



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
PROJETO DE TRABALHO DE CURSO I

**O CENÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF**

ORIENTANDA: BRUNA MOREIRA CAMPOS  
ORIENTADORA: Prof.<sup>a</sup>. Dra. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MÓI

**GOIÂNIA  
2024**

BRUNA MOREIRA CAMPOS

**O CENÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF**

Projeto de Pesquisa Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito e Relações internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.<sup>a</sup>. Dra. Orientadora: Fernanda de Paula Ferreira Moi.

**GOIÂNIA**

**2024**

BRUNA MOREIRA CAMPOS

**O CENÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF**

Data da Defesa: 21 de maio de 2024.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador (a): Prof. (a): Prof.<sup>a</sup> Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi.

Nota

---

Examinador (a) convidado (a): Prof. Dra. Fernanda da Silva Borges

Nota

Dedico este trabalho, primeiramente a Deus, pois sem Ele eu nada poderia ter feito, dedico também à minha mãe, Janeide, aos meus irmãos Brenda e Nathan e, à minha avó Genezira, pois desde o início me incentivaram.

## RESUMO

A presente monografia aborda o direito à saúde, reconhecendo-o como direito fundamental social, incluído no rol dos direitos de segunda dimensão, os quais para serem concretizados dependem de uma atuação positiva do Estado. Em contrapartida, tendo em vista que por diversas vezes o Poder Público não consegue efetivar esse direito, surge para aquele acometido por alguma enfermidade a prerrogativa de provocar o Poder Judiciário a fim de ver seu direito garantido, restando, porém, dúvidas, quanto aos limites de atuação impostos ao Estado-juiz. Trata-se, portanto, de pesquisa bibliográfica, que tem por objeto o estudo do direito a saúde e sua concretização, por meio da atuação do Poder Judiciário, lado outro, a quem é incumbido tal dever, por intermédio da previsão constitucional é o Poder Executivo, contudo na prática o que se tem é a rotineira negativa dos entes federativos em relação a essa efetivação, dentre os argumentos utilizados para tentar esquivar-se de seu cumprimento é o uso do princípio da reserva do possível, todavia, o Estado-Juiz rebate tais argumentos com base no princípio do mínimo existencial, o qual visa proteger os indivíduos das tentativas de não concretização de direitos dos governantes, assim resta o questionamento acerca da real efetividade dessa atuação jurisdicional, posto que ao intervir tão ativamente o Poder Judiciário acaba fazendo as vezes do Poder Executivo, que tende a protelar a efetivação de políticas públicas na área da saúde.

**Palavras-chave:** Direito. Saúde. Judicialização. Limites. Cortes Superiores.

## **ABSTRACT**

This monograph addresses the right to health, supporting it as a fundamental social right, included in the list of second dimension rights, which, in order to be realized, depend on positive action by the State. On the other hand, considering that on several occasions the Public Power is unable to implement this right, the prerogative of provoking the Judiciary Power in order to see their right guaranteed remains for those affected by some illness, however, doubts remain regarding the limits of tax action to the judge-State. This is, therefore, bibliographical research, which aims to study the right to health and its implementation, through the actions of the Judiciary, on the other hand, who is responsible for this duty, through the constitutional provision, is the Power Executive, however in practice what we have is the routine denial of federative entities in relation to this implementation, among the arguments used to try to avoid its application is the use of the principle of reserving what is possible, however, the State-Judge refutes such arguments based on the principle of the existential minimum, which aims to protect individuals from attempts to not realize the rights of governments, so the question remains about the real effectiveness of judicial action, given that by intervening so actively the Judiciary ends up doing sometimes from the Executive Branch, which tends to protect the implementation of public policies in the area of health.

**Keywords:** Right. Health. Judicialization. Limits. Superior Courts

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	11
1.1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL.....	14
1.2. DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO.....	17
1.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).....	20
2 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	23
2.1 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	24
2.2 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	27
3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS.....	31
3.1. ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES.....	33
3.2. TEMAS REPETITIVOS.....	34
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	42

## INTRODUÇÃO

O direito saúde ganha atenção do Estado quando, por meio de reivindicações sociais, no período da Revolução Industrial, os trabalhadores, que à época tinham jornadas de trabalho humanamente insustentáveis, adoeciam com frequência, não sendo uma ocupação do Estado o fornecimento de mecanismos que propiciem a busca da assistência efetiva à saúde, então inicia-se a busca dessa concretização. No Brasil, o direito à saúde ganha maior enfoque por meio da previsão na Constituição Federal de 1988, que o incluiu como direito fundamental social, todavia, os entraves ganham palco quando a população tenta a concretização desse direito previsto, pois por diversas vezes a resposta que recebem ao procurar o Poder Público é a negativa do ente que tem o dever constitucional, mas traz limitações ao exercício do direito, dentre elas a mais importante é o princípio da Reserva do Possível, utilizado com o intuito de esquivar-se do dever constitucional, restando para os necessitados apenas a busca pela efetivação junto ao Poder Judiciário.

O presente trabalho busca estudar o direito à saúde, com ênfase em sua concretização por intermédio da atuação do Estado-Juiz, porquanto nos termos da Carta Magna a competência para concretizar esse direito é do Poder Executivo, não do Judiciário, mas em razão da relevância desse direito, somado ao fato de que o Poder Público adota por diversas vezes a conduta da inércia, torna-se necessária a intervenção do Judiciário, por outro lado busca-se identificar os limites dessa atuação, a forma com que este Poder tem concretizado esse direito tão importante, verificar se essa atuação tem minorado ou majorado a quantidade de demandas e se implica ofensa aos limites legais impostos.

O Brasil, no âmbito público efetiva esse direito por meio do Sistema Único de Saúde, o qual tem por destinação o atendimento da população como um todo, porquanto é definido como um sistema universal. Levando-se em consideração que as falhas, assim como em outros serviços públicos, são uma realidade presente, fato é que o Estado não consegue ofertar, nos termos da lei, a assistência integral à saúde, consoante se extrai da previsão constitucional, restando para o indivíduo a buscar de

seu direito constitucionalmente garantido por outros meios e, o mais famoso deles é a intervenção do Poder Judiciário, que adota um posicionamento denominado por muitos como ativismo judicial, adotando uma visão concretista, o que implica dizer que o cenário jurisprudencial é marcado pela atuação constante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que resolvem questões sobre temas relacionados a efetivação do direito à saúde e, influenciam a atuação dos órgãos jurisdicionais em instâncias inferiores.

As consequências dessa atuação provocam uma resposta por parte do Poder Executivo, que se nega a cumprir a constituição sob o argumento de que não existem recursos financeiros suficientes, enquanto isso o Judiciário por meio de seu poder coercitivo ordena o cumprimento das prescrições médicas, mesmo que não haja recurso, pois é o melhor para o paciente e o estabelecido pela Constituição Federal. Por meio de uma análise global do assunto surgem dúvidas a respeito dos limites legais da atuação jurisdicional, porquanto não há dúvidas que o Judiciário adentra em funções pertencentes ao Executivo, propagando políticas públicas e, por inúmeras vezes exerce o papel de administrador, tal cenário permanece há algum tempo e, ao que tudo indica se manterá, uma vez que em resposta a atuação jurisdicional o Poder Executivo não tem procurado meios de minorar a propositura de ações judiciais que a respeito do direito à saúde.

Portanto, adota-se o método de pesquisa valendo-se da pesquisa bibliográfica, estudando-se a natureza desse direito, sob o olhar de doutrinadores constitucionalistas. O conceito de saúde e os meios de concretização, no contexto jurisprudencial. Essa atuação é baseada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, porque todo aquele que tem um direito violado ou, que esteja na iminência de violação, pode provocar o Estado-Juiz para que este tutele o direito pelo exercício da jurisdição. Surgindo, portanto, o que se conhece como judicialização da saúde, matéria recorrente nos tribunais, dada a sua relevância, na prática, os tribunais estaduais, bem como os juízes de primeiro grau aplicam com frequência em seus julgamentos o que resta decidido pelas Cortes Superiores, por isso é o objeto de estudo do presente trabalho.

Na primeira seção direito à saúde é apresentado como direito social, elencado dentro do artigo 6º da Carta Magna, mas também é analisado como direito fundamental, dada a sua relevância, por ser um direito surgido por intermédio de

movimentações sociais, não se pode dar certeza de seu nascimento, contudo, fato é que há momentos na história que este direito ganha maior enfoque, tais como no pós-revolução francesa, porquanto se busca um Estado que se atente às reivindicações sociais, bem como em virtude da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra que aumentou o número de doenças, em razão da atividade laboral em condições degradantes. Além disso, ocupa-se em demonstrar o surgimento desse direito no Brasil, as influências, bem como a trajetória até sua previsão constitucional, estudando-se também o Sistema Único de Saúde como mecanismo responsável pela concretização do direito à saúde.

Na segunda seção denominado limites à efetivação do direito à saúde, tem o como intuito o estudo das duas correntes adotadas nos litígios que envolvem o direito à saúde, pois tendo consciência de que o processo judicial é formado por um autor e um réu que estão em posição de igualdade e que o poder de decisão é incumbido a um juiz imparcial, o autor visa concretizar seu direito constitucional, enquanto o ente que figura no polo passivo tentar por meio da defesa esquivar-se de sua obrigação, para isso este último comumente invoca o princípio da reserva do possível tentando justificar a não efetivação do direito, pela ausência de recursos financeiros. Em contrapartida, invoca o autor e, por diversas vezes, acolhe o Judiciário, a tese de que a saúde é abarcada pelo princípio do mínimo existencial, assim, não pode o Estado valer-se do argumento de ausência de recursos para furtar-se da concretização daquilo que é o mínimo para a sobrevivência do indivíduo e para a manutenção de uma vida digna.

Por fim, na última seção abordo a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, dado ao fato que a saúde é um assunto corriqueiro no Judiciário, muitas demandas chegam às Cortes Superiores, pela interposição de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários, por ser relevante e ter abrangência nacional, tornou-se mais proveitoso destinar esforços ao estudo dos Temas Repetitivos originados nesses Tribunais, posto que são aplicáveis no território nacional, dada seu caráter *erga omnes* e a atuação dos julgadores em instâncias inferiores é regida pelo que resta decidido pelo STJ e pelo STF.

Ante o exposto, embora a concretização do direito à saúde não minore a incidência de demandas judiciais, o Supremo Tribunal Federal, entende que tendo em vista que o SUS possui caráter programático, não podem tais normas constitucionais

serem utilizadas como respostas inconsequentes, devendo o Executivo buscar meios de concretizar políticas públicas referentes à saúde, posto que a atuação jurisdicional não o exime de seu dever constitucional.

## **1 DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

O presente capítulo é destinado ao estudo do direito à saúde enquanto direito social e fundamental, desse modo cumpre entendê-lo por meio de uma análise mais abrangente, destaca-se que esse direito passou por uma série de movimentações sociais até chegar à concepção de modelo atual, portanto, de início busca-se analisá-lo tomando como ponto de partida o plano global, para que seja possível entender como este se originou, bem como faz-se necessário compreender em minúcias e os fatos que influenciaram a constitucionalização desse direito no ordenamento jurídico brasileiro. Esse capítulo guarda imensa importância para a pesquisa, visto que a compreensão do assunto depende da compreensão de seu surgimento e constitucionalização.

O nascedouro de um direito, diz muito sobre a sua natureza, importância e destinação, o direito a saúde recebe denominação de direito social, porquanto destinado à sociedade, pois ainda que existam pessoas que não fazem uso do sistema público, este é destinado a todos aqueles que necessitam de assistência à saúde, indistintamente, por isso, sua relevância social, constituindo elemento fundamental dentro de um Estado que se denomina democrático de direito.

### **1.1 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL**

Os direitos sociais apresentam-se com mais força no pós-revolução Francesa, que tem como marco a origem do Estado Liberal Burguês, ressalta-se que antes de seu advento a realidade social baseava-se em um Estado monárquico, absolutista e despótico, com viés individualista, as pessoas não tinha opção, apenas aceitavam tal governo, todavia com o passar do tempo a burguesia francesa passou a enxergar o Estado como um adversário e a partir daí surge a figura dos revolucionários franceses, cumpre mencionar que essa revolta, não acontece sem razão, posto que o regime absolutista deixou marcas dolorosas na população que viveu à época (Danielli, 2017).

O pós-revolução francesa é marcado por uma extensa movimentação social, que influenciou a formação do atual sistema, não apenas no Brasil, ocorre que os problemas sociais não se resolveram pela mera declaração do lema liberdade, igualdade e fraternidade. Desse modo, no intervalo de tempo contido entre o final do século XIX e o início do século XX, na Inglaterra, expande-se outro movimento social, agora em razão da Revolução Industrial, uma vez que essa industrialização provocou o êxodo rural, pelo surgimento dos trabalhos em fábricas, que imputou aos novos trabalhadores industriais condições de trabalho degradantes e desumanas, que conseqüentemente, resultou em aumento da incapacidade laborativa e óbitos, causados pelas doenças ocupacionais e pelo excesso de trabalho, tendo em vista que condições de trabalho atentavam à dignidade humana, tal cenário se agravava pela ausência de um sistema qualificado de atendimento à saúde para os que necessitavam.

Assim, as irresignações aumentaram, os trabalhadores se movimentavam e iam às ruas em busca de melhores condições de trabalho, as grandes fábricas surgidas na Revolução Industrial, retiraram as pessoas do campo por meio da oferta trabalho, mas não se preocupavam com a saúde destas, o que ocasionou o crescimento econômico dos empregadores, mas em contrapartida difundiu um modelo de relação de trabalho totalmente baseado no individualismo, na época pouco se falava em direito dos trabalhadores, os empregadores se preocupavam apenas com os lucros, enquanto o Estado mantinha-se ao longe, sem adentrar em tais questões.

O posicionamento adotado pelo Estado na época era o da “não intervenção, notadamente na economia, e a igualdade, um enunciado meramente formal, a própria liberdade passa a ser restrita a certo segmento social” (Danielli, 2017, p. 24), portanto não destinava esforços nem recursos para melhorar as condições dos trabalhadores. Nessa época, não tão distante, o lucro era o maior objetivo, ainda que isso significasse violação de direitos intrínsecos dos trabalhadores, ignorando o conceito de vida digna, inclusive no tocante à proteção da saúde e da vida.

A manutenção desse cenário ensejou o crescimento dos movimentos sociais, os quais foram o pontapé inicial para a construção do que se denomina hoje de Estado Social. Urge destacar que esse termo não é utilizado para denominar um viés ideológico e político, mas trata-se de um Estado que “surgiu com o fito de diminuir as

desigualdades e injustiças sociais, permeando o cotidiano da vida social concreta, por meio de uma ampla e contundente intervenção estatal na sociedade, principalmente na economia.” (Farias, 2015, p. 32), apresentando-se como um Estado prestacionista que tem como maior objetivo assistir os hipossuficientes e desamparados.

Notório é que o rompimento com o regime de absolutista, foi muito importante para o surgimento dos direitos sociais, pois neste regime a imposição das vontades do governante estatal era suprema, o monarca fazia uso de seu poder de império para comandar os subordinados sem atentar-se aos clamores sociais. Vê-se a figura de um Estado que primava pela intervenção mínima, adentrando apenas em questões em que seu interesse próprio estivesse ameaçado, os clamores sociais não eram sequer ouvidos, ainda que as relações privadas estivessem totalmente em desacordo com o conceito de dignidade, o governante não dispndia esforços para minorar as desigualdades, aliás não dependia do povo para “quase nada”.

Já no atual regime verbera a ideia de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Brasil, 1988), logo, não prevalece apenas a vontade do governante, pois o poder que este recebe é do povo que o transfere por meio das eleições, para um mandato temporário, ademais, todos os atos praticados são passíveis de responsabilização do titular, não há dúvidas sobre a distinção entre o regime republicano e o autoritarismo monárquico.

Nesse novo cenário os direitos sociais recebem a classificação de direitos de segunda dimensão no rol dos direitos fundamentais, o direito à saúde, apresenta-se como um direito que para ser concretizado depende da intervenção estatal, ou seja, de uma prestação ativa do ente, esses direitos visam concretizar a igualdade material, estabelecendo-se um conceito de Estado em que os anseios e as reivindicações sociais são ouvidas, um Estado denominado garantidor que por meio de prestações positivas, efetiva e concretiza direitos essenciais à vida digna, mas que também respeita as liberdades individuais, abstendo-se de manifestar-se sobre determinadas questões, pois enquanto os direitos de segunda geração referem-se a um fazer, os de primeira geração exigem um não fazer estatal, visam garantir as liberdades, são os direitos civis e políticos do indivíduo.

Para Saulo Lindofer Pivetta e Romeu Felipe Bacellar (2022, p.RB 2.1) o direito à saúde é “direito fundamental social”, fato é que se encontra no rol dos direitos sociais, contudo a ele são aplicáveis as prerrogativas de direito fundamental dada a sua importância para o corpo social, porquanto a saúde é direito de todos e dever do Estado consoante se extrai da inteligência do artigo 196 da Carta Política de 1988.

Ademais, depreende-se, portanto, dos ensinamentos de Mariana Filchitiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 197) que assim como outros direitos sociais “a saúde também é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro”. Obtempera-se, portanto, que a previsão da saúde no corpo constitucional como direito fundamental, elencado no rol dos direitos sociais implica dizer que é direito essencial facultada a todos os indivíduos a possibilidade de exigir o cumprimento dessa obrigação, pois a previsão constitucional cria para a sociedade uma prerrogativa, que passa a ter além do direito previsto a possibilidade de exigir a concretização, por meio da atuação estatal, posto que é direito garantido e exercível por qualquer do povo, ao Estado imputa-se uma imensa obrigação, qual seja, garantir sua efetivação da saúde por meio de políticas públicas.

Conforme Figueiredo e Sarlet (2007, p. 199), há distinção entre os sentidos extraídos do conceito de direito à saúde:

(...) o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito.

Segundo Pedro Lenza (2012), os direitos sociais são tidos como desdobramento, ou seja, consequência inevitável do Estado Social de Direito, e foi exatamente isso que aconteceu no Brasil em 1988, com o advento de uma constituição promulgada no pós-ditadura, fez-se necessário a confecção de uma carta constitucional com um viés garantista e democrático, dando enfoque aos direitos sociais, tendo em vista os anseios populacionais, porquanto esses direitos alcançariam a parcela da sociedade mais afetada pela desigualdade social.

A partir desse momento, então, tem-se a figura de um Estado, que ao menos em tese, ocupa-se com a construção de um cenário mais isonômico, uma vez que

tenta ofertar, aos que dele precisam, o mínimo existencial. Notório que tal conceito interliga-se ao de dignidade da pessoa humana de maneira permanente, pois o direito à vida não se concretiza onde se abandona o direito à saúde.

Alexandre de Moraes (2003) define os direitos sociais como norma de ordem pública, que apresentam dentre outras características a imperatividade e a inviolabilidade, reconhecendo a hegemonia desse direito, o qual por integrar o rol dos direitos e garantias constitucionais.

Nesses termos, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 103), ditam que “Os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais.”, o direito à saúde demonstra de forma clara como essa atuação estatal deve ocorrer, pois não há que se falar em saúde pública sem dar enfoque aos assuntos pertinentes execução das políticas públicas, orçamentos, verba pública, posto que todas as ações em prol da concretização desse direito demandam um fazer estatal, uma prestação positiva.

Desse modo, presenteia-se o povo com um direito a ser exercido por todo aquele que, em virtude de estar acometido por uma enfermidade, pode procurar assistência pública à saúde, a qual deve ser ofertada gratuitamente pelo Poder Público conforme previsão constitucional, somente assim concretiza-se o direito, previsto no corpo da constituição.

Todavia, não basta a mera previsão legal para que o direito seja efetivado, a inclusão desse direito no corpo constitucional deve também produzir efeitos, ter eficácia, a fim de que Carta Magna não seja considerada uma mera folha de papel, pois conforme se extrai do pensamento de Ferdinand Lassale (2000) a Constituição é fruto da soma dos fatores reais de poder e que sob um viés sociológico, o que resulta na existência de uma dupla constituição, a soma dos fatores reais de poder resulta na criação de uma constituição realmente aplicada, ainda que esta não seja a escrita, havendo, portanto, no Estado duas constituições, a real que é a verdadeiramente efetiva e, a escrita que por diversas vezes limita-se a um emaranhado de palavras.

Num país marcado pela desigualdade social, constata-se tardia a previsão constitucional de um direito tão importante e que se liga de maneira íntima à vida e à

dignidade das pessoas, não havendo que se falar em vida digna para que estão morrem em filas de hospitais públicos, aguardam cirurgias sem previsões, ou até mesmo, os que enfrentam dificuldades ao tentar receber medicamentos que são essenciais à vida, pois não tendo condição de custeá-los só lhes resta recorrer ao Poder Público, em alguns casos acontece do ente estatal possuir o medicamento em estoque, mas nega o fornecimento ao enfermo, sob o argumento de serem destinados ao tratamento de enfermidades distintas da que acomete o paciente, mesmo que tenha sido prescrito por médico competente para tanto.

A previsão desse direito, amolda-se ao conceito de dignidade da pessoa humana<sup>1</sup>, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Carta Magna, nesse viés torna-se notório que não é suficiente a mera previsão legal, sendo imprescindível criar mecanismos e destinar esforços de modo a cumprir o que restou consagrado no texto constitucional.

Então, os direitos sociais se materializam na tentativa de alcançar a igualdade material, que vai além da previsão legal, haja vista que de um lado o direito é destinado a todos (igualdade formal), pois a Carta Magna não limita a figura do destinatário, logo, é todo aquele necessita da assistência estatal, é direito previsto no artigo 6º da Constituição Federal com aplicabilidade imediata, eficácia plena, vez que alcançado pelo enunciado do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, todavia a complementação desse direito consta no artigo 196 da Constituição Federal que prevê a criação do Sistema Único de Saúde e é norma de eficácia limitada, que depende de legislação posterior que os regulamente, no caso a lei nº 8.080/90, assim fato incontroverso é, que a efetividade ou concretização desses direitos, depende de forma direta do incentivo estatal, o qual se manifesta por meio das políticas públicas, as quais dependem de previsão orçamentária.

Vale destacar que nesse estudo, a respeito dos reflexos existentes no campo jurídico, torna-se necessário entender a classificação dos direitos fundamentais, a fim de que seja possível identificar se esse direito apresenta um viés preponderantemente programático, o qual dependendo de ações do Estado que o efetivem e regulamentação legislativa para tanto, ou se dado seu caráter de aplicação imediata,

---

<sup>1</sup> A abordagem da dignidade da pessoa humana neste trabalho limita-se ao âmbito nacional e, ao estudo de sua relação de interdependência com o princípio do mínimo existencial.

produziria desde a publicação da Constituição, efeitos concretos, independentemente de edição legislativa posterior.

Ante ao exposto, evidencia-se que além dessa questão o direito à saúde ainda possui interdependência com três princípios de extrema relevância do direito constitucional, sendo eles: Princípio da Reserva do Possível, Princípio do Mínimo Existencial e o Princípio da Vedação ao Retrocesso, os quais ao passo que servem como argumento de limitação, podem e devem ser usados como argumento para se exigir uma atuação, questão que será demonstrada de forma mais aprofundada em seção apropriada.

## 1.2 DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO

De volta aos primórdios da constitucionalização deste direito, denota-se que a Constituição Francesa de 1793, à época previu um direito que tinha por objetivo prestar assistência aos necessitados, que quando enfermos recorressem aos “socorros públicos” para que fossem assistidos, contudo tal previsão detinha um caráter meramente simbólico, na medida em que os desamparados não conseguiam de modo concreto, tal efetivação (Herrera, 2009).

Nesse toar, no início do século XX, diversas constituições no plano global passaram a ter esse viés mais social, ao passo que começaram a dar enfoque às dores da sociedade, ocupando-se não somente com as demandas relacionadas ao aumento de recursos financeiros, mas destinando atenção aos anseios principalmente dos mais necessitados, visto que para construir uma sociedade livre, justa e solidária, torna-se necessário que o povo que integra essa nação tenha acesso aquilo que se denomina mínimo existencial, assim sendo em tal conceito se encaixam os direitos sociais, que visam atender às necessidades intrínsecas dos indivíduos, merecendo maior destaque dada sua relevância.

Num impulso histórico, os direitos sociais ganham espaço na temática de Direito Constitucional no início do século XX, com o advento da Constituição Mexicana em 1.917 e da Constituição Alemã, conhecida como Weimar de 1919 (Novelino, p. 519). Demais disso, o Brasil, na Constituição de 1934, incluiu pela primeira vez um título que versava sobre a ordem econômica e social, por veemente influência das

constituições supracitadas, vez que os reflexos positivos de um país comumente são adotados por outros, posteriormente esse padrão foi seguido pelas demais constituições, até mesmo aquelas em regime ditatorial, ainda que não efetivados, assim sendo tão somente em 1988 esses direitos ganharam capítulo próprio (Brasil, 1988), aspirando o legislador constituinte desse espírito social, previu no artigo 6º os direitos sociais, depois no rol originário foram incluídos por meio de Emendas Constitucionais os direitos a moradia, alimentação e transporte em 2000, 2007 e 2015, respectivamente, todavia o presente trabalho destina-se apenas ao estudo do direito à saúde.

Enfatiza-se que o direito à saúde surge numa perspectiva global, mas no Brasil também há uma história, analisando-se esse histórico brasileiro no tocante a esse direito, bem como analisando-se a forma como este foi tratado pelo legislador constituinte ao elaborar a Carta Magna, promulgada em 05 de outubro de 1988, do preâmbulo da Carta Política, retira-se os valores em que se inspira o texto constitucional, veja:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Antes do advento do Sistema Único de Saúde, a forma como o direito à saúde se apresentava aos necessitados no Brasil era bem diferente da realidade atual, contudo neste subtítulo trataremos do período que antecedeu a criação do SUS, pois esse sistema será abordado em momento oportuno. Numa análise histórica, verifica-se que a saúde ganha destaque apenas na Constituição Federal de 1988, ganhando seção própria dentro do capítulo II, denominado Da Seguridade Social, englobada no Título VIII, Da Ordem Social. Tal fato imputa certa descrença, haja vista que um país que teve sua independência proclamada em 07 de setembro de 1822 e, que desde então foi alvo de diversas crises de doenças, dentre as quais se destacam Febre amarela no início de 1850, a qual tinha como causador um vírus do gênero

“Flavivirus”, a Gripe Espanhola em 1918, a Varíola no começo do século XX, a Dengue que surgiu a primeira vez no início da década de 80 e também o contágio excessivo do vírus HIV, que provoca a AIDS na década de 80, e que resultaram na morte de milhares de brasileiros, porém somente em 1988 que se tem a previsão legal do SUS, e somente em 1990 a criação de legislação que o materializa, embora esse direito estivesse previsto em outros textos constitucionais a realidade que se extrai é a da não concretização.

Diante da complexidade da realidade social brasileira, cabe ao Estado enquanto executor da vontade do povo não apenas usar seu legislador para prever direitos e garantias sociais e fundamentais, mas também efetivá-las e concretizá-las e foi assim que o direito à saúde começou a ganhar importância no cenário brasileiro, porquanto verifica-se que a partir da Constituição de 1934 se tem a previsão de um direito constitucional à saúde.

A Constituição Federal de 1988, apresenta uma mudança extremamente válida e necessária no campo dos direitos sociais, porquanto "Entre as diretrizes políticas consolidadas pela Constituição Federal estão os fundamentos de uma radical transformação do sistema de saúde brasileiro" (Almeida, 2002), e essa radical transformação é reflexo das manifestações sociais, visto que entre 1900 e 1988 o Brasil passou por diversos casos de enfretamento de doenças e, a maior parte da população recorria ao Poder Público na busca por atendimento.

A saúde ou a ausência dela, imputa ao administrado a busca por subterfúgios a fim de ver o seu direito, previsto no texto constitucional concretizado, porquanto de nada vale a criação do direito se na prática as pessoas morrem à mercê da boa vontade estatal, aguardando a disponibilização de leitos, marcação de consultas, disponibilização de profissionais qualificados, ou até mesmo a dispensa de medicamentos essenciais à vida, quem depende desse sistema sabe bem as dificuldades enfrentadas.

Cediço que há diferença entre a previsão de um direito e sua real concretização, vez que efetivar uma norma depende de investimentos por parte do Ente Público. Analisando-se o tema sob um viés pautado na doutrina do direito administrativo, constata-se que o Estado, enquanto Poder Executivo, possui um Regime Administrativo, o qual é regido por duas máximas: a Supremacia do Interesse Público

sobre o Privado e a Indisponibilidade do Interesse Público. Nesse toar, em casos em que se discute a efetivação do direito à saúde vão de encontro a esses dois princípios, ainda que distintos, abarcam de forma uniforme essa temática, pois concretizar a saúde é matéria de interesse público que é supremo e indisponível.

Embora tenha evoluído ao longo do tempo, a estrada é longa quando se fala na concretização desse direito em um país como o Brasil e, se este assunto é desprezado pelos administradores públicos, resulta no aumento dos óbitos entre pessoas que aguardam a tutela do Estado, o aumento expressivo na busca pela concretização por meio do Estado-Juiz, ou como ocorre atualmente, ambos. Conforme elucidam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o direito à saúde constitui um dever do Estado, devendo ser garantir esse direito por meio de políticas sociais e destinação de receitas, sendo as ações que versem sobre o direito à saúde consideradas matérias de relevância pública, porque se destinam à população como um todo, tendo como alvo a coletividade, sem distinção (2015, p. 1030).

### 1.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Sistema Único de Saúde teve sua “gênese na Constituição de 1988, mas foi institu-cionalizado por um processo gradual que não foi apenas a tradução concreta de decisões, mas ainda um processo de formulação da política” (Menicucci, 2007 *apud in* Sales, 2023), contudo seu nascimento deu-se em decorrência das inúmeras movimentações sociais que reivindicavam um sistema de saúde que propiciasse atendimento digno aos que necessitassem, dentre essas manifestações temos como marco o movimento da Reforma Sanitária, que ocorreu no início da década de 1970, e tinha o intuito de propagar para a população que o Estado deveria ofertar um sistema de saúde baseado na premissa da saúde universal, ou seja, uma assistência à saúde destinada a todos aqueles que necessitem independente de sua condição financeira, ao menos em tese.

A Constituição Cidadã tratou do direito à saúde em uma certa quantidade de artigos, dentre eles merece atenção o artigo 196, *verbis*:

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.

Todavia, há um contexto social que não pode ser esquecido, posto que a soma dos fatores do passado formou o presente e originará o futuro, assim sendo antes do advento da Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, a realidade brasileira no tocante às políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde era diferente. Evidencia-se que o artigo 198 da CRFB/1988 versa sobre a criação de um Sistema Único de Saúde, financiado pelos cofres públicos, o qual deveria ser criado por lei, demonstrando que, embora o direito à saúde seja uma norma de aplicabilidade imediata, sua concretização dependia da regulamentação de uma norma de eficácia limitada, de viés programático, porquanto se o programa não for criado, não haverá como concretizar o direito.

De outro giro, valendo-se de um raciocínio semelhante o Ministro Celso de Mello, em voto exarado em sede do RE nº 393175/RS, refere-se às normas de caráter programático, nas quais se incluem o direito a direito à saúde previsto nos artigos 196 e 198, que essas normas não podem se transformar em promessas constitucionais inconsequentes, *litteris*:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, RE 393175/RS, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 12 de dezembro de 2006).

Com o intuito de implementar tal direito a lei nº 8.080, assinada dia 19 de setembro de 1.990, estabeleceu as diretrizes da criação do Sistema Único de Saúde, dispondo sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.” (Brasil, 1990). Sistema esse responsável pela concretização do direito à saúde no ambiente público, visto que de nada vale prever um direito se este não é efetivado.

Conforme o descrito no §1º do artigo 1º do diploma legal retro citado constitui dever do Estado garantir a saúde, sendo que a efetivação desse dever se materializa por meio da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais, as quais possuem o condão de tentar reduzir os riscos ou agravamento de doenças, estabelecendo condições que ofertem acesso universal e igualitário aos que necessitem, por meio de serviços que promovam a saúde, protejam os enfermos e os recuperem (Brasil, 1990).

Sem desconsiderar as falhas que tal sistema apresenta, precário ou não, e por diversas vezes ineficaz, tenta-se cumprir a previsão constitucional, mas a maior parte da população brasileira não é atendida por esse sistema de modo eficaz, principalmente os hipossuficientes, pois quanto mais humilde o local em que residem, menor o investimento em políticas públicas, assim apenas uma parcela mínima, quando comparada aos que dependem do serviço público, têm condições de recorrer aos estabelecimentos de natureza privada, pois “para quem possui recursos, o SUS é visto como um serviço disponível para os que não possuem condições para arcar com um plano de saúde privado” (Oliveira, 2015, p. 83), para os menos favorecidos, que dele necessitam, muitas vezes é a única opção.

Nessa inteligência, o SUS é “integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público executa as ações e os serviços públicos de saúde” (Paulo e Alexandrino, 2015, p. 1030). Portanto, depende de diversos outros ramos para ser mantido, valendo pontuar que vigora em âmbito nacional, atendendo a população nacional, organizando-se com base na repartição de competências, ou seja, os entes federados receberam atribuições de financiamento, que nos termos da lei 8.080/90, se subdivide em grupos.

Inobstante, com fundamento no disposto no artigo 23, inciso II da Constituição Federal, essa efetivação do direito à saúde é competência comum dos Entes Federados, assim sendo esta norma prevalece sobre o disposto no dispositivo legal que regula o SUS, portanto não pode um dos entes negar-se a prestar assistência sob o argumento de que não comporta sua alçada, consabido que na prática tal conduta é extremamente corriqueira, porém os Órgãos integrantes do Poder Judiciário têm-se manifestado de forma ativa no combate de tal desídia.

Nesse norte, o contexto é demonstra a importância desse direito para a compreensão de que mesmo que apresente inúmeras falhas, a assistência à saúde, que o Estado Brasileiro por meio de seus entes federativos, bem como por meio dos órgãos que se incumbem desse dever, se comparada com outros países que se dizem desenvolvidos é um sistema que merece aplausos, contudo tal fato não exclui a ideia de que há muito o que melhorar e, que por diversas vezes milhares e milhares de pessoas não conseguem o atendimento de que necessitam por irresponsabilidade dos gestores estatais.

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

De acordo com Pivetta e Barcelar Filho (2022), o §1º do artigo 5º da Carta Política de 1988, decorre da necessidade de conferir aos direitos sociais força jurídica, pois assegurada a aplicabilidade imediata desses direitos, porquanto quando um Estado deixa de prever de forma expressa a eficácias dessas normas, tende a exigir a construção de outros modelos teóricos que possibilitam que os direitos sociais tenham certo grau de vinculatividade. Do estudo do tema depreende-se que, em matéria de direito público, os entes federados, a quem na forma da lei é incumbido o dever prestacional da saúde, tentam em juízo justificar com base em previsões constitucionais a ineficiência deste serviço público.

Os autores Sarlet e Figueiredo (2007, p. 201), demonstram em seu escrito a interdependência existente entre a efetivação do direito à saúde e a observância da reserva do possível e do mínimo existencial, posto que se interligam na aplicação concreta do direito, vejamos:

(...) é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso.

A competência da concretização é da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal zelar pela saúde e assistir os necessitada, sendo responsabilidade solidária, uma não exclui a outra, entretanto na prática o que se vê, é a constante tentativa dos entes públicos de esquivar de seus deveres constitucionais, tal fato é comum porque efetivar direitos vai muito além de prevê-los no corpo da constituição, então, um joga para o outro o dever que lhe compete.

Desse modo, surgem as figuras da Reserva do Possível e, em contrapartida, apresenta-se também o Mínimo Existencial, princípios importantíssimos, mas que devem ser ponderados na análise do caso concreto, porquanto não devem servir, principalmente o primeiro, como mecanismo de fuga, utilizado pelo Estado, para deixar de cumprir seus deveres constitucionais, posto que como já reputado anteriormente, a mera previsão legal não tem o condão de concretizar direitos.

## 2.1 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão reserva do possível surgiu pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 18 de julho de 1972, na discussão do caso *Numerus Clausus* que visava que as vagas de uma universidade pública não tivesse número de vagas, pois por meio do Judiciário um estudante visava ingressar na instituição de ensino superior público, fundamentando seu pedido no disposto numa Lei Federal da época que dispunha que era livre a escolha do trabalho, ofício ou profissão, então o autor da demanda defendia que seu direito deveria ser concretizado, ainda que não houvesse vaga na instituição de ensino, pois se a escolha do trabalho era livre a escolha da instituição também seria, assim sendo se o quantitativo de vagas disponibilizadas não conseguia atender a demanda social mais vagas deveriam ser criadas, todavia em contrapartida surgia o tema da previsão orçamentária e financeira do ente responsável, visto que a criação de vagas consequentemente demanda o investimento financeiro, no caso em apreço restou decidido pela Corte que somente era exigível do Estado aquilo que estivesse amparado pelo princípio da razoabilidade, haja vista a existência da reserva do possível.

Assim sendo, embora o direito à educação e à livre escolha da profissão tivesse previsão constitucional e amparava os pedidos dos candidatos, o Estado tinha a seu

favor a alegação de que não poderia cumprir com tal dever em virtude da reserva do possível, uma vez que dentre tantos direitos previstos ele tem que ponderar para quais serão destinados os recursos financeiros, avaliando quais devem receber prioritariamente o incentivo financeiro para sua concretização.

Segundo entende o doutrinador Marcelo Novelino (2015, p. 521), a reserva do possível é “uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional.”, logo a controvérsia se instala quando a reserva é utilizada como impedimento ao exercício de direitos do indivíduo, o qual de acordo com previsão constitucional goza de direitos e garantias fundamentais e, no tocante ao direito à saúde pode requerer do Estado essa assistência prestacional sem limitações, pois estas não estão previstas na CF/1988.

Nesse compasso, no contexto da judicialização torna-se notório que a reserva do possível é a justificativa mais utilizada pelo poder público para fundamentar o descumprimento de seu dever, pois ampara a não prestação na ausência de recursos financeiros, posto que o ente de plano em sua peça de defesa alega que não pode cumprir a determinação constitucional, pois o direito entra em choque com a inexistência de recurso ou ausência de previsão orçamentária.

Em relação aos administrados, ou seja, aos que necessitam de tal amparo surge um grande questionamento, pois se o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público na consecução de seus fins, passa por situação de ausência de recursos, não conseguindo custear o tratamento que o paciente necessita, num país como o Brasil marcado pela desigualdade social, onde a maioria dos recursos estão nas mãos dos poucos e, a minoria tem que ser repartida aos muitos, tem dificuldades de custear o tratamento ao indivíduo, a quem este deveria recorrer? A gravidade de tal cenário é indiscutível, posto que na maior parte das vezes a população só procura o Sistema Único de Saúde porque não tem condição alguma de custear o tratamento na rede privada.

Na jurisprudência, a questão relacionada a insuficiência de recursos para a concretização do direito a saúde não é novidade, em 2010, o Ministro Gilmar Mendes já identificava a abrangência desse tema, vejamos:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da

área da saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. (SL 47- AgR/PE, relator Ministro Gilmar Mendes, STF, p. 11 e 12)

Fato é que a efetivação de direitos e a destinação de recursos públicos são interdependentes, posto que na prática a materialização do direito à saúde resta dependente da destinação de recursos para a construção de hospitais, clínicas, postos de saúde, sendo também imprescindível o dispêndio de recursos para a compra de equipamentos, materiais, contratação de profissionais para atender a coletividade, não bastando, assim, a mera previsão constitucional, sendo seria se na prática tais direitos se concretizassem automaticamente após a promulgação da Carta Magna, todavia isso não acontece, sendo necessário destinar recursos financeiros para financiar o sistema de saúde em todas as suas esferas.

Logo, “é de se destacar que os denominados direitos sociais prestacionais particularmente evocam, como a própria denominação indica, a realização de prestações materiais por parte do Estado e da sociedade” (Da Silva, 2010, p. 188), por conseguinte não restam dúvidas quanto a dependência que a concretização do direito a saúde está submetida e, que provavelmente não mudará, observa-se que as demandas judiciais em relação à saúde apenas crescem. Em análise ao cenário judicial sobre a temática aqui discutida, percebe-se que o Estado não consegue suprir as demandas da sociedade e, como resposta a tais pedidos invoca a reserva do possível, porquanto, nesse contexto notório se torna a concepção de oferta e demanda, uma vez que a demanda social é imensa enquanto a oferta estatal não consegue acompanhar, então, o direito que era para ser de todos se torna apenas de alguns, posto que enquanto uns conseguem a concretização de seus direitos outros aguardam e, até mesmo torna-se ineficaz o atendimento posterior em razão das consequências imputadas pela espera por tempo indeterminado.

Dessarte, a reserva do possível que deveria apenas balizar a relação entre o Estado e seus subordinados se torna um mecanismo de esquiva, ainda que não tenha sido criada para tal finalidade, ao ente não lhe é oportuno valer-se deste argumento para furtar-se de seus deveres constitucionais, este tem sido o entendimento majoritário nos Tribunais Nacionais, cumpre mencionar a fala do Ministro do Superior

Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, em voto proferido no julgamento do REsp nº 1.068.731 - RS, que concluiu:

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, p. ex.. 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.

Portanto, é comum que o administrador público tente utilizar caminhos para se eximir de seu dever e, no caso em tela, o mais corriqueiro é a ausência de recurso financeiros, assim sendo, tenta justificar sua inércia com esse argumento, todavia, com base no acervo jurisprudencial brasileiro extrai-se que tal argumento não tem sido bem recebido nas varas, Tribunais Regionais, Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, ao passo que a maioria dos julgamentos não acolhe o argumento utilizado pelo ente público.

## 2.2 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

É de se ressaltar que se por um lado o Estado alega a ausência de recursos financeiros, alguma garantia tem que ser dada ao indivíduo que necessita da assistência estatal, porque do contrário em todas as oportunidades se valeria o ente estatal desse argumento a fim de não cumprir com seus deveres, assim, em contrapartida surge a ideia do mínimo existencial, segundo essa doutrina trata-se de um princípio que se choca que forma direta com o princípio da reserva do possível e, por sua relevância social deve ser colocado em posição de superioridade por meio da ponderação.

Assim como o princípio retro citado, o termo mínimo existencial tem origem alemã, tendo surgido pela primeira vez na discussão de um caso no Tribunal Federal Administrativo, em 1953. No Brasil, consoante se extrai do artigo 1º da Constituição Pátria, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do

Brasil, deste modo cumpre evidenciar que o mínimo existencial demonstra íntima relação com esse direito basilar, posto que é orientador do Estado Democrático de Direito. Sabendo-se que a concretização de direitos depende de políticas públicas efetivas e, considerando-se que escassos os recursos financeiros, depreende-se que a atuação estatal depende da constante ponderação entre a destinação e utilização de recursos, daí torna-se massificante as alegações de impossibilidade, invocadas pelos entes estatais, valendo-se desse argumento.

Nesse delinear, a relevância da matéria é evidenciada quando se observa que do outro lado da história figura um alguém que necessita do amparo, da assistência do ente público, então, entram em conflito dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito, quais sejam a Reserva do Possível, que envolve questões atinentes aos limites impostos aos administradores públicos na efetivação de políticas públicas, bem como os direitos fundamentais dos administrados que possuem o direito de exigir a prestação garantida pelo legislador constituinte no texto constitucional.

Para Luciano Chaves de Farias (2015, p. 51), em casos em que se envolve a saúde pública, a mera disposição legal acerca de direitos não cumpre com a função social do Estado:

Não basta que o Estado incorpore, em âmbito constitucional, um extenso rol de direitos sociais em prol do cidadão. É dever estatal planejar suas ações e realizar esses direitos no plano concreto, cumprindo os mandamentos constitucionais, mormente os relacionados à dignidade da pessoa humana, o que está indissociável da garantia de um mínimo existencial (...).

Na confluência do exposto, o mínimo existencial se demonstra como uma contrapartida a reserva do possível, ao passo que o ente federado sustenta que não pode cumprir com seu dever em virtude da reserva, tem-se que o indivíduo que necessita tem direito a receber o mínimo, então, surge outro grande questionamento a respeito do que seria o mínimo existencial, não restam dúvidas que intimamente interligado com a dignidade da pessoa humana. Quando se adentra ao tema da saúde, torna-se mais difícil comprovar o que seria o mínimo, posto que aquilo que as vezes em questão patrimonial é exorbitante é o mínimo que deve ser feito para garantir a vida da pessoa, a exemplo temos os medicamentos de alto custo, quando verificado o dispêndio do Estado para ofertar o tratamento a apenas um indivíduo pode até parecer que tal conduta vai de encontro ao princípio da reserva, todavia a saúde se afigura como direito essencial ligado a vida e, tal fator não pode ser esquecido.

As políticas públicas dependem constantemente “gastos financeiros e, como não há recursos ilimitados, muito pelo contrário, será preciso priorizar e escolher onde e como o dinheiro disponível será investido” (Farias, 2015, p. 20), todavia não se deve esquecer que o direito à saúde, ainda que de necessite que recursos financeiros sejam destinados, não se classificá-lo como uma norma sem efetividade e eficácia, pois todas as normas constitucionais possuem, nesse sentido prescreve Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 176), vejamos:

O que se quer demonstrar nessa direção, por mais que dúvidas sejam suscitadas sobre a sua efetividade e eficácia, é que os direitos sociais exigem uma conduta ativa estatal e que foram dotados na condição de Direitos Fundamentais de eficácia imediata ao teor do disposto no art. 5º, §1º, da Carta Política de 1988, fundamentalidade essa a ser considerada ainda que se argumente que sua implementação dependa de condições objetivas, tanto por parte do Estado em ação positiva com recursos disponíveis, quanto por parte da sociedade, com um nível econômico elevado capaz de realizações no plano material.

O Ministro Celso de Melo relator do ARE nº 639.337, ao versar sobre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, ponderou sobre a existência de “Escolhas Trágicas”, reconhecendo a escassez dos recursos públicos, bem como a intangibilidade do mínimo existencial, *verbis*:

(...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, **faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República**, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela **insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária**, a proceder a **verdadeiras “escolhas trágicas”**, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito

à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).(ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23-08-2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (negritamos)

Grande parte dos magistrados adotam teses de cunho concretista, vez que é o viés adotado pelos Tribunais Superiores, fundado tais decisões, principalmente na observância do mínimo existencial, porquanto não há como se garantir uma vida minimamente digna se não há saúde, é consabido que enfermidades, por inúmeras vezes resultam no óbito, por isso os médicos prescrevem os tratamentos que consideram mais adequados ao caso que recebem ponderando as peculiaridades, mas na prática o que se nota é que o Poder Executivo quer que os médicos apenas prescrevam os medicamentos e terapias que constem no Rol de procedimentos disponibilizado pelo SUS e quando a população busca o tratamento prescrito recebe uma grande negativa, contudo tal direito, ao menos, dentro de um Poder específico recebe o tratamento prescrito pela Constituição que eleva esse direito à égide de direito fundamental social, vejamos:

(...) 3. O direito à saúde é garantia fundamental assegurada a todos os cidadãos, indissociável do direito à vida, e dever do poder público (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), **sob pena de ofensa aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não podendo haver óbices, de qualquer natureza, no sentido de emperrar o cumprimento desse mister, sobretudo porque os direitos em questão (vida e saúde) sobrepõem-se a quaisquer outros.** 4. Comprovado nos autos a prescrição médica e a necessidade urgente do suplemento alimentar (Neocate) ao tratamento da menor agravada, impõe-se a confirmação da decisão vergastada, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. 5. Não se revela abusividade no ato judicial que estipula prazo, ainda que reduzido, para cumprimento de decisão afeta à saúde e qualidade de vida, já que é dever da administração promover os meios necessários para a **garantia do mínimo existencial**, além de ser possível a dispensa de licitação para a compra de medicamentos para cumprimento emergencial de ordem judicial, cujo descumprimento possa resultar grave dano à vida e à saúde do jurisdicionado, por ato justificado do gestor público, desde que cumpridos os requisitos previstos na legislação de regência. 6. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Agravos -> Agravo de Instrumento 5106715-46.2024.8.09.0023, Rel. Des(a). DESEMBARGADOR GERSON SANTANA CINTRA, 3ª Câmara Cível, julgado em 01/04/2024, DJe de 01/04/2024) (negritamos)

Portanto, fica evidente que a mera previsão constitucional já torna exigível o direito, ainda que a concretização deste dependa do incentivo financeiro estatal, quando há a negativa por parte do Estado pode o indivíduo por meio da tutela jurisdicional pleitear perante o Estado-Juiz a concretização de seu direito e, esse tem

sido o entendimento dos julgadores na análise das demandas que versem sobre direito à saúde.

### **3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS**

A presente seção dedica-se ao estudo dos temas repetitivos referentes ao direito à saúde que chegaram as cortes supremas, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, fato é inconteste é que as demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde não param, diariamente um número significativo de processos são protocolados, seja visando o recebimento de medicamentos, realização de cirurgias, consultas especializadas, exames, entre outras.

No contexto da judicialização da saúde, cenário com corriqueiras demandas relacionadas à concretização do direito à saúde, surge um termo comumente utilizado por doutrinadores, o chamado ativismo judicial, que se refere a atuação intensa do Poder Judiciário na efetivação de direitos que deveriam ser concretizados pelo Poder Executivo, posto que a este é incumbido o dever de coordenar e criar políticas públicas a fim de concretizar direitos. Muitos entes federados em suas peças processuais de defesa indicam que essa rotina gera “furo de fila”, ou seja, pacientes que deveriam aguardar sua vez buscam a tutela jurisdicional para ver concretizado direito que pode por muitas vezes, garantir-lhes a vida, o Estado, O Município e a União, sustentam que o paciente deve esperar ainda que não saiba quais as consequências que essa espera vai lhes imputar.

De outra via, o paciente que se encontra acometido por uma enfermidade tomando conhecimento que a espera pode gerar prejuízos significativos, não pode esperar pela boa vontade dos entes públicos, que por diversas vezes pautam suas negativas ou inercias nas limitações financeiras, invocando a reservado do possível ou, até mesmo se esquivando de seu dever repassando a obrigação para outro ente.

Outra questão comumente debatida é a respeito da extrapolação dos limites de competência do Poder Judiciário, pois cediço que o Brasil é regido pelo sistema da separação dos poderes, criado por Montesquieu em , segundo o qual cada poder é dotado de funções típicas e atípicas, sendo que predominantemente o Poder Judiciário julga, o Poder Legislativo cria leis e fiscaliza, enquanto o Poder Executivo é incumbido do dever de administrar, mas no campo da judicialização da saúde notório

é que o Estado-Juiz por inúmeras vezes ao ser provocado atua concretizando políticas públicas que estariam sob a alçada do Poder Executivo, essa atuação positiva é denominada pela doutrina de ativismo judicial.

Sobre a temática Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 224) disserta que:

(...) uma transformação veio ocorrer no final do século XX, mesmo antes da Constituição em vigor. É o desenvolvimento de um controle "positivo". Este, conquanto apoiado na lei, não visa a mera adequação formal dos atos governamentais, mas os condiciona no conteúdo e, mais, chega a impor a sua adoção e efetivação. Esten-de-se, portanto, à área política antes reservada aos demais Poderes, aqui incluído o Legislativo.

Posto isso, cumpre mencionar que o Judiciário não atua e, nem pode, sem que haja provocação daquele que é titular de direito, no cenário do direito à saúde a ação mais utilizada para concretizar tal direito é o mandado de segurança que de acordo com o artigo 5º, inciso LXIX da Carta Magna tem como objetivo "proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (Brasil, 1988), assim sendo o Mandado de Segurança é o remédio constitucional, utilizado por muitos para exigir o cumprimento de uma obrigação baseada num direito líquido e certo, tendo consciência de que o direito à saúde é concedido a todos por meio do texto constitucional, aquele acometido por uma doença e que tenha do Estado um ato comissivo ou omissivo que viole tal direito, tem o direito de busca sua concretização por intermédio do Poder Judiciário, que vem atuando de forma ativa nessa área.

Ainda, dentro dessa temática outro debate corriqueiro é sobre a obrigação de fornecer medicamentos não inclusos na lista do Sistema Único de Saúde, posto que não estariam amparados pelo sistema universal todos os meios de prestação assistencial à saúde, no Brasil, temos a chamada lista do SUS ou RENAME e, também o Protocolo de Diretrizes de (PDCT), enquanto o primeiro lista os medicamentos incorporados ao SUS e que devem ser, ao menos em tese, disponibilizados pelo SUS, o segundo descreve os casos em que estas medicações serão ofertadas aos necessitados.

Nesse linear, dois grandes obstáculos surgem, um se refere ao médico que não pode ficar limitado a prescrever apenas o que está contido na Lista do SUS, uma vez que exercendo seu dever deve na análise do caso concreto, receitar o medicamento que trará melhores respostas para o paciente, de outra via, surge outra problemática,

por inúmeras vezes o ente federado até tem o medicamento de que o paciente necessita, todavia este não encontra amparo na via administrativa, posto que os entes se limitam a negar o fornecimento, não restando àquele que necessita outra alternativa senão a busca de seus direitos pela via judicial.

### 3.1 ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

O direito à saúde encontra amparo nos artigos 6º, 23, inciso II e nos artigos da Seção II, do Capítulo II, do Título VIII da Constituição Federal intitulado “Da Ordem Social”, ainda assim surgem lacunas quanto a aplicação de tal direito, posto que tem intrínseca relação com os investimentos estatais na área. Dentre os argumentos mais corriqueiros estão o da repartição de competências e da possibilidade de não fornecimento de certos medicamentos, em decorrência disso, chegam aos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ações que possuem polos passivos e ativos distintos, mas que convergem em relação ao objeto, então, visando trazer uniformidade a esse assunto que é tão presente no cotidiano dos brasileiros, surgem os temas repetitivos que são originados em virtude da grande quantidade de recursos interpostos perante essas cortes e que discutem o mesmo tema.

Em relação a essa atuação ativa, fato é que existem sim limites, mas a concretização dos direitos não imputa violação à ordem constitucional brasileira, pelo contrário, torna evidente que a fim de proteger o Estado Democrático de Direito, a previsão constitucional deve ser efetivada, para que a Carta Magna, produza efeitos reais, sobre o tema decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...)1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)” .[RE 684.612, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. do ac. min. Roberto Barroso, j. 3-7-2023, P, DJE de 3-8-2023, Tema 698, com mérito julgado.]

Do acervo de recursos interpostos um é escolhido como paradigma e o tema recebe a condição de repercussão geral, o que significa dizer que atingirá todas as

demandas que versem sobre o mesmo objeto, repercutindo a decisão e, aplicando-se aos casos concretos. No STF são originados em virtude da grande quantidade de Recursos Extraordinários interpostos e que versam sobre o tema e, no STJ são provenientes do Recursos Especiais interpostos ante a corte e que em virtude da relevância e recorrência da matéria discutida são escolhidos, no tópico seguinte serão abordados casos concretos que originaram temas relevantes no cenário do direito à saúde.

### 3.2 TEMAS REPETITIVOS

Sendo o direito à saúde de extrema relevância no corpo social, além das previsões legais, constata-se que na prática, por inúmeras vezes, o Poder Judiciário tem que ser acionado para fazer cumprir o disposto em lei. Na prática, grande parte dos casos dependem de uma atuação do Estado-Juiz a fim de obrigar os entes federados a cumprir seu dever constitucional, tal atuação por muitos conceituada como ativismo judicial, nada mais é que a tentativa de concretizar um direito essencial dos indivíduos.

Dessarte, tendo em vista a quantidade de ações sobre a temática, verifica-se que a maioria dos casos são norteados por entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ressalta-se que são discutidas desde as matérias mais simples às mais complexas. Assim sendo, a concretização do direito à saúde decorre de uma extensa construção jurisprudencial, mas em análise aos casos concretos torna-se notório que o Estado-Juiz encara a obrigação de prestação a saúde considerando sua relevância no tocante a vida do indivíduo, bem como a natureza do dever imputado aos Entes Federados pelo legislador constituinte.

De acordo com o artigo 1.036 do Código de Processo Civil:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do artigo supracitado ressaltamos evidente que há uma espécie de filtro previsto na legislação a fim de minorar a quantidade de recursos extraordinários e especiais apreciados pelo STF e STJ, respectivamente, isso ocorre “Em razão da

exagerada quantidade de recursos endereçados aos tribunais superiores, entendeu por bem o legislador prever a possibilidade de julgamento por amostragem quando os diversos recursos excepcionais versarem sobre a mesma matéria.” (Neves, 2022, p.1924), não incomum nas demandas judiciais envolvendo a saúde, calha destacar que a maior parte dos julgamentos no primeiro grau seguem entendimentos consolidados no julgamento de casos paradigmas.

No cenário jurisprudencial pátrio os recursos especiais e os extraordinários têm como finalidade “uniformizar a interpretação do direito, conferindo coerência e previsibilidade ao ordenamento jurídico. O STJ detém a responsabilidade de interpretar a legislação federal, o STF a de interpretar a Constituição.” (Jayme, 2024, p. 402). Por ser matéria de relevância social, acontece que inúmeras demandas são propostas diariamente, não somente tendo no polo passivo os entes federados, cumpre mencionar que também há no cenário da judicialização da saúde questões em que figuram os planos de saúde no polo passivo.

De outra linha, uma das questões mais difundidas no campo da judicialização da saúde refere-se a repartição de competências entre os entes federados, visto que divergem os entes quanto ao dever de prestar à saúde, destaca-se que a tese firmada no Tema 793 do STF originado pelo julgamento do RE nº 855.178, e que tinha como objetivo a discussão sobre a solidariedade existente entre os entes federados em relação promoção do direito à saúde, antes do Pretório Excelso firmar a seguinte tese:

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

Ainda, restavam dúvidas contra quem demanda a fim de ver a obrigação cumprida, dado ao fato que se a pessoa promovesse a demanda ou impetrasse o mandado de segurança arrolando um município no polo passivo, por diversas vezes este, na tentativa de furtar-se de seu dever suscitava ilegitimidade passiva *ad causam* imputando a obrigação ao ente estadual ou à União, ou até mesmo a ambos, isso acontecia com frequência com todos os entes, a questão é tão corriqueira que há outro tema do STF que versa matéria semelhante e, que se encontra pendente de julgamento, qual seja o Tema 1.234 que discute a legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de

medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS, originado pela afetação com repercussão geral do *leading case* RE nº 1.366.243, atualmente, enquanto não julgado o mérito aplica-se o que restou firmado na decisão monocrática exarada pelo ministro Gilmar Mendes, ainda, há o Incidente de Assunção de Competência nº 14, suscitado no STJ que versa sobre deslocamento de competência.

Destaca-se que o Tema nº 6 do STF versava sobre o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portadores de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo e o Tema nº 1161 do STF indica que o Estado deve fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, notório é que o direito à saúde envolve diversas peculiaridades e, que os temas repetitivos regem a aplicação do direito no âmbito do primeiro e seguro grau, sendo que as matérias que resultam em divergência chegam até os tribunais superiores para uniformização.

Os medicamentos padronizados são aqueles que estão contidos em lista oficial do Sistema Único de Saúde, portanto, dada a existência de uma lista os entes também tendem negar o fornecimento das terapias não elencados na lista oficial. Nesse contexto, é notório que existem medicamentos e procedimentos que são da alçada de um ente específico, a exemplo temos os medicamentos oncológicos, a judicialização visando o fornecimento destes é feita perante a Justiça Federal, tendo em vista o custo da medicação, dentre outros fatores, mas na prática o que se tem é os estados e os municípios tentando imputar à Justiça Federal a competência para o julgamento de ações que devem tramitar na Justiça Estadual.

Nas demandas que envolvem direito à saúde, na grande maioria dos casos, a procura pela concretização na via Judicial não é uma opção pois aquele que precisa não tem outra escolha tendo em vista que é uma pessoa acometida por uma enfermidade que pode ocasionar sua morte, não se trata de escolha, mas sim de necessidade. Não se pode esquecer que essa prestação deve ser célere e eficaz, pois se demora muito pode se tornar ineficaz.

Embora, a atuação do STJ seja menor que a do STF e, isso ocorre porque a maior parte das matérias questionadas envolvem matéria constitucional, ainda assim o estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, guarda extrema relevância com a temática, principalmente quando os questionamentos envolvem a lei 8.080/90

(Lei do Sistema Único de Saúde), bem como a legislação infraconstitucional que versa sobre a saúde, mas a principal atual desta corte consiste na discussão em relação ao fornecimento de medicamentos, que constem ou não na lista do SUS.

Nesta via, um dos temas de maior relevância para o estudo e concretização do direito à saúde foi firmado no Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, que visava discutir a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, o qual foi originado pelo julgamento do REsp 1.657.157/RJ, o qual resultou num avanço histórico, porquanto há uma jurisprudência, com repercussão geral, que garante aos indivíduos o acesso a medicamentos não elencados em lista do SUS, embora ainda tenha sido firmados requisitos para a concessão, é uma grande vitória, na ocasião foi firmada a seguinte tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Vale dar enfoque ao conteúdo do Tema nº 84 do Superior Tribunal de Justiça, originado pelo REsp nº 1069810/RS que versa sobre o bloqueio de verbas públicas ou sequestro de valores, para dar cumprimento a obrigação de fornecer medicamentos aos mais necessitados, firmando tese de que:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

Na confluência do exposto, sobre a temática o Tema nº 98, REsp nº 1474665/RS, que possibilita a cominação de multa diária ao ente público, a fim de evitar o descumprimento das decisões que versem sobre a disponibilização de medicamentos essenciais, nos seguintes termos “Possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros” (Brasil, 2017).

Nesse contexto, analisando-se os efeitos que as decisões das Cortes Superiores, provocam nos tribunais de instâncias inferiores, podem confirmar os entendimentos que já vinham sendo adotados pelos órgãos ou modificá-los,

provocando adequação jurisprudencial, cumpre mencionar o teor da súmula nº 35 do Tribunal de Justiça de Goiás, que tem a seguinte redação “É dever da União, do Estado e dos Municípios, solidariamente, o fornecimento ao cidadão, sem ônus para este, de medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial do SUS.” (Goiás, 2016), demonstrando o resultado das que as decisões desses Tribunais buscam nortear o posicionamento dos órgãos que estão abaixo, assim sendo torna-se notório que a súmula citada representa a união dos entendimentos das Cortes a respeito do direito à saúde, tais como a competência para efetivação do direito, a taxatividade da lista do SUS, bem como a necessidade de disponibilização dos medicamentos prescritos pelos médicos, ainda que estes não sejam de dispensação obrigatória no Sistema Único de Saúde.

Isso posto, a judicialização da saúde, ainda que demande grande movimentação do Poder Judiciário deve ser enfrentada como mecanismo de proteção a direitos essenciais do indivíduo, tendo em vista que os pacientes por diversas vezes só conseguem atendimento porque são alcançados pela tutela jurisdicional, vale ressaltar que a atuação do Judiciário não exclui e nem desobriga o Poder Executivo, visto que a efetivação de políticas públicas está dentro das suas funções típicas, portanto deve empenhar esforços para minorar a quantidade de demandas judiciais, ofertando uma prestação assistencial efetiva, a fim de tão somente concretizar o direito constitucional previsto.

Por fim, ainda que a judicialização da saúde seja uma realidade do seio social, não se pode olvidar que a previsão constitucional do direito à saúde em 1988 foi um marco histórico à evolução dos direitos fundamentais, sendo que somente a partir dessa previsão que o Sistema Único de Saúde foi instituído, embora não seja perfeito, estando longe disso, configura avanço na história brasileira, portanto o legislador constituinte a fim de garantir direitos estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXV, instituiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição reconhecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

## **CONCLUSÃO**

O direito à saúde na Constituição de 1988, ganhou previsão no artigo 6º, caput, bem como nos artigos 196 a 199, contudo, embora seja considerado um direito

fundamental social, na prática surgem impasses no tocante a sua concretização, porquanto enquanto incluído no rol dos direitos fundamentais é passível de aplicação o conteúdo do §1º do artigo 5º da Carta Magna que dispõe que tais direitos são de aplicabilidade imediata, podendo ser exigido desde a publicação da constituição por aquele que acometido por enfermidade torna-se detentor do direito de exigir o cumprimento da obrigação que o Poder Público por meio do legislador constituinte reivindicou para si, ao prever que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, não basta a mera previsão constitucional de um direito, a efetivação do direito também deve ser possível e, é a partir desse cenário que surge a problemática, verifica-se que atualmente no Brasil, a concretização do direito à saúde abarca as três funções do Estado, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todavia, depois da ação do Poder Legislativo de prever tal direito na Constituição Federal e criar a lei nº 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, estaria o Poder Executivo incumbido de concretizá-lo por meio de políticas públicas, o direito a saúde que também tem previsão no título da Ordem Social não se concretiza pela mera previsão legal, torna-se necessário o investimento orçamentário que é escasso.

Desse modo, extrai-se do texto constitucional que não há a previsão de que a assistência à saúde será ofertada com base nos limites orçamentários e, em razão disso, ainda que o Estado alegue por meio do princípio da reserva do possível a impossibilidade de cumprir os preceitos constitucionais, o indivíduo acometido de uma enfermidade vale-se da previsão constitucional de que nenhuma ameaça ou lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário, iniciando o que se denomina de judicialização da saúde, matéria comumente debatida em todas as instâncias do Poder Judiciário, regida pelos preceitos constitucionais, pelo que dispõe a legislação infraconstitucional, mas também pelas decisões das Cortes Superiores, que é o tema de estudo desse trabalho.

Embora, a atuação do Superior Tribunal de Justiça seja menos abrangente que a do Supremo Tribunal Federal, dada a relevância da discussão na esfera constitucional, destaca-se a importância da atuação do STJ ao passo que, na rotina do Judiciário, os órgãos de instâncias inferiores utilizam comumente os posicionamentos adotados pelo STJ em consonância ao entendimento firmado pelo STF, visto que um não exclui o outro, mas buscam efetivar esse direito que guarda tanta relevância.

Nesse delinear, o objetivo central da pesquisa é entender como essa atuação, como o ativismo judicial, interfere na vida dos indivíduos, mas também como o Poder Público em especial, o Poder Executivo tem lidado com essa interferência e, ainda, verificar quais os limites impostos a concretização desse direito. Verifica-se que a concretização do direito à saúde por intermédio do Estado-Juiz, não imputa ofensa aos preceitos constitucionais, mas revela a ponderação que deve ser feita na tentativa de garantir à sociedade o mínimo existencial, ao passo que o Poder Público não pode valer-se do princípio da reserva do possível para furtar-se de seu dever constitucional.

Destaca-se que atuação do Estado-Juiz, não exclui as obrigações do Poder Executivo quanto a criação e execução de políticas públicas, muito pelo contrário, apenas deixam explícito que o incentivo financeiro na área da saúde tem que ser majorado, posto que a oferta que deveria ser integral e universal, não tem chegado a maior parte da população, assim sendo, ainda que o Brasil seja um país que adota como princípio a separação dos poderes, a atuação do Judiciário em questões como essas, não implica violação a tal princípio, mas tão somente visa concretizar direito tão importante para a população.

Em concordância com o princípio da separação dos poderes adota-se o sistema de freios e contrapesos, que tem o condão de frear mesmo a atuação de um poder quando este extrapola os limites, no caso em tela, o Poder Judiciário tenta frear a situação de desídia estatal quanto às matérias relativas à saúde, pois o Poder Público constantemente, nega o fornecimento da assistência e dentre os argumentos utilizados estão o da obediência à reserva do possível e, a repartição de competências elencada na lei do SUS, mas do artigo 23, inciso II da Constituição Federal, que foi alvo de Recurso Extraordinário que originou o Tema nº 793 do STF, restou evidente que a prestação de assistência à saúde é competência comum dos Estados, Distrito Federal, Municípios e União, restando claro que possuem uma espécie de obrigação solidária, então pode ser exigido o cumprimento de qualquer dos entes federados.

Ainda que o cenário da constante judicialização da saúde, não seja o ideal, fato é que a atuação do Poder Judiciário para a sociedade é uma válvula de escape, posto que o indivíduo enquanto administrado, encontra-se em situação de hipossuficiência, vulnerabilidade e, o Estado-Juiz por meio de sua atuação supre essa ausência de voz ao decidir não a favor do indivíduo, mas em consonância com a previsão constitucional, não se pode olvidar, que a atuação do Judiciário não é um exercício da

jurisdição descumprindo direitos fundamentais constitucionais, tampouco fundamentos da República Federativa do Brasil, mas trata-se da concretização e efetivação de um direito concedido a todos indistintamente e que deve ser tutelado pelo Estado em todas suas esferas.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMORIM, D. A. N. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 7ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

ALMEIDA, Eurivaldo S. et ai. **Políticas públicas e Organização do Sistema de Saúde**: antecedentes, reforma sanitária e o SUS. p. 33. *Apud in* WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). *Gestão de serviços de saúde*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 13-50. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/81181/84812/112531>>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 88.

BRASIL. **Lei nº 8.080** de 19 de setembro de 1990. Brasília, v. 128, n. 182, 20 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória que ataca apenas um dos fundamentos do julgado rescindendo, permanecendo subsistentes ou outros aspectos não impugnados pelo autor. Ocorrência, ademais, de imprecisão na identificação e localização do imóvel objeto da demanda. Coisa julgada. Inexistência. Ação de consignação em pagamento não decidiu sobre domínio e não poderia fazê-lo, pois não é de sua índole conferir a propriedade a alguém. Alegação de violação da lei e de coisa julgada repelida. Ação rescisória julgada improcedente. Acórdão em ação rescisória n. 75-RJ. Manoel da Silva Abreu e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ, 20 nov. 1989. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, v.2, n. 5, jan. 1990. p.7-14. Disponível em: <[DANIELLI, Ronei. \*\*A Judicialização Da Saúde No Brasil\*\*. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1479>. Acesso em: 5 abr. 2024.](https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=12839194&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false#:~:text=A%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel%20n%C3%A3o%20configura%20carta%20de%20alforria%20para,apoio%20m%C3%A9dico%2Dhospitar%2C%20p.></a></p></div><div data-bbox=)

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo Existencial**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1346>. Acesso em: 15 mar. 2024.

GOIÁS, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Súmula nº 35. MS n.º 50578-82.2016.8.09.0000; MS n.º 7172-11.2016.8.09.0000; MS n.º 21848-61.2016.8.09.0000; MS n.º 422648-58.2015.8.09.0000. Sessão da Corte Especial de 19/09/2016. Desembargador Presidente Leobino Valente Chaves. Disponível em: <<https://tjdocs.tjgo.jus.br/documentos/435169>>, acesso em 28/04/2024.

HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux, Sobre este debate, v., por todos**. Paris: PUF, 2009. p. 39 e ss.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Manual De Direito Processual Civil**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L5561>. Acesso em: 22 mar. 2024.

LASSALE, F. **A essência da Constituição**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://morumbidireito.files.wordpress.com/2015/03/direito-constitucional-esquematizado-16c2ba-ed-pedro-lenza.pdf>>. Acesso em 18/09/2023

MORAES, A. **Direito constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., p. 882. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

OLIVEIRA, Flávia Silva de. **Controle social no sistema único de saúde SUS: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde**. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/4402/3318>> Acesso em: 23/11/2023

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PIVETTA, S. L., BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Fundamental à Saúde**. Ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2022. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100074900/v2/page/1>>. Acesso em: 25/11/2023.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. **Estado Social E Federalismo**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L5592>. Acesso em: 2 abr. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Disponível em: <[https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo\\_W.\\_Sarlet\\_Dignidade\\_da\\_Pessoa\\_Humana\\_e\\_Direitos\\_Fundamentais.pdf](https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 21/11/2023

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: Algumas aproximações. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. DOI: 10.30899/dfj.v1i1.590. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 22 mar. 2024.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental À Saúde**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1161>. Acesso em: 5 abr. 2024.