

EMBATE ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Renata Bander¹

Gilberto Kali²

RESUMO: O trabalho analisa como os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial vêm sendo utilizados no âmbito do direito à saúde e destaca importantes entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca de sua judicialização. O trabalho possui como tema o estudo dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível e a utilização desses institutos nas ações judiciais movidas por indivíduos que buscam a satisfação de seu direito à saúde. O método empregue na elaboração do trabalho foi o dedutivo e explicativo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, pautando-se em artigos científicos e livros de mesmo objeto e temática. Compreende-se que o Estado deve arcar com a responsabilidade de oferecer ao menos o mínimo necessário para que os cidadãos possam viver com a dignidade instituída pela Constituição Federal, não se utilizando de mecanismos que o escuse de cumprir com suas obrigações constitucionais, mesmo alegando insuficiência orçamentária.

Palavras-Chave: Direito a saúde. Poder Judiciário. Políticas públicas.

ABSTRACT: The work analyzes how the principles of the reserve of the possible and the existential minimum have been used in the scope of the right to health and highlight important understandings of the Supreme Federal Court (STF) about its judicialization. The work has as its theme the study of the principles of the minimum existential and the reserve of the possible and the use of these institutes in lawsuits filed by individuals who seek the satisfaction of their right to health. The method used in the elaboration of the work was deductive and explanatory, through bibliographic research, based on scientific articles and books of the same object and theme. It is understood that the State must bear the responsibility of offering at least the minimum necessary for citizens to live with the dignity established by the Federal Constitution, not using mechanisms in order to exempt them from complying with their constitutional obligations, even claiming budget insufficiency.

Keywords: Right to health. Judicial power. Public policy.

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV). E-mail: renatabander@hotmail.com

²Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito do Estado (Direito Tributário) pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor e Advogado. E-mail: gilberto@kecadvocacia.com.br

INTRODUÇÃO

O trabalho possui como tema o estudo dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível e a utilização desses institutos nas ações judiciais movidas por indivíduos que buscam a satisfação de seu direito à saúde. Compreende-se que o Estado deve disponibilizar o mínimo necessário para que os cidadãos possam viver com a dignidade instituída pela Constituição Federal (CF), mantendo o básico à população que mais necessita, sem se utilizar de mecanismos que o abone de cumprir com suas obrigações, mesmo alegando insuficiência orçamentária para o não cumprimento das demandas estipuladas.

Contudo, o Poder Público vem se utilizando do princípio da reserva do possível para dificultar que a assistência prevista constitucionalmente seja efetivada, alegando que essas implementações podem causar prejuízos ao erário a ponto de lesionar toda a sociedade caso esse assistencialismo não seja bem programado. Assim, muitos argumentos foram elaborados a fim de justificar a escusa da atuação estatal quando um titular de um direito social o pleiteia mediante as vias judiciais, a fim de negar a sua concessão, em desatenção ao preceituado na CF.

Os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, concentra uma área de atuação dispendiosa ao Estado, haja vista o elevado valor de medicamentos, tratamentos, pesquisas e aparelhamento estrutural, considerando também o alto custo de materiais tecnológicos. O Sistema Único de Saúde (SUS) executa uma série de atividades na busca constante da saúde dos indivíduos, no entanto algumas não são contempladas por diversos motivos tais como, ainda se encontrar em fase experimental, recair sobre ela preço exorbitante, pelo tratamento se transcorrer no exterior ou por algum medicamento ainda não possuir registro na Anvisa, entre outros fatores. E ainda, diante da elevada procura por serviços públicos de saúde, o aparato estatal acaba não suportando a grande demanda recebida, razão pela qual deixa de proporcionar o tratamento adequado do qual é estipulado nos protocolos de ações e programas executados por esse sistema.

A pesquisa tem como dilemas: “o Estado pode se opor contra a implementação eficaz dos direitos fundamentais alegando falta de suficiência financeira e orçamentária frente às demandas que lhe são impostas?” e o “caráter humanístico do texto constitucional, deve prevalecer frente à alegação do Estado não possuir recursos públicos para efetivação dos direitos sociais?”. Como objetivo do trabalho, pretende-se analisar como os referidos

princípios vêm sendo utilizados no âmbito do direito à saúde e destacar importantes entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca de sua judicialização.

O método empregado na elaboração do trabalho foi o dedutivo e explicativo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, pautando-se em artigos científicos e livros de mesmo objeto e temática, isto é, os deveres impostos à entidade estatal na consecução de direitos sociais e a impossibilidade de se apresentar justificativas para se eximir da incidência dos efeitos normativos da Constituição Federal.

1 DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais são condições atinentes ao indivíduo que foram assim elencados pelo legislador constituinte pela sua relevância e significado e que não podem ser abstraídos dos sujeitos, além de outras posições e características inerentes aos seres humanos, as quais ainda que não dispostas no texto da CF, podem ser assemelhadas em decorrência de sua acepção e destaque³. Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, portanto, em seu aspecto formal, pois encontram-se previstos na Constituição Federal, sendo caracterizados, normalmente, por recair sobre eles, um procedimento complexo de alteração ou sua modificação não ser possível (trata-se de cláusulas pétreas); ou, ainda, por sua natureza material, ao retratar a ideologia e os valores que a sociedade e o Estado adotam.

Os direitos fundamentais podem ser divididos em algumas dimensões, sendo que a primeira delas concentram os direitos individuais e políticos, tais como os direitos a liberdade e a nacionalidade; enquanto que na segunda geração estão presentes os direitos sociais, econômicos e culturais; e a terceira geração é formada pelos direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente e o direito do consumidor⁴.

Os direitos sociais são aqueles que surgiram em oposição aos ideais neoliberais do XX, se originando dos direitos de primeira geração⁵. Os direitos sociais correspondem a normas de ordem pública, imperativas e invioláveis⁶. Referidos direitos receberam

³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61.

⁴BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 8.

⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

⁶MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 164.

interpretação de preceitos de aplicação imediata, por serem compreendidos dentro do âmbito dos direitos fundamentais.

Os direitos negativos são direitos de defesa do indivíduo e fazem com que o Estado não pratique ações para restringir ou adentrar a área que compete somente ao indivíduo, no exercício de tais direitos, tais como o direito a liberdade, vez que exige um não agir pelo aparato estatal, isto é, comportamentos negativos⁷. Os direitos positivos reclamam que os órgãos governamentais pratiquem ações para fazer com que os sujeitos possam exercê-los em seu cotidiano, de modo que ofereça políticas públicas para garantir-lhes a sua usufruição⁸. Referida esfera de direitos surgiu com o Estado Social de Direito, onde compreendeu-se que a liberdade é insuficiente para que os indivíduos consigam o desenvolvimento pessoal, originando a necessidade de o Poder Público proporcionar uma vida digna a todos os participantes de sua comunidade⁹.

Os direitos sociais são direitos prestacionais por requerem a intervenção material do Estado para assegurar que todos os indivíduos possam aproveitar dos direitos estampados no texto constitucional. Mencionados direitos sociais, por fazer com que o órgão estatal proporcione mecanismos para que o indivíduo o verifique na prática, se tornam mais dispendiosos para os cofres públicos¹⁰. Os direitos sociais objetivam conceder o mínimo para que os indivíduos desfrutem de uma vida digna, nascendo, em decorrência deste aspecto, a fundamentalidade de tais direitos, pois que protegem os bens jurídicos mais valiosos aos indivíduos, verificando, sobremaneira, a sua essencialidade para as pessoas menos favorecidas¹¹.

Contudo, os direitos de abstenção pelo Estado também fazem com que o mesmo adote medidas para impedir que qualquer indivíduo o viole e fazer com que o seu titular possa desfrutá-lo, o que também demanda do Estado investimentos orçamentários. Assim, todos os

⁷JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. In: **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 13, n. 29, abr./jun. 2009, p. 288.

⁸DENICOL, Karina Albuquerque. Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante à sua eficácia. In: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 76, p. 99-110, jan./abr. 2015, p. 102.

⁹D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.17, n.3, fev. 2017, p. 20.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, maio/ago. 2016, p. 128.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, out./dez. 2007, p. 176.

direitos podem ser reivindicados, inclusive aqueles que determinam comportamentos de inércia do Estado, a fim de que este os garanta em caso violação¹².

Os direitos sociais estão elencados nos arts. 6º a 11, da CF, destacando-se a redação do “*caput*” do art. 6º, por apresentar os direitos sociais estatuídos na sociedade brasileira, abrangendo o direito a educação, saúde, alimentação, trabalho, transporte e segurança, por exemplo. O direito a saúde, dessa forma, pode ser assimilado como um direito social e visa a redução das desigualdades sociais existentes no país¹³. Tais direitos não podem ser financiados pelos próprios indivíduos, e assim dependem de ações de terceiros para possuir acesso, seja dos setores público ou privado.

Isto posto, os direitos sociais integram os direitos fundamentais e precisam de medidas do aparato estatal para que todas as pessoas recebam concretamente o uso de tais preceitos constitucionais, a fim de que lhes sejam garantido igualdade material. O Estado se utiliza de políticas públicas para fazer com que as pessoas possam ter acesso a escola, hospitais, recebam transporte público e aproveitem de boa alimentação, para equalizar as classes sociais e não fazer com que somente quem possui acesso à saúde seja aqueles que desfrutem de grande capacidade econômica¹⁴.

1.1 O DIREITO A SAÚDE

A importância do acesso gratuito a serviços de saúde deriva do fato de que livre de enfermidades, o indivíduo pode ser capaz de lutar pelos seus demais direitos e assim concretizá-los. Via de regra, quanto maior os índices de distribuição de riqueza da população, maior também é a sua procura por clínicas de saúde, hospitais e farmácias que prestam serviços particulares, e, quanto mais carente esta for, maior deve ser as ações prestacionais do Estado para suprir a escassez de recursos financeiros de sua população e proporcionar atividades em prol da saúde pública.

¹²MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise frente aos critérios estabelecidos pelo STF. In: **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, 2020, p. 333.

¹³RAMOS Raquel de Souza *et al.* A judicialização da saúde contextualizada na dimensão prática das representações sociais dos profissionais de saúde. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.18, n.2, p. 18-38, jul./out. 2017, p. 30.

¹⁴HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, jan./mar., 2014, p. 55.

O direito à saúde pode ser analisado em dois aspectos, sendo o primeiro deles como de defesa, no sentido de capacidade de auto-gestão de seu direito, a fim de que o usufrua com independência, e mediante a aceitação de prestação de serviços pelo Estado que garantam formas e caminhos para promover a integridade do corpo dos sujeitos¹⁵. A saúde pode ser assimilada como um estado de bem-estar físico e mental, cujo titular não encontra-se acometido de mal capaz de prejudicar as funcionalidades de seu corpo.

Neste sentido, o artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos exprime que todo ser humano possui o direito de aproveitar de um padrão de vida suficiente para proporcionar a si e a sua família condições básicas de sobrevivência, gozando de saúde, bem-estar, cuidados médicos, e o direito à segurança em caso de doença ou invalidez.

O direito à saúde nasceu em decorrência da democracia instalada no país e da Reforma Sanitária, sendo contemplada pela CF em inúmeros dispositivos, além de sua garantia no art. 6º¹⁶. Assim, a regra constante no art. 194 preceitua que a saúde é um dos componentes da seguridade social, devendo ser promovida pela reunião de ações praticadas pelos setores público e privado, e os arts. 196 a 201 prescrevem a respeito do Sistema Único de Saúde (SUS), instituindo diretrizes, como a ilimitada abrangência de tais serviços, a participação da comunidade e o atendimento global de doenças, vacinas, procedimentos e exames (art. 198). A Lei nº 8.080/1990 estabelece princípios, diretrizes, a forma de organização, direção e gestão e outras disciplinas a respeito do funcionamento do SUS.

A saúde é dever do Estado, devendo este garanti-la mediante políticas sociais e econômicas, por intermédio de seu acesso a todos os indivíduos, ressaltando ainda que o SUS deve ser financiado por recursos da seguridade social, coletados pela União, Estados e Municípios, sem a exclusão de outras formas de custeio. No mesmo sentido preceitua a Lei nº 8.080/1990, impondo a obrigação ao Estado de prestar serviços de saúde, voltados para a prevenção, remoção e proteção de qualquer mal que aflige o indivíduo¹⁷.

O direito à saúde exige que a comunidade cumpra com a sua cidadania e efetue o pagamento de tributos para que a saúde pública possa ser custeada pelo Estado¹⁸. A colaboração da sociedade no custeio dos serviços de saúde disponibilizados pela

¹⁵JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. In: **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 13, n. 29, abr./jun. 2009, p. 288.

¹⁶MACHADO, Felipe Rangel de Souza. O direito à saúde na interface entre sociedade civil e Estado. In: **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 2, jul./out. 2009, p. 364.

¹⁷LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. In: **Argum**, Vitória, v. 10, n. 1, jan./abr. 2018 p. 105.

¹⁸CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. **A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 103-104.

Administração Pública exige uma prestação de qualidade e com boa gerência e aplicação dos recursos gerados aos cofres públicos¹⁹.

Contudo, o dever de participação do povo nas decisões concernentes à saúde pública também deve proporcionar a sua inteiração, discussão, apresentação de opiniões e anseios e possibilidade de inferir na tomada de decisão, como, por exemplo, mediante Comissões e Conferências²⁰. Contudo, para que isso ocorra, é preciso que a sociedade esteja atenta e possua ciência dos riscos, vantagens e fatores políticos, econômicos e jurídicos que determinam o estabelecimento do direito a saúde²¹.

No Brasil, o direito à saúde encontra-se pautado na universalidade do acesso, na regionalização e hierarquização dos serviços, e possui igualmente natureza difusa, uma vez que detém a sua titularidade um número incontável de pessoas, não se restringindo, portanto, ao seu aspecto individual²². Referido direito pode ser pleiteado pelas vias judiciais seja de maneira individual, seja de forma coletiva, mediante a reunião de sujeitos que possuem a necessidade de obter determinado tratamento ou medicamento pelo SUS, por exemplo. O acesso geral por todos aqueles que se situam no território nacional é garantia do princípio da igualdade, não fazendo distinções sociais, culturais, econômicas e outras²³.

Dessa forma, a saúde representa um direito público a qual compete ao Estado instituir políticas e ações e o desenvolvimento dos projetos desenhados, que emergem transformações sociais e econômicas para que todos os indivíduos, sem discriminação, possam se beneficiar de assistência médico-hospitalar, o recebimento de medicamentos e demais ações envolvidas a plena efetividade de referido direito constitucional.

¹⁹DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, fev., 2009, p. 14.

²⁰NICOLINI, Adriana Zamith. **A judicialização da saúde pública**. 2018. 56 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 30.

²¹MACHADO, Felipe Rangel de Souza. O direito à saúde na interface entre sociedade civil e Estado. In: **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 2, jul./out. 2009, p. 366.

²²DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. In: **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, p. 2, abr./jun., 2019, p. 90.

²³DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. In: **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 2, abr./jun., 2019, p. 92.

2 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO JUSTIFICATIVA À RESTRIÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A reserva do possível se refere à análise de algumas condições que recaem sobre o Poder Público na alocação de recursos, entre elas financeiras, haja vista que pondera a capacidade dos cofres públicos; e políticas, pois que avalia em quais áreas e segmentos tais importes serão investidos e em qual proporção. Além disso, é necessário avaliar as previsões normativas a respeito da alocação de recursos públicos, pois que, em certos casos, pode o aparato estatal possuir capital, porém, não há previsão legislativa ou instituída na Lei de Responsabilidade Fiscal para embasar seu investimento²⁴.

Assim, a reserva do possível analisa as escolhas realizadas pela Administração Pública para a efetivação dos direitos fundamentais e a aplicação do dinheiro público, uma vez que certos direitos e serviços são extremamente dispendiosos e podem gerar uma sobrecarga aos cofres públicos se todos eles forem dispostos à comunidade pelo aparato estatal²⁵. Referidas atividades se referem à concretização dos direitos sociais, tratando-se de uma área de atuação do Poder Público para fazer com que indivíduos usufruam de prerrogativas sociais e materiais, considerando que pela sua própria condição econômica não seriam capazes de aproveitar²⁶.

O debate a respeito do princípio da reserva do possível se originou na Alemanha, nos anos de 1970, quando o Poder Judiciário estabeleceu que a aplicação do dinheiro público para possibilitar o exercício dos direitos sociais dos indivíduos dependia da disponibilidade financeira e orçamentária, bem como de seu resguardo para essa finalidade. O Poder Judiciário alemão consignou, inicialmente, que as esferas que receberiam investimentos e recursos públicos dependeriam de escolha política, a ser tomada unicamente pelo Poder Executivo. Em seguida, passou-se a analisar a sua dimensão jurídica por intermédio da noção de que as políticas públicas encontram limites legais e jurídicos, os quais não poderiam ser desatendidos em consecução de direitos sociais. E, por último, compreendeu-se que a destinação de verbas públicas deveria contemplar empreendimentos razoáveis, como, por

²⁴SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. In: **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 74, out./dez. 2018, p. 73.

²⁵DENICOL, Karina Albuquerque. Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante à sua eficácia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 76, jan./abr. 2015, p. 105.

²⁶NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: In: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

exemplo, a impossibilidade de conceder o exercício de um direito social a quem não se enquadra nos requisitos autorizativos dispostos em lei²⁷.

Entende-se que os direitos sociais são normas jurídicas constitucionais, razão pela qual a sua concretização encontra-se respaldada pela eficácia da CF, dispensando a existência de leis e regulamentos disciplinadores, consoante sua aplicação imediata prevista no art. 5º, § 1º, da CF. Contudo, pela reserva do possível, tais devem ser sopesados de modo que não sejam sempre observáveis, devendo-se considerar a suficiência de recursos pelos cofres públicos²⁸.

A reserva do possível representa uma forma de limite jurídico da aplicação dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, resguarda os direitos da coletividade que se beneficia dos serviços mantidos com o pagamento da condenação da demanda em que se busca um serviço de saúde específico. Portanto, constitui uma cláusula que exclui a responsabilidade do Estado em conceder determinada atividade em prol da economia de gastos públicos e, assim, possa amparar a ausência de sua atuação ou disponibilidade financeira na efetivação de determinado direito social²⁹.

É necessário cuidado na utilização do princípio para que não represente um empecilho intransponível na luta daqueles que procuram a satisfação de seus direitos sociais pelas vias judiciais, como forma de evitar que o Poder Público o alegue de forma absoluta, para impedir o atendimento de qualquer direito com o fundamento na discricionariedade e na limitação de recursos governamentais³⁰.

No país, apesar de existir a compreensão de que as políticas públicas integram um âmbito de escolha e discricionariedade dos governantes, estas podem ser controladas pelo Poder Judiciário de maneira que realize o monitoramento e revisão das opções políticas no que diz respeito às finanças públicas aplicadas na execução de serviços em prol de direitos sociais³¹.

²⁷SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. In: **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 74, out./dez. 2018, p. 73.

²⁸PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁹STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 34, jan./abr. 2018, p. 34.

³⁰BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, out./dez. 2011, p. 142-143.

³¹OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Maísa de Sousa. A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. In: **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, jul./dez., 2015, p. 64.

A parcimônia é essencial no momento de se invocar o princípio da reserva do possível, haja vista que o Poder Público deve cuidar para não incorrer em retrocesso social, pois que a sua proibição é contemplada pela proteção dos direitos e garantias individuais, estampados na Constituição Federal pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) e sua instantânea aplicação. A proibição do retrocesso social estatui que não se pode invocar o princípio da reserva do possível quando há risco de se prejudicar obras, empreendimentos e realizações já executadas pelo Poder Público na garantia de direitos fundamentais.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A EXECUÇÃO DE AÇÕES POSITIVAS PELO ESTADO

Não se pode permitir que o princípio da reserva do possível afronte o mínimo existencial de cada cidadão, sendo este entendido como o dever do Estado em proporcionar serviços e ações para ofertar a todos os sujeitos uma existência digna, conforme os direitos consagrados pela CF, em seu aspecto positivo. Contudo, referido instituto também assevera o dever do Poder Público de se abstrair de qualquer comportamento destinado a privar os indivíduos daquilo que lhe é crucial e principal para sobreviver, como, por exemplo, a tributação excessiva³².

Por mínimo existencial “entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”³³. Ainda, “a garantia constitucional do mínimo existencial é a implementação minimamente necessária para que se possa viver com dignidade”³⁴. Depreende-se que a garantia do mínimo existencial exige que a Administração Pública não se abstenha de realizar ações em consecução dos direitos fundamentais, devido ao seu dever prestacionista imposto pela CF.

³²HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. *In*: Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, VI, 2013, Belo Horizonte. *In*: **Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul**. Belo Horizonte, MG, 2013, p. 208.

³³LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2012, p. 70.

³⁴NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

O mínimo existencial está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois que somente quando o sujeito dispõe de seus direitos fundamentais e de uma existência digna poderá exercer de forma plena outros direitos individuais e coletivos consagrados na Constituição Federal³⁵. Isto posto, quando a Administração Pública deixa de realizar ações em prol da efetivação da saúde, educação, moradia, transporte e lazer, por exemplo, se omite em garantir o mínimo necessário para que todos que vivem em sociedade existam dignamente³⁶.

Outrossim, promover o mínimo existencial não se encerra ao se proporcionar o atendimento das necessidades fisiológicas, pois que igualmente deve assegurar o exercício de outros direitos fundamentais e a formação da personalidade das pessoas de sua sociedade. Referido instituto contempla, por conseguinte, o mínimo existencial sociocultural, haja vista que promove o desenvolvimento do indivíduo e a qualidade de vida em seu ambiente social, não se resumindo, portanto, ao mínimo vital³⁷.

O direito ao mínimo existencial está implicitamente previsto na Constituição Federal e pode ser extraído, além do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade material, do direito à vida e à liberdade, do Estado Social e dos objetivos da República Federativa do Brasil de erradicação da pobreza e desigualdades sociais (art. 3º, III), sendo essencial para a construção do Estado Democrático de Direito³⁸. Neste ínterim, mesmo não havendo previsão expressa, o direito ao mínimo existencial pode ser auferido da junção de outros princípios, direitos e previsões constitucionais.

Pelos direitos sociais constituírem direitos fundamentais, e, assim, cláusulas pétreas e alvo de aplicação iminente, não se pode aceitar toda a conjuntura da reserva do possível, pois que, do contrário, se estaria recusando a supremacia da Constituição Federal e a sua força normativa³⁹. Como aos direitos sociais recai a proteção constitucional de rápida e imediata aplicação, exige-se que os mesmos tenham eficácia e não fiquem à mercê da conveniência e

³⁵BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; MOREIRA, Renan Lucio. Relação entre os princípios do mínimo existencial e a reserva do possível e os instrumentos de controle de qualidade do ar. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 140.

³⁶DENICOL, Karina Albuquerque. Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante à sua eficácia. In: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 76, jan./abr. 2015, p. 108.

³⁷LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2012, p. 88.

³⁸BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, out./dez. 2011, p. 144.

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, out./dez. 2007, p. 174.

discricionabilidade do administrador em definir políticas públicas para que os cidadãos possam contemplá-los.

Dessa maneira, muitos indivíduos buscam o aparato judicial para a efetivação de seus direitos sociais, sobretudo o direito a saúde, como se verá adiante, para impelir o Estado a proporcionar medicamentos, cirurgias e outros procedimentos hospitalares de alto custo, quando não há disponibilidade para atender toda população pelo sistema público de saúde ou sob outro fundamento. Referidas ações objetivam fazer com que o órgão público propicie o atendimento do direito social de um indivíduo em particular, concedendo-lhe o mínimo existencial⁴⁰.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde se refere à apresentação ao Poder Judiciário de pedidos de prestação de atividades ou medicamentos para propiciar o tratamento, domínio ou restabelecimento da saúde de indivíduos, em decorrência do Estado Social internalizado no país e o direito integral e universal à saúde pública⁴¹. Tal fator aumenta sobremaneira as despesas na área, desorganizando o planejamento público, metas administrativas e a execução dos serviços de saúde para os demais indivíduos⁴². Em 2016, a judicialização da saúde comprometeu 1,3 bilhões do orçamento da União e o número de processos instaurados entre 2009 a 2017 aumentou 198%⁴³.

A judicialização da saúde surgiu por volta dos anos 1990 e ascendeu nos anos 2000, em decorrência de portadores de HIV procurarem judicialmente acesso à medicação para realizar o tratamento em combate à doença, sendo atendidos em virtude dos princípios da universalidade e da completude de ações de saúde que devam ser prestadas pela saúde

⁴⁰LIMA, Lucas Rister de Sousa; FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. O princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila para transplante de órgãos. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 5, out. 2011, p. 252.

⁴¹FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 02.

⁴²PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Judicialização da saúde e seus reflexos na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). In: **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun., 2017, p. 21.

⁴³INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

pública⁴⁴. Contudo, houve um aumento desenfreado de ações judiciais que visavam a condenação da União, Estados e Municípios para ofertar medicamentos faltantes no SUS para o tratamento da saúde do requerente, a fim de conquistar a cura ou impedir o agravamento da doença⁴⁵.

A eficácia imediata dos direitos sociais, quando consagrados por meio de decisão judicial, faz com que os recursos públicos destinados para a área de saúde, sejam aplicados de maneira diversa da qual fora instituída e sem que a Administração Pública pudesse elaborar um planejamento dos recursos públicos para a sua realização. O orçamento limitado por parte dos órgãos públicos para possibilitar o acesso individual a qualquer medicamento, tratamento, leito em hospital, exame clínico ou operação cirúrgica, por exemplo, coloca em posição de incerteza a sua capacidade orçamentária para atender e prestar o direito à saúde de toda a sociedade⁴⁶.

Não se pode compreender que há intromissão do Poder Judiciário no campo de discricionariedade do Poder Executivo, em desobediência ao princípio da separação dos poderes, haja vista que os sujeitos devem reclamar judicialmente lesão ou ameaça de lesão a direitos consagrados pelo ordenamento jurídico (art. 5º, XXXV, da CF), inclusive quando o autor for o Estado, devendo haver uma mudança nas estratégias e ações governamentais para que os pontos objetos de alteração por crivo judicial sejam adequados nas políticas públicas⁴⁷. Dessa maneira, compreende-se que o Poder Judiciário deve atuar sempre que os direitos fundamentais forem ofertados em um patamar inferior ao mínimo existencial⁴⁸.

Tal posicionamento se fundamenta em decorrência da CF trazer os direitos fundamentais em uma posição de centralidade na ordem jurídica brasileira, além de o art. 3º estabelecer como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, solidária, com a erradicação da desigualdade social e regional. Referidos alicerces da ordem jurídica corroboram com a prestação de serviços de saúde determinados judicialmente, mediante decisão proferida em demanda aforada pelo seu titular buscando a persecução de seu

⁴⁴SALES NETTO, Pedro Ribeiro de, *et al.* Judicialização da saúde e crise econômica: uma breve análise quanto à necessidade de ponderação de interesses em tempos de crise. In: **Revista Sociedade de Patologia do Tocantins**, Palmas, v. 3, n. 04, dez. 2016, p. 116.

⁴⁵DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. In: **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 2, abr./jun., 2019, p. 94.

⁴⁶MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Sousa Ferreira. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. In: **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n. 02, 2017, p. 594.

⁴⁷DANTAS, Gisela Pimenta Gadelha; FERREIRA, Ricardo Rielo; COSTA, Larissa Camargo. O papel do STF na efetividade dos direitos fundamentais à saúde e à educação. In: **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro v. 6, n. 1, 2013, p. 81.

⁴⁸NUNES, Antônio José Avelas; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

direito a saúde⁴⁹. Assim, em matéria de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, “não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”⁵⁰.

Entretanto, os líderes políticos agem legalmente quando atuam dentro de sua margem de opção e escolha, concedida pela legislação, a fim de determinar quais ações e planejamentos serão realizados em benefício do direito a saúde da coletividade, segundo as prioridades e urgências definidas pelas normas e observando o seu limite orçamentário⁵¹. A importância do Poder Judiciário nesta seara é fazer com que sejam tomadas medidas de saúde pública que não seriam conquistadas de forma voluntária pelos gestores da coisa pública⁵².

Uma forma de haver maior conciliação entre a intromissão da jurisdição no âmbito de discricionariedade do administrador público é mediante maior comunicação entre os poderes, propiciando debates e audiências entre as partes envolvidas, para ocasionar um ambiente com maior igualdade, segurança jurídica e boa aplicação do dinheiro público, de modo a balancear as pretensões individuais com os interesses coletivos⁵³. A título exemplificativo, o STF realizou a Audiência Pública nº 4, em 2009, para debater o tema da judicialização da saúde com enfoque multidisciplinar e a existência de decisões destoantes a respeito dessa mesma questão.

Sabe-se que os recursos públicos não são ilimitados, e sim escassos, de modo que se poderia admitir referido fundamento para rejeitar a pretensão da parte que exige o atendimento de seu direito a saúde (reserva do possível), contudo prepondera-se o entendimento de que referido direito integra o rol de direitos fundamentais, de maneira que deva ser efetivado. Referido direito é essencial para que se garanta o direito à vida e a integridade física e mental dos sujeitos, a fim de manter seu organismo em um estado de total harmonia⁵⁴.

Atualmente, há um grande número de processos judiciais que requerem a satisfação de algum tratamento, medicamento ou outro procedimento médico ou hospitalar, e acompanham

⁴⁹D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.17, n.3, fev. 2017, p. 24.

⁵⁰BARCELLOS, Ana Paula de. Neoliberalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 92.

⁵¹MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Sousa Ferreira. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. In: **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n. 02, 2017, p. 594.

⁵²COSTA, Adriana do Lago Alves; PITTA, Ana Maria Fernandes; RAMOS, Edith Maria Barbosa. Investigação sob a ótica da judicialização da saúde sobre unidade de terapia intensiva no Município de São Luís/MA. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.20, n.2, jul./out., 2019, p. 84.

⁵³SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. In: **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, 2017, p. 294.

⁵⁴FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 11.

pedidos de urgência, mediante tutela provisória, pois que a maioria dos processos englobam um estado de saúde crítico e debilitado de seu titular⁵⁵. O julgador convive com o risco de lhe ser aplicado a responsabilidade pela vida ou a morte do paciente, fator este que impulsiona o deferimento de referidas demandas no âmbito jurisdicional⁵⁶. O protagonismo do Poder Judiciário, nestes casos, faz com que o detentor do direito à saúde consiga usufruí-lo, de maneira que o ampare, apesar de referida escolha negar o compromisso da Administração Pública em estabelecer programas e práticas que atendam os interesses e necessidades de saúde pública de forma indistinta, para beneficiar a coletividade⁵⁷.

A judicialização do direito à saúde poderia ocorrer tanto na hipótese de medicamento já previsto na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) do SUS, bem como em outros procedimentos e tecnologias que integram os demais protocolos deste sistema, mas que foram negados quando de sua solicitação administrativa; e também aqueles que não compõem os protocolos do SUS, ou ainda estavam em fase de testes e desenvolvimento, e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)⁵⁸. Dessa maneira, na primeira hipótese o titular do direito a saúde somente iria pleitear o que as normas regulamentares e de funcionamento do SUS já estatuem como de possibilidade de concessão⁵⁹.

Contudo, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, em 11 de março de 2020, com repercussão geral, compreendeu que o Poder Judiciário somente poderia compelir a Administração Pública a conferir serviços de saúde quando inseridos na abrangência das atividades e medicamentos outorgados pelo SUS. Há exceções, contudo, que permitem o deferimento judicial mesmo sem registro na entidade competente, as quais serão especificadas quando da elaboração do tema que concentra o entendimento alcançado em referido recurso (Tema nº 6).

O pedido da parte autora somente será atendido quando houver prescrição médica, recomendando a adoção de determinado procedimento, terapia ou medicação, haja vista que

⁵⁵ZAGO, Bruna, *et al.* Aspectos bioéticos da judicialização da saúde por medicamentos em 13 Municípios no Meio-Oeste de Santa Catarina, Brasil. **Acta Bioethica**, Santiago, v. 22, n. 2, nov., 2016, p. 297.

⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, jan./mar., 2009, p. 28.

⁵⁷BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 91.

⁵⁸SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. In: **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, 2017, p. 292.

⁵⁹PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jan./jun., 2019, p. 2169.

referidos profissionais possuem conhecimento sobre o quadro clínico do paciente⁶⁰. Outrossim, os médicos possuem o dever de manter seus pacientes informados a respeito da cobertura de determinada prescrição pelo SUS ou a insuficiência pessoal, estrutural ou de fármacos, por exemplo, para tratar de sua doença gratuitamente, razão pela qual sugestionam obter judicialmente os meios para que possam iniciar ou continuar com o seu tratamento⁶¹.

A Recomendação nº 31/2010, do CNJ, estatui que os tribunais devam formular convênios com médicos e farmacêuticos para fornecer subsídios a respeito de assuntos clínicos, com a finalidade de os magistrados melhor compreenderem o assunto apresentado na demanda e tenham subsídios para proferir um julgamento para o caso que aguarda a sua apreciação. Além disso, referida Recomendação consigna que os julgadores devem evitar oportunizar medicamentos que não estão inclusos em registros da Anvisa ou que se encontram em fase experimental, assim como sugerem que a autoridade judicial entre em contato com os administradores públicos para que esteja ciente das peculiaridades financeiras e regionais do órgão público⁶². Entre os diversos Enunciados emanados na I, II e III Jornada de Direito de Saúde, destaca-se o Enunciado de nº 4, ao estabelecer que somente na insuficiência das alternativas terapêuticas inclusas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do SUS é que se poderá determinar a outorga de algum procedimento não integrante de tal relação.

As causas do fenômeno da judicialização são amplas, encontrando-se o desvirtuamento do dinheiro público e o insucesso de muitas ações públicas, demonstrando problema de eficiência; a vontade de pessoas em receber técnicas e medicamentos não aprovados pelos órgãos regulamentares e não concedidos na rede pública em virtude da insegurança, risco de ineficácia e a relação custo/benefício do método; e a crescente produção, pesquisa e lançamentos de fármacos⁶³.

A judicialização da saúde garante o exercício de um direito constitucional, da qual o Estado assumiu o dever de ofertar, razão pela qual dispõe de equipe profissional, recursos

⁶⁰FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. In: **Interface**, Botucatu, v. 24, 2020, p. 10.

⁶¹DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. In: **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 2, abr./jun., 2019, p. 93.

⁶²LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. In: **Argum**, Vitória, v. 10, n. 1, jan./abr., 2018, p. 109.

⁶³FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 08.

matérias e medicamentos para a manutenção da vida de todos os indivíduos⁶⁴. A obrigação de prestação positiva assumida pelo Estado faz com que este conceda o tratamento e outros serviços que o seu titular esteja procurando mediante os órgãos jurisdicionais, inclusive com a aplicação de multa astreintes ou outro fator coercitivo⁶⁵.

5.1 ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO STF SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Brasil, os órgãos jurisdicionais concediam sem critérios técnicos e com pouca avaliação de seu cabimento tratamentos de saúde de alto custo, terapias voltadas às doenças raras, tratamentos no exterior e a aplicação de métodos ainda não comprovados cientificamente para o combate de determinada doença, com fundamento no art. 6º e 196, da CF, considerando o dever do Estado em propiciar políticas públicas para ofertar serviços de saúde de forma indiscriminada e completa⁶⁶. Tal entendimento pode ser extraído da Medida Cautelar proposta na Petição nº 1246-1 e nos Recursos Extraordinários nº 267.612 e 198.263, ao estabelecerem que os entraves burocráticos e financeiros, com a não observância dos arts. 37, 100 e 167, da CF, não poderiam ser relevados a ponto de não considerar o respeito à vida do requerente, por razões ético-jurídicas.

Outro entendimento importante foi exarado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pois que o STF reconheceu a insuficiência material e orçamentaria da entidade estatal para arcar com os gastos necessários ao tratamento pleiteado, de modo que a concessão do pedido do autor poderia prejudicar o atendimento do direito a saúde dos demais indivíduos do corpo social, empregando a tese da reserva do possível. O julgado ainda consignou que a reserva do possível não pode ser irrestritamente invocada e aplicada, considerando que o Estado permanece com o dever de disponibilizar serviços de saúde, de modo que terá que arcar com a obrigação judicial proferida caso o não

⁶⁴NICOLINI, Adriana Zamith. **A judicialização da saúde pública**. 2018. 56 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 18.

⁶⁵NUNES, Antônio José Avelas; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁶⁶HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. *In: Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul*, VI, 2013, Belo Horizonte. *In: Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul*. Belo Horizonte, MG, 2013, p 231.

atendimento do direito da parte autora acarretar no completo extermínio e supressão deste, devendo observar o núcleo essencial deste direito. Assim, consignou-se que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é o mínimo existencial⁶⁷.

Contudo, grande divergência se verifica nos tribunais brasileiros a respeito da efetivação judicial do direito a saúde, de modo que “não há, por conseguinte, como classificar com segurança o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ou da jurisprudência brasileira [...] acerca dos aspectos polêmicos do mínimo existencial”⁶⁸.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718, o STF consignou que não era razoável a concessão de medicamento sem registro na Anvisa pelo sistema público de saúde, e fixou alguns parâmetros para a outorga do pedido judicial de serviços de saúde: a Administração Pública não pode ser impelida à fornecer medicamento que ainda esteja em fase de testes e experimentações; a falta de inscrição no órgão regulador impede a disponibilização do remédio pelas vias judiciais; a sua outorga apenas é possível quando houver mora injustificada da entidade na concessão do registro sanitário, consoante o prazo estabelecido pela Lei nº 13.411/2016 (de 90 a 365 dias), e atenda três requisitos: solicitação de registro do medicamento no país, a inscrição do medicamento em entidades reguladores do exterior e não houver outro medicamento para servir como substituto.

O posicionamento até então adotado pelos tribunais era da concessão de fármacos e procedimentos sem registro no órgão regulador, razão pela qual o julgado anterior representa uma relevante mudança interpretativa, considerando que agora tais medicamentos somente poderão ser concedidos como exceção⁶⁹. Assim, ainda que todos os indivíduos possuam direito à saúde, somente poderá se valer de métodos e medicamento que detenham efetividade e não agridam a saúde de seu usuário ou de toda a coletividade, demonstrando também a sua eficiência e qualidade⁷⁰.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, o STF consagrou a tese da impossibilidade de oferecimento de medicamento que não esteja contemplado pelo SUS,

⁶⁷BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun., 2003, p. 171-172.

⁶⁸HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais econômicos e Sociais: Distingões e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, VI, 2013, Belo Horizonte. In: **Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul**. Belo Horizonte, MG, 2013, p 236.

⁶⁹FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 19.

⁷⁰MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise frente aos critérios estabelecidos pelo STF. In **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, 2020, p. 364.

contudo o próprio tribunal reconheceu que tal entendimento não é absoluto e deve admitir exceções, haja vista que cada caso concreto deve ser ponderado com parcimônia pelos julgadores e permitir-se desconsiderar tal posicionamento. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso proporcionou requisitos que auxiliam o estabelecimento de um padrão para se aceitar que o ente público conceda procedimentos e fármacos ainda não entregues pela rede de saúde pública, sendo eles a insuficiência econômica do pleiteante; a apresentação da não incorporação ser decorrência de decisão expressa de órgão competente; não haver outro medicamento com as mesmas propriedades e funcionalidades ao organismo humano para que seja utilizado como substituto; a comprovação de que o medicamento que se pleiteia possui condições de se prestar para aquilo que o requerente objetiva, atestando a possibilidade de eficiência; e o ajuizamento da ação contra a União.

Em mesmo julgado, o Ministro Edson Fachin estabeleceu outros requisitos para que fármacos que não são contemplados pelo sistema público de saúde sejam concedidos mediante ações judiciais, correspondendo a existência de requerimento administrativo negado pelo gestor público ou a sua oitiva dentro do processo; a prescrição por médico do SUS ou a demonstração de sua impossibilidade; a apresentação de nomenclatura nacional ou internacional do medicamento; as razões pelas quais o remédio não é ofertado pelos serviços de saúde pública; e laudo médico emitido pelo profissional responsável pela prescrição sobre os efeitos do medicamento, a necessidade do uso pelo paciente e apresentação de estudos da medicina que demonstrem evidências e resultados. Neste ínterim, a concessão do direito a saúde passa a ser realizada com maior moderação pelo aparato jurisdicional, em detrimento do mínimo existencial da parte autora.

CONCLUSÃO

Constatou-se que os direitos sociais representam garantias de segunda geração e exigem do aparato estatal ações positivas com o objetivo de que sejam assegurados faticamente na vida de seus titulares. Dessa forma, a CF instituiu uma série de obrigações aos órgãos governamentais a fim de que formulem políticas públicas em atendimento a tais prerrogativas, utilizando do orçamento público para promover o bem-estar social e garantir uma vida digna a toda a coletividade.

O Estado possui o dever de assegurar o mínimo existencial, sendo este compreendido como as garantias basilares de sobrevivência e desenvolvimento pessoal e social dos sujeitos. A República Federativa do Brasil está construída em cima de objetivos, como a erradicação da pobreza e desigualdade social e criação de uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual a Administração Pública deve fornecer a toda a sua população os direitos sociais estampados na CF, ainda que dispendiosos.

Argumentos de que o Estado somente poderia fornecer políticas públicas consoante o planejamento orçamentário definido pelo gestor público mediante escolhas discricionárias, com o objetivo de que o restante da sociedade não seja lesada ante ao comprometimento dos recursos públicos para a tutela de direitos específicos, em situações que não abrangem os demais indivíduos do meio social, não podem receber atenção. Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata e devem ser ofertados pelo Estado diante das concessões efetuadas pelos indivíduos no pagamento de tributos para manter, principalmente, as atividades assistenciais ofertadas pela máquina pública.

O número crescente de ações judiciais com pedidos de serviços de saúde fez com que diversos entendimentos surgissem nos tribunais brasileiros, de modo que o STF foi capaz de evoluir as suas teses e posicionamentos a respeito. Ressalta-se, a título de exemplo, o Recurso Extraordinário nº 657.718, por meio da qual se consignou que o Estado não é obrigado a disponibilizar medicamento que ainda esteja em fase de experimentação e não possua registro na Anvisa, salvo algumas exceções; e o Recurso Extraordinário nº 566.471, que preceitua que ao SUS não pode ser imposto a obrigação de fornecimento de medicamento que não se encontra nos protocolos e diretrizes do programa, sob os argumentos, por exemplo, de existência de substituto terapêutico ou se o indivíduo possuir condições de arcar com as despesas dos serviços de saúde que necessita usufruir. Assim, essas novas abordagens interpretativas restringem o direito ao mínimo existencial, haja vista o acesso universal e integral de serviços de saúde no país, consoante arts. 196 e 198, II, da CF, devendo deles se utilizar qualquer indivíduo para auferir a atividade ou medicamento da qual o seu organismo necessita.

REFERÊNCIAS

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n.

46, p. 137-160, out./dez. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar., 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun., 2003.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; MOREIRA, Renan Lucio. Relação entre os princípios do mínimo existencial e a reserva do possível e os instrumentos de controle de qualidade do ar. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 136-149, jan./jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. **A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

COSTA, Adriana do Lago Alves; PITTA, Ana Maria Fernandes; RAMOS, Edith Maria Barbosa. Investigação sob a ótica da judicialização da saúde sobre unidade de terapia intensiva no Município de São Luís/MA. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.20, n.2, p. 69-89, jul./out., 2019.

DANTAS, Gisela Pimenta Gadelha; FERREIRA, Ricardo Rielo; COSTA, Larissa Camargo. O papel do STF na efetividade dos direitos fundamentais à saúde e à educação. In: **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro v. 6, n. 1, p. 63-84, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, fev., 2009.

D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 17, n. 3, p. 15-38, fev. 2017.

DENICOL, Karina Albuquerque. Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante à sua eficácia. In: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 76, p. 99-110, jan./abr. 2015.

DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. In: **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 88-99, abr./jun., 2019.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. In: **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-19, 2019.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. In: **Interface**, Botucatu, v. 24, p. 1-17, 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar., 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, VI, 2013, Belo Horizonte. **Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul**. Belo Horizonte, MG, 2013, p. 205-240.

INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. In: **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 13, n. 29, p. 284-295, abr./jun. 2009.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, 2012.

LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. In: **Argum**. Vitória, v. 10, n. 1, p. 102-117. jan./abr., 2018.

LIMA, Lucas Rister de Sousa; FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. O princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila para transplante de órgãos. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 5, p. 243-267, out. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

NICOLINI, Adriana Zamith. **A judicialização da saúde pública**. 2018. 56 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

NUNES, Antônio José Avelas; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, on-line.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise frente aos critérios estabelecidos pelo STF. In: **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 340-370, 2020.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. O direito à saúde na interface entre sociedade civil e Estado. In: **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 7 n. 2, p. 355-371, jul./out. 2009.

MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Sousa Ferreira. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. In: **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n. 02, p. 593-614, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Maísa de Sousa. A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. In: **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 61-76, jul./dez., 2015.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, p. 2167-2172, jan./jun., 2019.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Judicialização da saúde e seus reflexos na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). In: **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 19-41, jan./jun., 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: Biblioteca *Thomson Reuters Proview*. Acesso em: 20 jul. 2020.

RAMOS Raquel de Souza *et al.* A judicialização da saúde contextualizada na dimensão prática das representações sociais dos profissionais de saúde. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.18, n.2, p. 18-38, jul./out. 2017.

SALES NETTO, Pedro Ribeiro de, *et al.* Judicialização da saúde e crise econômica: uma breve análise quanto à necessidade de ponderação de interesses em tempos de crise. In: **Revista Sociedade de Patologia do Tocantins**, Palmas, v. 3, n. 04, dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. In: **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 74, p. 137-159, out./dez. 2018.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. In: **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017.

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 34, p. 28-44, jan./abr. 2018.

ZAGO, Bruna, *et al.* Aspectos bioéticos da judicialização da saúde por medicamentos em 13 Municípios no Meio-Oeste de Santa Catarina, Brasil. In: **Acta Bioethica**, Santiago, v. 22, n. 2, p. 293-302, nov., 2016.