, conjugadas com a especificação de novos objetivos políticos da parte dos Estados. (LEITE; AYALA, 2004, p.11).

Os direitos de terceira dimensão deixam de ser com o indivíduo em particular, tão pouco para a classe determinada social e passa a ser entrelaçados com a coletividade como um todo, tendo como objeto da sua preocupação a própria humanidade. Inaugura-se assim, o Princípio da Fraternidade, o qual está incluso na ideia de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujos titulares são uma categoria de pessoas. Bonavides entende que:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos (humanos) fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma

latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. (Bonavides, 2014, p.59)

Além das três gerações clássicas de direitos, descritas por Karel Vasak (1979) e Norberto Bobbio (1986), em decorrência dos avanços tecnológicos e genéticos, existe uma corrente de doutrinadores que defendem a existência de outras dimensões de direitos. Como, por exemplo, Bonavides (2014) entende existir uma “quarta geração”, que são os direitos vinculados ao processo de globalização política da sociedade.

O referido autor menciona que:

Os direitos de quarta geração não somente culminam na objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentos em sua dimensão principal, objetiva, e axiológica, podendo doravante, irradiar-se com a mais eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2014, p. 572)

Assim, incluem-se neste rol de direitos, todos aqueles relacionados aos avanços da engenharia genética, tendo vinculação direta com a vida humana, e sendo alvos de diversas discussões entre diversos profissionais como médicos, filósofos, teólogos dentre outros que visam proteger o ser humano de qualquer ameaça que coloque em risco a própria existência humana.

Ademais, acerca das gerações de direitos, Franco Filho afirma que se pode falar na “quinta geração”, a qual se inclui os direitos subjetivos como por exemplo, o direito a ter sentimentos, entre eles o respeito, o amor e a própria dignidade. O autor considera esta geração como a mais importante, uma vez que a mesma engloba todas as outras. (FRANCO FILHO, 2009)

De outro ponto, o autor Trindade, entende que tais direitos não se sucedem uns aos outros em dimensões ou gerações, mas se expandem e se acumulam interagindo uns com os outros. “O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos”. (TRINDADE, 2013, p. 57).

Dessa forma, uma vez explicadas as formas de Estado, e como os direitos foram consolidando nos diversos ordenamentos jurídicos, faz-se necessário retomar

a análise do direito social à saúde e como este foi concebido no ordenamento jurídico pátrio.

## 1.2 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção do direito à saúde constitui um direito social de todo o cidadão brasileiro, sendo, portanto, um dever do Estado garanti-lo por meio de políticas governamentais, sociais e econômicas destinadas não somente a reduzir os riscos de doenças, mas sobretudo proporcionar qualidade de vida e dignidade à pessoa humana.

A respeito do conceito de saúde elaborada pela Organização Mundial de saúde, em seu preâmbulo da constituição datada de 22 de julho de 1946, conceitua a saúde como: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção”.

Assim, diferentemente do que muitas pessoas acham, a saúde não é necessariamente a ausência de doenças, e sim um completo bem estar que repercute no contexto social, econômico, político e cultural em que a pessoa está inserida, sendo assim, a saúde não corresponde a mesma coisa para todo mundo, uma vez que o ser humano se apresenta como um indivíduo complexo que transcende o mero aspecto físico.

No desenrolar histórico do Brasil, já foram elaboradas sete constituições, sendo: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1969 e 1988, entretanto, até o ano de 1923, a saúde ainda não havia sido reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro sendo necessárias diversas pressões sociais para que os governos pudessem direcionar o olhar para à saúde. (RODRIGUEZ NETO, 2003)

Santana (2010) afirma que o ano de 1923 foi o marco inicial no reconhecimento da saúde no ordenamento jurídico pátrio, pois através do decreto legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido Lei Eloi Chaves, autor do projeto, foi instituído o Sistema Previdenciário, sendo nele constituído o sistema de saúde e assegurado à população algum tipo de seguridade social.

Dessa forma, pode-se aferir que o decreto Lei nº. 4.682 de 1923 foi considerada como uma das primeiras intervenções do Estado Brasileiro em assegurar à população, em especial aos trabalhadores o direito à saúde.

Ocorre, entretanto, que a garantia de assistência à saúde estava atrelada ao sistema previdenciário e destinava-se apenas aos trabalhadores contribuintes da Previdência Social, desta feita, a maioria da população ainda continuava privada de atendimentos médicos e medicamentos, tendo que recorrer aos serviços prestados por instituições de caridade e entidades filantrópicas. (RODRIGUEZ NETO, 2003).

O Decreto Lei 4.682 de 1923 também foi recepcionado na Constituição de 1934, a qual sofreu forte influência da Constituição da República Alemã de Weimar, trazendo diversos avanços para o desenvolvimento social, principalmente nas questões trabalhistas e previdenciárias, afirma-se:

A República de Weimar inaugurou uma fase inédita de estruturação constitucional do Estado Alemão, com papel mais ativo no desenvolvimento social pela efetivação dos Direitos Sociais formalizados na Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919 - o sozialstaat ou Estado Social de Direito. A ordem econômica e social criada pela nascente República alemã serviu de modelo para alguns Estados no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a carta magna de 1934 sofrido forte influência do recém criado modelo similar alemão [...]. Esta constituição brasileira praticamente assimilou os idealizados avanços da nova ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico formal. (GUEDES, apud CARLOS NETO, 2018, p.25)

Para o autor Carlos Neto, durante o período compreendido da constituição de 1934, o Estado controlava o direito à saúde a fim de majorar a força produtiva, não se importando com aqueles que não eram formalmente inseridos no mercado de trabalho, desta feita, a inclusão do Decreto Lei nº 4.682 no texto constitucional, não trouxe garantias para a assistência à saúde dos cidadãos. (CARLOS NETO, 2018).

Ademais, afere-se que em apesar das inúmeras constituições que fizeram parte da construção do Estado Democrático de Direito, as constituições que realmente trouxeram mudanças significativas sobre o Direito à saúde foram as constituições de 1934 e 1988, sendo que em cada constituição o direito à saúde foi tratado sobre um prisma diferente.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de constituição cidadã, inovou ao contemplar um conjunto de direitos positivados, denominados de direitos

fundamentais e consolidando o direito à saúde no rol dos direitos sociais, assim dispõe o art. 6º da carta magna:

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

A saúde continuou a receber atenção especial no texto constitucional, vindo a alencar o direito à saúde no Capítulo II, art. 196, destinado à ordem social e, portanto, sendo obrigação do Estado garantir a toda a população um serviço de saúde digno por meio de políticas sociais e econômicas. Veja-se:

Art. 196º 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. (Constituição 1988)

Neste diapasão, Silva, destaca que:

Saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. (SILVA, 2014,p. 831 )

Verifica-se, portanto, que o Estado tem o dever de amparar o cidadão no sentido de terem seu direito à saúde efetivado, uma vez que a carta magna lhe atribui essa obrigação.

Para Sarlet, 1988, a Constituição Brasileira de 1988 está pautada na ideia da dignidade da pessoa humana, sendo considerada em relação às constituições anteriores aquela que mais avançou em respeito aos direitos humanos, e tornando-se um elemento básico para a consolidação de um Estado democrático de Direito.

Clève, 2003, acerca dos direitos sociais assegurados pelo texto constitucional, também expressa seu posicionamento concordando com os autores Silva 2014 e Sarlet 1988, no sentido de que a atenção que tais direitos receberam possui significativa importância para a efetividade das garantias constitucionais, assim depreende-se:

Além de serem reconhecidos como direitos fundamentais, ainda receberam título próprio. Por isso, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos comandos constitucionais.” (CLÈVE, 2003, p. 19).

Ademais, no que tange o direito à saúde, por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, a carta de 1988 em seu art. 197, atribuiu uma significativa importância em relação aos serviços prestados pelo Estado à saúde, veja-se:

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.(Constituição Federal, 1988).

Vale ressaltar, que além da previsão constitucional, as legislações infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente também contemplaram o direito à saúde, veja-se:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

A Lei 11.741, conhecida como o Estatuto do Idoso, também regulamentou o tema:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Verifica-se, portanto, que o direito à saúde no Brasil está amparado tanto pela Constituição como também por legislações infraconstitucionais, estando todas elas de acordo com as implementações e ações, sendo realizadas por meio de políticas públicas como forma de melhor garantir a efetividade desse direito fundamental social.

### 1.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à saúde o caráter de direito fundamental e social, sendo, portanto, dever do Estado (este entendido como União, estados, distrito federal e municípios) assegurar o acesso igualitário e universal a todos os cidadãos.

Neste sentido, com intuito de efetivar os dispostos constitucionais e assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana surgem diversas leis a fim de sanar necessidades e proporcionar o bem estar à população, dentre elas está a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”;

Com o objetivo de efetivar o direito à saúde a Lei Orgânica de saúde:

Através de um conjunto de normas jurídicas que define quem o integra, estabelece seu campo de atuação, cria mecanismos de ações e prevê sanções em caso de descumprimento àquelas normas. Em outras palavras, a LOS regulamenta, na esfera nacional, ações e serviços de saúde, independente de serem executados de forma isolada ou em conjunto, em caráter permanente ou eventual, e por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado (GUERRA, 2017. p, 13)

Complementarmente, a Lei 8.142/90 regulamenta os artigos 196 e seguintes da constituição e em seu enunciado “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.”

Assim, a Constituição da República em seu artigo 198, define o Sistema único de Saúde do seguinte modo:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único organizado de acordo com as seguintes diretrizes. I-Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III -Participação da comunidade. Parágrafo único – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Constata-se que os serviços públicos de saúde, integram uma rede regionalizada e hierarquizada de modo a adaptar suas ações conforme as demandas

regionais, neste viés, “é através da municipalização que se consagra as diretrizes da descentralização e regionalização” (SARLET; FIGUEIREDO, 2012, p.42)

Essencialmente o artigo 4º da Lei n. 8.080/90 define o SUS como:

Art. 4 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).

Neste sentido entende Ohland:

O SUS consiste em um 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. É um sistema que, ao menos no plano teórico de sua concepção, tem como princípios garantir acesso universal, integral e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos complexos transplantados de órgãos (OHLAND, 2010, acesso em 24/11/22).

Conforme demonstrado, esta lei veio estabelecer a saúde como um direito fundamental do ser humano, sendo entendida como: promoção, prevenção e proteção de doenças, sendo dever do estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme dispõe o artigo 2, §1º, da Lei nº 8.080/90:

Art. 2º. (...)

§1º 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.

Ademais, o artigo 5º da referida lei, elenca os principais objetivos do Sistema Único de Saúde, sendo este responsável pela formulação de políticas públicas com intuito da realização integrada de ações e atividades preventivas, veja, se:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - 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.

Ainda especificamente sobre o SUS, é assegurado que todos os serviços prestados devem obedecer aos princípios da universalidade, integralidade e igualdade, é o que dispõe o art. 7º, incisos I e II e IV da lei nº 8.080/90:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

Corolário ao entendimento do artigo supracitado, podem ser destacados três princípios norteadores do Sistema Único de Saúde: São eles, a universalidade, a integralidade e a igualdade, entendendo como universalidade o direito de que todo cidadão tem de recorrer ao SUS e lá serem tratados. Por igualdade, depreende-se o direito que todo cidadão que necessite, deve ser tratado de forma isonômica, ou seja, sem distinção, uma vez que "ambos são concretizações do princípio da isonomia e referem-se à necessidade de amplo acesso de todos os cidadãos aos serviços e ações de saúde pública" (WEICHERT, 2004. p. 158.)

Em relação ao princípio da integralidade, refere-se que as ações do SUS estão ligas entre si, de modo que não podem ser compartimentalizadas, e permitindo um atendimento integral a todos.

Em suma, verifica-se que para a efetivação do direito à saúde faz-se necessário prestações positivas por parte do Estado, competindo aos órgãos públicos o cumprimento dos preceitos constitucionais. Sendo que o sistema único de Saúde representa um direito social garantido pela carta magna e assegurando à população o acesso à saúde, além de contribuir para a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

## **2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

### **2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL**

O princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico pátrio, aduz a ideia de que embora o Estado seja o responsável pela garantia jurídica dos direitos sociais, o mesmo não se efetiva somente em virtude das prestações positivas, pois

para sua efetivação é necessário que os entes federativos possuam recursos disponíveis para tal finalidade, ou seja, o Estado é o responsável pelas prestações sociais, mas tem sua atuação restringida em face da indisponibilidade orçamentária.

Entretanto, a origem do mencionado princípio decorre de uma decisão alemã do ano de 1972, onde alunos do curso de medicina, ingressaram em uma ação contra o Estado, em face de não poderem ingressarem no curso escolhido, ante a inexistência de vagas suficientes para todos.

A decisão do Tribunal foi pela improcedência do pedido, uma vez que o mesmo extrapolava os limites de atuação do poder público. O julgado entendia que o Estado não teria obrigação de inserir todos aqueles que desejassem cursar medicina no país. Dessa forma, o princípio relacionava-se com a proporcionalidade, e não apenas com os recursos financeiros.

Porém, no Brasil, tem-se a interpretação de que a reserva do possível é estritamente relacionada com a limitação dos recursos financeiros em face das necessidades da coletividade, veja-se:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por elas suprida. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2002, p.261-262).

Dessa forma, embora uma parte da doutrina, entende que a escassez dos recursos trata-se de uma limitação fática relacionada com a escassez dos recursos orçamentários, também há uma outra limitação que prejudica a efetividade dos direitos fundamentais, que seria a possibilidade jurídica da disposição dos recursos, nota-se:

Sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a existência fática de recursos, algo próximo a exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do poder público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação as quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária pra determinado gasto em particular. (BARCELLOS, 2002, p. 262-263)

Nesse sentido, a reserva do possível passou a ser utilizada como forma de pretexto para a omissão estatal em face do cumprimento do cumprimento de suas obrigações constitucionais, “o princípio da reserva do possível é uma limitação fática e jurídica que o Estado se vale para deixar de prestar os direitos a quem é de direito.” (CARLOS NETO, p. 44).

Para que o Estado pudesse arguir a reserva do possível, seria necessário demonstrar judicialmente que não possíveis condições fáticas de fazer cumprir a norma constitucional. Em uma situação hipotética, o Estado teria condições orçamentárias para tratar milhões de pacientes acometidos de doenças comuns, ou para tratar um grupo determinado de pacientes vítimas de doenças terminais e raras. Nesta situação o judiciário não poderia ser chamado a decidir, pois ambas as situações são legítimas, mas faticamente excludentes.

Para Amaral 2001, uma resposta coerente com base na constituição de 1988, seria tratar a todos sem distinção, e caso não houvesse recursos suficientes para os mesmos, deveriam ser retirados de outras áreas, tais como, transporte, fomento econômico entre outros. Áreas estas que não estão ligadas aos direitos fundamentais do homem.

Assim, Carlos Neto 2019, dispõe que a ausência de recursos orçamentários não podem ser obstáculos para a garantia dos direitos sociais, uma vez que são condições essenciais para a dignidade da pessoa humana, não podendo o Poder Público se furtar de seu dever constitucional, cabendo ao judiciário, mediante provocação dirimir os conflitos resultantes da problemática.

Neste sentido a decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo, trás uma análise acerca da reserva do possível, veja-se:

A cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Acesso em: 20 mar. 2023).

Outrossim, a compreensão da reserva do possível segundo a jurisprudência, tem se baseado nos princípios da racionalidade e viabilidade, bem

como, em requisitos universais e impessoais, pois caso contrário estaria comprometendo os interesses da coletividade. Faz-se necessário a observância de casos que utilizam essa teoria:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. Acesso em 20 mar. 2023)

No julgado acima, o entendimento foi de que a reserva do possível não pode ser escopo para justificar a recusa em atender atos indispensáveis para a promoção da saúde humana.

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISPONIBILIZAÇÃO DE EXAME NÃO OFERTADO NA REDE PÚBLICA - SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no

sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. A teoria da Reserva do Possível não tem a misteriosa força de impedir a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual devem os entes federativos garantir o que se denomina "mínimo existencial". APELAÇÃO E REMESSA CONHECIDAS E DESPROVIDAS. (TJ-GO - Reexame Necessário Apelação Cível em Mandado de Segurança. Rio Verde, relator: des(a). Orloff Neves Rocha, Data de Julgamento: 18/11/2020, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 18/11/2020. Acesso em: 22 mar. 2023)

Conclui-se, portanto, que a reserva do possível como limitadora dos direitos fundamentais deve ser arguida como ressalvas, não podendo invocar a limitação de recursos, bem como, a omissão estatal como desculpa para a efetivação dos direitos fundamentais. O mínimo existencial deve ser garantido de maneira sólida pelos entes federativos, uma vez que pressupõe condições necessárias para a sobrevivência do indivíduo.

## 2.2 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITADOR DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

O princípio do mínimo existencial, relaciona-se com o dever do Estado em assegurar condições mínimas de prestações positivas, afim de garantir aos indivíduos condições de uma existência digna. Não se limitando meramente no aspecto de mera sobrevivência física, mas também o direito à vida e a dignidade humana, sendo visto, portanto, como um direito e garantia fundamental.

Insta salientar, que a origem do mínimo existencial decorre do caso julgado na Corte Constitucional Alemã, de 1954, que condiciona o direito à vida, integridade física, saúde e educação como elementos mínimos e essenciais para a dignidade humana, não podendo, o poder público invocar a reserva do possível nesses casos (KRELL, 2002).

Completando o entendimento:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, da nossa Lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídica positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua concretização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET, 2007, p.111-112).

Ou seja, o mínimo existencial corresponde direitos básicos, sem os quais o ser humano não pode viver em dignidade, devendo ser compreendido entre esse conjunto, direitos à educação básica, à saúde, vestimentas, alimentação e moradia.

No que tange acerca do mínimo existencial no âmbito da saúde, esse se configura como caráter de urgência e indispensável à vida do cidadão, compreendendo atenção e cuidados básicos, baseados em métodos cientificamente comprovados e fundamentados, não se excluindo também medicamentos e tratamentos mais complexos, quando por sua necessidade se tornar indispensável à saúde do paciente (FIGUEIREDO, 2007).

Isso porque, não se pode privar o indivíduo de ter condições mínimas para sua qualidade de vida, e uma vez violada a dignidade da pessoa humana, pela omissão estatal, cabe o direito de exigir-lo judicialmente.

Dessa forma, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o mínimo existencial é uma limitação à reserva do possível, uma vez que este só poderá ser arguido pelo estado, quando o princípio do mínimo existencial já estiver assegurado.

Sendo assim, é dever do poder público fazer cumprir o que a Constituição garante:

Onde o Estado cria ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão. E caso a legislação não conceder um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, o cidadão pode recorrer ao direito fundamental de igualdade em conexão com o princípio do Estado Social. (KRELL, 2002, p. 60)

De outro modo, partindo-se da ideia de que os recursos são limitados e as necessidades da população são infinitas, é necessário saber como será feita a distribuição de recursos, tendo em vista os fins essenciais previstos na Constituição, conforme observa o Ministro Gilmar Mendes:

Não há dúvida, deixe-se claro, que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. (Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Suspensão da Tutela Antecipada – STA238-TO. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/19137607> Acesso em: 21/06/2017. Acesso em: 20/03/2023).

Dessa forma, a teoria do mínimo existencial se torna fundamental, pois evita que o Estado se exima das suas obrigações para com a sociedade, mediante a alegação de limitação econômica. Assim, o mínimo existencial se sobrepõe a todos esses argumentos, uma vez que violando-se o mínimo existencial à saúde, viola-se também, o direito à vida. Dessa forma, entende a jurisprudência pátria:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. 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 insequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.] acesso em 20 de março de 2023.

REEXAME NECESSÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. INOPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1.O fornecimento de medicamentos pelo Estado decorre do dever insculpido no artigo 196 da Constituição da República, ensejando responsabilidade solidariamente compartilhada por todos os

entes da Federação. 2. Inoponibilidade da teoria da reserva do possível ou de que a droga em questão não integra mais a lista de medicamentos gratuitamente disponibilizados pela suspensão do convênio com a clínica que aplica a droga, sob pena de se admitir restrições orçamentárias ao direito à vida e à saúde. 3. O Poder Público não pode se furtar a garantir aos cidadãos o mínimo essencial para sua sobrevivência. Teoria do mínimo existencial. 4. Reexame necessário improvido. (TJ-AM 06049999720168040001 AM 0604999-97.2016.8.04.0001, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 02/04/2018, Segunda Câmara Cível). acesso em 20 de março de 2023.

Sobre esse prisma, conclui-se a teoria da reserva do possível, bem como, a separação dos poderes vem sendo discutido de forma recorrente no judiciário brasileiro. Entretanto, esta só poderá ser alegada caso demonstre que a demanda desarrazoada, genérica e descabida, caso contrário, a alegação será inválida diante a teoria do mínimo existencial.

### 2.3 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO

O princípio da vedação ao retrocesso social, trata-se de um verdadeiro óbice aos atos normativos que tentam extinguir direitos sociais já adquiridos, sem que estes não estejam sendo amparados e protegidos por outras leis que garantem a mesma eficácia. Trata-se de uma proteção aos direitos fundamentais e sociais que são indispensáveis para o ser humano.

Dessa forma, o princípio da vedação ao retrocesso possui suma importância para a efetivação dos direitos sociais, pois o Estado sendo o responsável por sua eficácia, não pode reduzir, revogar, ou anular o que se entende pelo mínimo existencial. Prevalecendo sempre àqueles princípios que oferecerem maior proteção à vida, à saúde e dignidade dos cidadãos. (CANOTILHO, 2002).

Conceituando-se a vedação ao retrocesso afirma-se:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do judiciário é a invalidade da revogação da norma que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, 2002, p.379)

Ou seja, a vedação ao retrocesso trata-se de uma forma de impedir que as leis que asseguram os direitos sociais sejam revogadas, diminuindo assim o que já foi conquistado através da evolução histórica. Neste sentido, a atuação do judiciário é de grande importância, uma vez que lhe cabe o controle dos direitos fundamentais e sociais, analisando o grau de necessidade de acordo com cada caso concreto (CARLOS NETO, 2019)

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso, também denominado de proibição “contra a revolução social”, atua como uma limitação atribuída ao legislador, que percebe a necessidade de impedir medidas retrocessivas que afrontam os direitos proporcionados ao indivíduo.

Na legislação brasileira o princípio da vedação ao retrocesso não está previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, entretanto, o mesmo encontra-se de forma implícita na Constituição Federal de 1988, fundamentando-se através do Estado Democrático e Social de Direitos, na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012).

No que tange os direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal em ARE 639337, cujo Relator foi Min. Celso de Mello em 23 de agosto de 2011 se posicionou sobre o tema:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP00125. Acesso: 22 mar. 2023).

Afere-se, portanto, que o princípio da proibição ao retrocesso, está ligada intrinsecamente à proteção de garantias fundamentais, limitando o legislador a possibilidade de revogação de medidas que visam garantir o mínimo de condições essenciais ao ser humano. Contudo, a atuação estatal muitas vezes não corresponde as expectativas da população em relação a garantia dos direitos sociais, o que tem levado os cidadãos a buscarem o judiciário para a concretização de seus direitos.

Esse fenômeno de ativismo judicial no que tange a efetivação dos direitos sociais, principalmente o direito à saúde, recebe o nome de judicialização da saúde o qual será analisado a seguir.

### **3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.**

#### **3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS.**

Conforme a análise dos dispositivos constitucionais anteriormente abordados, denota-se que a Constituição Federal de 1988, preocupada com o bem estar e dignidade de todos os cidadãos, trouxe em seu bojo, diversos artigos que tratam do direito à saúde e conseqüentemente o autêntico direito garantido à vida.

Entretanto, em face das desigualdades sociais e econômicas vivenciadas no cotidiano dos brasileiros, muitos possuem seus direitos fundamentais violados, principalmente no que tange o direito à saúde, pois o “Estado utiliza-se de argumentos tais como a reserva do possível, as leis orçamentárias, a separação de poderes, dentre outros, afim de negar a concretização plena desse direito fundamental”. (Ferreira, 2019, p. 63).

Nesse sentido, em face de muitos cidadãos não conseguirem atendimentos, medicamentos, tratamentos e exames de forma universal e gratuita através do Sistema Único de Saúde (SUS), surge a necessidade de recorrerem ao judiciário, a fim de que este como guardião dos direitos fundamentais, obrigue o Estado a fornecer tais serviços.

Dessa forma, cabe ao Estado o dever de efetivar o direito à saúde, uma vez que trata-se de direito fundamental diretamente relacionado ao direito a vida e indispensável para a dignidade do ser humano. (Ferreira, 2019). Entretanto, alguns doutrinadores divergem em relação as prestações do Estado e sua exigibilidade na via judicial, veja-se algumas asserções nesse sentido:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativos, não geram por si só a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas pragmáticas ou de política, sujeitos sempre à interpositivo legatoris, especificamente na via do orçamento público. (TORRES, 2001, p. 278-279).

Embora não se discorda que o princípio do mínimo existencial o qual garante a condições mínimas da existência humana por meio das prestações estatais positivas, bem como a vedação ao retrocesso se sobrepõe em determinados casos, ao princípio da reserva do possível, são situações como estas que o judiciário enfrenta, diante da considerada escassez de recursos.

Noutro viés, Martins 1985 e Brito filho 2008 entendem que o Estado foi criado artificialmente pelo ser humano, e por essa razão tem como sua única finalidade servi-lo, devendo sempre satisfazer os direitos e liberdades dos indivíduos.

Inicio dizendo que, quando penso no Estado, penso em um ente que é constituído não apenas para materializar a organização política definida por um povo, em determinado território, o que corresponde a uma visão clássica desse ente. Penso também em um ente que não é um fim em si mesmo, que não atua como algo que só existe para seus próprios interesses e de seus governantes. Penso, sim, em um ente que existe pela vontade da coletividade, para oferecer serviços (direitos) que foram definidos como essenciais, ou seja, para garantir e concretizar Direitos Fundamentais dentro de determinado espaço. (BRITO FILHO, 2008, p. 82)

Assim, já se sabe que o direito ao mínimo existencial por estar atrelado ao princípio da dignidade humana, encontra-se protegido como dever indeclinável dos poderes públicos, sendo a reserva do possível ato meramente declaratório com intuito da omissão estatal (CANOTILHO, 2002). Dessa forma, o direito à medicina curativa é garantido e assegurado pela constituição, não podendo sofrer alterações em seu núcleo essencial em decorrência da omissão do legislador (vedação ao retrocesso), e por isso lhe cabe a respectiva exigibilidade judicial (TORRES, 2001).

Nesse viés, pode-se concluir que o Estado não pode se negar a assegurar o que é básico e essencial para que os cidadãos possam fazer seu plano de vida e viverem com dignidade. Assim, temos como exemplo um tratamento com medicamento não fornecido pelo Estado, em face da medicação não ser padronizada pelo SUS. Ocorre que o Poder Público não pode se valer desta prerrogativa para não fornecer a medicação, tendo decisões inclusive do Supremo Tribunal Federal de que o medicamento ainda que não padronizado pelo SUS, mas estando registrado na ANVISA, deve ser disponibilizado ao paciente. Entretanto, a depender da excepcionalidade do caso, o STF já decidiu que ainda que a medicação não esteja registrada na ANVISA, o cidadão deverá ter assegurado o seu direito à saúde, veja-se a decisão abaixo:

EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitada ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MGRG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao que se nega provimento. (STF - AI: 824946 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013). Acesso 27/03/2023

Resta evidente, que a análise a ser feita é o embate da escassez orçamentária e o direito à dignidade da pessoa humana, elemento essencial para a garantia do direito à vida, sendo que: “o conflito não pode ser resolvido senão em favor da vida e da dignidade de que se reveste a pessoa na qual então se subjetiva o direito aos cuidados médicos de que necessite, legitimando a exigi-los em juízo. (LOPES, 2010, p. 61).

Outrossim, feita as ponderações acima explanadas, embora resumidamente, passa-se agora a discussão acerca das condições da ação para o exercício do direito, bem como, as possibilidades jurídicas do pedido, e as possibilidades que o órgão julgador tem de decidir com base no ordenamento jurídico vigente, de conceder ou negar a tutela solicitada.

A possibilidade jurídica do pedido é uma condição da ação que se refere, que o direito a prestação jurisdicional seja previsto no ordenamento jurídico, sendo portanto, impossível requer algo que não seja previamente definido pelo direito material, conforme o entendimento a baixo:

Para a possibilidade Jurídica do Pedido, é preciso que a pretensão formulada em juízo não afronte o ordenamento jurídico. Não há necessidade de que o ordenamento preveja expressamente aquilo que se pretende obter, mas assim que ele não o vede, que a pretensão não ofenda nenhuma proibição expressa, nem afronte o sistema jurídico nacional. (GONÇALVES, 2011, p. 138).

Assim, é preciso que a demanda da ação, além de ser prevista, não macule o sistema jurídico. No caso das prestações de serviços médicos, hospitalares ou farmacêuticos, trata-se de uma obrigação de fazer, sendo esta contemplada no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o direito à ação, configura-se como uma resposta a todos aqueles que acionam o judiciário para a resolução de um conflito, entretanto, para alguns doutrinadores, um dos problemas enfrentados quando se busca a garantia do direito à saúde, é a falta de leis específicas para o caso. Ocorre, entretanto, que a Constituição como a maior lei do país, contempla o direito à saúde, dessa forma, o pedido judicial formulado tem como fundamento a própria constituição, independente ou não de lei específica sobre o tema. (BOTELHO, 2011).

Dessa forma, faz-se necessário perseguir os princípios traçados pela própria constituição, de modo que todo indivíduo tenha acesso ao mínimo necessário para realizar seu plano de vida. Uma vez que negar o direito à saúde, é negar a possibilidade do direito à vida.

### 3.2 LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Como visto acima, exigir a tutela jurisdicional do Estado em relação ao direito à saúde é plenamente possível, pois a Constituição como lei suprema do país garante a sua existência, ainda que não haja outras espécies normativas para o caso concreto. Entretanto, torna-se imperioso pontuar os limites da intervenção judicial, não apenas no que tange o princípio da separação de poderes, mas também em relação a sua natureza prestacional. Nesse sentido, os limites da intervenção judicial são

baseados principalmente em dois princípios: a mutualidade e a proibição de excesso e proporcionalidade.

A mutualidade é um princípio inerente aos contratos de direito privado e tem como escopo assegurar a viabilidade das obrigações contratadas com o equilíbrio da relação econômica- financeira, sendo fundamentada por um vínculo de troca e a obrigação recíproca de um com os outros (CARLOS NETO, 2019).

Esse princípio também encontra-se amparo no dever de solidariedade que deve presidir as relações interpessoais, sujeitando as todas as pessoas à moderação e a racionalidade, a fim de evitar que a utilização abusiva de uns, comprometam o direito de outros. Ou seja, é preciso garantir o devido tratamento ao paciente, mas se atentando ao custo do mesmo, pois se no mercado existe o mesmo tratamento e mais barato, não se deve adotar o tratamento mais caro, afim de que se garanta recursos para futuros tratamentos e não venha a gerar gastos desnecessários, veja-se:

Assim, mesmo em situações de emergências que permitam extrair da própria constituição o fundamento do direito originário à prestação de serviços médicos/farmacêuticos, o ampliador da norma não pode ignorar a questão que perpassa mesmo o processo de concretização legislativa, a propósito do meio menos oneroso quando possível lhe seja a opção, como sucede, v.g, com aquela que se oferece entre medicamentos de marca e os respectivos genéricos (princípio ativo), ou entre a tela importada, do elevado custo, e a nacional – de eficácia similar e custo baixo, necessária à ressecção cirúrgica de uma hérnia abdominal, ou entre um stent farmacológico ou medicamentoso e o simples, indispensável ao tratamento da estenose arterial (BOTELHO, 2011, p. 117).

Nessa perspectiva, a mutualidade é um princípio que relaciona-se não somente com a prestação em si, mas com a sua extensão, observando que é preciso a observação do aplicador da norma aos limites do exercício individual do direito fundamental e a relação com a situação política e financeira do Estado, a fim de garantir as demais pessoas um acesso igualitário aos mesmos serviços.

Ademais, é preciso pontuar que em um país como o Brasil, marcado de grandes desigualdades sociais, as pessoas não são iguais, muitas não receberam da mesma forma nem mesmo os mesmos nutrientes que outras, há aqueles que adoecem mais em decorrência da própria escassez de recursos, e são a eles que a Constituição oferece maior prioridade, em face daqueles que menos adoecem.

Assim também, tem entendido os Tribunais Brasileiros, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, como demonstrado em uma de suas decisões:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I – O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II – A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III – Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido. (STF – AI: 553712 RS, Relator: Ricardo LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: 005/06/2009)

Assim, o que se busca é o nivelamento da distribuição dos recursos públicos, na medida que trata de modo diverso os desiguais afim de garantir a equidade processual que só existiria efetivamente no caso em que toda a população dispusesse de um mínimo de condições materiais (BOTELHO, 2011).

Ao lado do princípio da mutualidade encontra-se o princípio da proibição do excesso e proporcionalidade, Novais, 2004 entende, que apesar da grande diversidade semântica, ao menos em sentido lato poderia admitir a substituição de uma expressão pela outra, uma vez que a proibição do excesso é na verdade um subprincípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, o princípio da proibição do excesso diz respeito à respectiva extensão dos provimentos judiciais os quais possui mais relação com a necessidade dos meios do que com a possibilidade de emití-los. Assim a restrição a ser feita não seria tão somente em relação ao acesso aos cuidados médicos, mas a sua abrangência nas hipóteses não contempladas no ordenamento legislativo, bem como a afetação do direito de outros em decorrência da intervenção judicial (CARLOS NETO, 2019)

Com relação a proporcionalidade, traz-se o ensinamento abaixo transcrito:

Nos tempos mais recentes, tende-se a reforçar metódica de controle do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sendo amplo). Talvez seja mais correto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controle conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos. (CANOTILHO, 2002, p. 266)

Assim, é inegável o dever do Estado na prestação material do direito social à saúde, não podendo se eximir da responsabilidade sob o argumento da divisão dos poderes ou insuficiência de recursos, e cabendo ao judiciário dirimir qualquer conflito decorrido da não obtenção de atendimento, mas visando sempre a adequação do pedido com a necessidade.

### 3.3 DIREITO À SAÚDE E O POSSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em decorrência do número de demandas de judicialização da saúde, bem como, a falta de parâmetros nas decisões judiciais, o presidente em exercício do STF, convocou entre os dias 27 de abril e 07 de maio de 2009 a Audiência Pública nº 04, na qual foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas de diversas áreas, afim de se obter esclarecimentos sobre inúmeras questões envolvendo o direito à saúde, com intuito de orientar os ministros do STF de judicialização desse direito. (disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 28 de mar. 2023).

As conclusões dessa audiência foram sintetizados na decisão da Suspensão da Audiência Pública de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará, a qual detalhou parâmetros nos quais o judiciário poderia intervir nas questões de saúde pública, entre os parâmetros cita em particular o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Segundo o entendimento do referido ministro, para que o judiciário possa intervir nas questões de saúde pública é necessário analisar se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada. Havendo tal política o judiciário apenas determinaria o seu cumprimento, mas em caso contrário, seria necessário observar se houve uma omissão administrativa ou legislativa.

Outro parâmetro estabelecido refere-se ao caso da pretensão não possuir registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o STF entendeu que é

vedada a distribuição do medicamento, uma vez que o registro representa uma garantia da saúde pública, veja-se:

A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é exigência para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. O registro mostrasse imprescindível ao monitoramento, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica. Ausente o cadastro, a inadequação é presumida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 29 mar. 23).

De outra sorte, havendo determinação por meio de decisão administrativa no sentido de negar o provimento pleiteado, é preciso que haja a fundamentação da decisão afim de esclarecer se havia tratamento alternativo, se o mesmo é adequado ao paciente, com base nessas premissas o entendimento do STF foi que:

[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improbidade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o poder Judiciário, ou da própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada nº 175. Acesso em: 29 mar. 23).

Ademais, no caso de não haver medicamento registrado pela ANVISA por se tratar de medicamento em fase experimental, o entendimento foi de que em face de existir uma pesquisa clínica em andamento, a responsabilidade é dos laboratórios e centros médicos, não havendo, portanto, obrigação estatal. Entretanto, o entendimento diverge quando o medicamento por se tratar de novo tratamento ainda não incorporado pelo Sistema Único de Saúde, observa-se:

[..] a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configura-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada nº 175. Acesso em: 29 mar. 23).

Outro marco importante, foi em decorrência da Lei 12.401/2011, a qual alterou o título II da Lei nº 8.080/90 para dispor a assistência terapêutica e a

incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a referida lei previu que os protocolos clínicos deverão estabelecer medicamentos para as diversas fases evolutivas da doença, bem como informar reações adversas porventura decorrente.

Cabe ressaltar, que os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, possuem eficácia vinculante perante os tribunais. Observa-se ainda, que embora estejamos longe de uma solução no que tange o direito à saúde, foram incluídos diversos elementos a serem observados pelo judiciário, inaugurando assim, uma nova fase para a resolução dos litígios.

## CONCLUSÃO

Todo o estudo abordado neste trabalho teve como objetivo a análise do direito à saúde como um direito fundamental da pessoa humana, sendo este imprescindível para o gozo dos demais direitos positivados pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, diante as inúmeras mudanças sociais e políticas da nossa sociedade, o direito à saúde foi positivado pelo ordenamento jurídico pátrio, cabendo ao Estado o dever de efetiva-lo, respeitando as particularidades de cada indivíduo, mas se atentando às suas reais necessidades. Assim, o Estado é, portanto, um garantidor de direitos, não podendo se negar a realização de suas prestações sociais no tocante ao direito à saúde em função deste, se tratar de um direito diretamente ligado à vida.

Entretanto, foi observado, que apesar do direito à saúde ser considerado como uma condição para o Exercício dos demais direitos fundamentais, no Brasil, infelizmente, em face das desigualdades sociais e econômicas, uma grande parcela da população não conseguem ter acesso ao mínimo necessário para a realização de seu plano de vida, sendo o direito à dignidade humana, muitas vezes violado frente à omissão estatal.

Observou-se ainda, especialmente em relação ao direito à saúde, que com frequência, o Estado utiliza-se de argumentos para negar ou omitir-se do dever de promover a efetividade desse direito fundamental, dentre eles destacam-se: a reserva do possível, a separação dos poderes, a escassez de recursos para custear todos os direitos sociais, bem como, as leis orçamentárias.

O princípio da reserva do possível é comumente alegado pelo poder público, como uma limitação fática que o Estado possui em suprir as necessidades da população, uma vez que os recursos são limitados e as necessidades são sempre infinitas, em dissonância com esse entendimento, encontra-se o princípio do mínimo existencial e a vedação ao retrocesso, os quais estão intrinsecamente relacionados com o princípio da dignidade humana, garantindo aos indivíduos, condições mínimas para a promoção da qualidade de vida e bem estar, sendo portanto, limitado ao legislador a edição de normas

Assim, restou-se evidente, que em face da ausência de recursos, ainda sim, o Estado deverá ser o responsável em efetivar o direito à saúde, devendo ainda, ser dada a preferência à este em detrimento dos demais direitos que não tenham relação com os direitos fundamentais do ser humano.

Isto posto, conclui-se que em face da omissão estatal na efetividade das prestações sociais, é assegurado ao cidadão o direito de recorrer ao judiciário a fim de ter seu direito atendido. Dessa forma, busca-se do judiciário a resolução do conflito analisando a pretensão e a necessidade de cada caso.

Outrossim, em decorrência da falta de legislação a respeito do tema, o judiciário brasileiro inflou-se de demandas exigindo do poder público a prestações de serviços médicos, hospitalares e farmacêuticos, fazendo com que o Judiciário Brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal estabelece parâmetros norteadores para a fundamentação e embasamentos das decisões dos magistrados.

Entre tais parâmetros estabeleceu-se basicamente que os tribunais orientem seus magistrados a instruir as ações judiciais, com relatórios médicos, descrição detalhada da doença, de medicamentos e dos tratamentos adequados; Que verifiquem se os requerentes fazem parte dos programas de pesquisas experimentais realizados pelos laboratórios; Que verifiquem a existência de políticas públicas que abranja a prestação requerida; Se a pretensão solicitada possui ou não registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, adotando medidas específicas para cada caso em concreto.

Conclui-se, portanto, ao longo deste estudo, que o Supremo Tribunal Federal tem adotado com constância em seus julgados quando o assunto diz respeito à saúde, a garantia da realização do direito à saúde, na medida exata da necessidade pleiteada, em detrimento das formalidades legais no tocante o fornecimento de medicamentos via Sistema único de Saúde. Buscando assegurar o princípio da dignidade humana, uma vez que este, prevalece em detrimento dos direitos de cunho material.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. “*Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre os poderes*”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luíz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 19 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 25 nov. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45*. Brasília, 29 de abril de 2004. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)>. Acesso em: 19 de mar. de 2023. CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei 8080/90, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. *Lei 8142/90, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm) acesso em 20 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 10 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em 19 nov. 2022

BRASIL. *Lei nº 12.401 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm)>. Acesso em 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial "Reserva do Possível". Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=12839194&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 20 mar. 2023

Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF - STA: 238 TO, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 21/10/2008, Data de Publicação: DJe-204 DIVULG 28/10/2008 PUBLIC 29/10/2008 RDDP n. 70, 2009, p. 169-177) Acesso em 21 mar. 2023

Brasil. Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM 06049999720168040001 AM 0604999-97.2016.8.04.0001, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 02/04/2018, Segunda Câmara Cível) Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/583175717/inteiro-teor-583175739> acesso em 20 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada nº 175. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 29 mar. 23

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP00125. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A C&docID=627428>. Acesso: 22 mar. 2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF – Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento: 824946 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17092013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24806136>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário*. Revista TRT da 8ª região, Belém, v. 41, nº 81, p. 77-87, jul./dez., 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almeida, 2002.
- CARLOS NETO, Daniel. *Judicialização da Saúde Pública: Uma análise Contextualizada*. 2º Edição - Revista e Ampliada/Porto Velho - RO: Editora Motores, 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2003.
- DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y democracia*. Editora de Cuadernos para el Diálogo. 1966.
- FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito Fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios* - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Os tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5º e 3º da Constituição do Brasil*. In Casella, Paulo Borba & RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Isabela Souza. *Judicialização da saúde: A incursão do Judiciário na Administração, seus desdobramentos e possíveis medidas de contenção*, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/20242>. acesso em: 16/11/2022.
- KRELL, Andrea Joachim. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARTINS, Ives Grandra. *Lei positiva e lei natural*. In: Cadernos de direito natural. Centro de Estudos Jurídicos do Pará, n.1, 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra 2004.
- OHLAND, Luciana. *Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos*. *Direito & Justiça*, v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010. P.32Disponível em:file:///C:/Users/User/Downloads/admin,+Dir&Jus+v36n1++03++final%20(1).pdf Acesso em: 24/11/2022
- 05 mar. 2018.

- RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: Promessas e Limites da Constituição*. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2003.
- SANTANA, José Lima. O princípio Constitucional da Eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira*. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 61.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania Multidimensional na era dos Direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. *Obra Coletiva (Org)*. Rio de Janeiro: Inovar, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito - história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins fontes, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Coord). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflitualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.8.
- WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 158.)