



**FACULDADE DE SINOP
CURSO DE DIREITO**

DÉBORA CRISTIANE DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: PARALELO ENTRE
RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL**

**SINOP/MT
2021**

DÉBORA CRISTIANE DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: PARALELO ENTRE
RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Faculdade de Sinop - FASIP, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador; Prof. °: Ms. Alex Alves de Sá

**SINOP/MT
2021**

DÉBORA CRISTIANE DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: PARALELO ENTRE
RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Curso de Direito -
FASIP, Faculdade de Sinop como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovado em ____/____/____

Alex Alves de Sá
Professor Ms. Orientador
Departamento de Direito - FASIP

Professor (a) Avaliador (a)
Departamento de Direito – FASIP

GABRIEL AP. ANIZIO CALDAS
Coordenador do Curso de Direito
FASIP – Faculdade de Sinop

SINOP/MT
2021

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus queridos e amados filhos Bianca e Lucas. Além disso, em especial a toda a minha família por acreditar junto a mim que seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela minha vida e por me auxiliar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo deste curso;

Aos meus queridos e amados filhos Bianca e Lucas e ao meu Esposo Ricardo, que sempre estiveram ao meu lado me incentivando, mesmo nos momentos difíceis;

Em especial ao meu irmão William César, por me apoiar me incentivando a nunca desistir;

A todos que participaram, direta ou indiretamente do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, enriquecendo o meu processo de aprendizado. Às pessoas com quem convivi ao longo desses anos de curso, que me incentivaram e que certamente tiveram impacto na minha formação acadêmica. As minhas queridas amigas, Ana Lúcia, Janiqueli, Laís Carrara.

Aos meus professores pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar o melhor desempenho no meu processo de formação profissional

EPÍGRAFE

Enquanto você sonha, você está fazendo o rascunho do seu futuro.

(Charles Chaplin)

SILVA, Débora Cristiane da. **A Judicialização do Direito à Saúde: Paralelo Entre Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. 2021. 57 páginas. Monografia de Conclusão de Curso – FASIPE – Faculdade de Sinop.

RESUMO

O objeto do presente trabalho corresponde a judicialização do direito à saúde e o procedimento constitucional que garante o acesso absoluto e igualitário às ações e aos serviços para a promoção da saúde. Assim, trata-se da problemática questão da à saúde como direito de todos e dever do Estado. Na tentativa de alcançar este objetivo principal correspondente a judicialização do direito à saúde no Brasil, haja vista a atualidade do debate em relação ao embate entre a efetiva administração das políticas públicas pelo poder Executivo e as deliberações judiciais que forçam as prestações de saúde pelo Estado. A proposta procurou dissertar sobre as decisões dos tribunais superiores, além de dissertar a respeito dos direitos sociais e prestacionais presentes na constituição. Com a ajuda de doutrina especializada e à luz da legislação já existente, será compreendida a natureza e a eficácia dos direitos sociais, bem como a amplitude das limitações ou restrições que lhes podem ser impostas. O trabalho se utiliza da metodologia dedutiva bibliográfica, utilizando-se como principais fontes a doutrina e a jurisprudência. A pesquisa se desenvolverá sondando a hipótese de que o equilíbrio entre autonomia judicial e saúde efetiva deverá ser a finalidade da jurisdição, voltando para a pacificação dos conflitos sociais, sem que os direitos sociais e individuais sejam negligenciados que poderá vir a ser confirmada ou não ao final da investigativa. Neste sentido, é de grande valia, a análise da judicialização do direito à saúde no Brasil, haja vista a atualidade do debate em relação ao embate entre a efetiva administração das políticas públicas pelo poder Executivo respaldado pela teoria da Reserva do Possível e as deliberações judiciais que forçam as prestações de saúde pelo Estado fundada pela teoria do Mínimo Existencial.

Palavras Chaves: Judicialização da Saúde, Mínimo Existencial, Reserva do Possível.

SILVA, Deborah Cristiane da. **The Judicialization of the Right to Health: Parallel Between Reserve of The Possible and Existential Minimum**. 2021. 57 pages. Course Completion Monograph - FASIPE - Faculty of Sinop.

ABSTRACT

The object of this work corresponds to the judicialization of the right to health and the constitutional procedure that guarantees absolute and equal access to actions and services for health promotion. Thus, it is the issue of health as the right of all and the duty of the State. In an attempt to achieve this main objective corresponding to the judicialization of the right to health in Brazil, given the actuality of the debate in relation to the clash between the effective administration of public policies by the executive branch and the judicial deliberations that force health benefits by the State. The proposal sought to talk about the decisions of the higher courts, in addition to the dissertation on the social and social rights present in the constitution. With the help of specialised doctrine and in the light of existing legislation, the nature and effectiveness of social rights will be understood, as well as the extent of the limitations or restrictions that may be imposed on them. The work uses the bibliographic deductive methodology, using doctrine and jurisprudence as the main sources. The research will be developed probing the hypothesis that the balance between judicial autonomy and effective health should be the purpose of jurisdiction, returning to the pacification of social conflicts, without neglecting social and individual rights that may be confirmed or not at the end of the investigation. In this sense, it is of great value, the analysis of the judicialization of the right to health in Brazil, given the actuality of the debate in relation to the clash between the effective administration of public policies by the Executive power supported by the theory of the Reserve of the Possible and the judicial deliberations that force health benefits by the State founded by the theory of existential minimum.

Key Words: Judicialization of Health, Reserve of the Possible, Existential Minimum.

LISTA DE FIGURAS E ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Fluxo decisório	41
Figura 2- Processo a ser seguido de acordo com STF.....	42

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO E A SAÚDE NO BRASIL.....	15
1.1 Direitos Sociais Fundamentais Ambientados em uma Sociedade Democrática	15
1.1.1 As constituições brasileiras e os direitos fundamentais.....	17
1.1.2 O direito fundamental à saúde como direito prestacional	21
1.2 Cronologia do Direito à Saúde no Brasil.....	25
1.2.1 O Sistema Único de Saúde	27
1.2.2 O Fornecimento de Medicamentos e o Sus	29
2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO.....	31
2.1Judicialização do direito à saúde no Brasil	31
2.1.1 Efeitos da Judicialização na Saúde	37
2.2 Jurisprudência – Decisões.....	39
3. MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	44
3.1 A Judicialização da Saúde e o Mínimo Existencial	44
3.2 A Judicialização da Saúde e a Reserva do Possível	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O ano de 1988 sinalizou a redemocratização do Brasil por intermédio da atual Constituição Federal, popularmente conhecida como Constituição Cidadã. Tamanha denominação ocorreu em virtude do marco aos Direitos Fundamentais desempenhados por ela. Os direitos sociais prestacionais de educação, saúde, assistência aos desamparados, foram positivados adjuntos às liberdades públicas tradicionais. Ademais, o Poder Judiciário tornou-se responsável por decidir os freios do texto constitucional que seriam impostos aos poderes Executivo e Legislativo. Dessa forma, introduziu-se uma nova modalidade para a disputa sobre a implementação desses direitos sociais.

Destarte, os dilemas sobre as políticas públicas para efetivação dos direitos sociais adentraram o âmbito judicial, tornando em foco a positivação para interpretação dos direitos. As demandas judiciais passaram, portanto, a serem recorridas para preencherem as lacunas existentes no texto constitucional, visto que a política não é capaz de garantir acesso a serviços de saúde.

Sob esse viés, a judicialização da dimensão prestacional dos direitos sociais tornou-se relevante no cenário atual. Assim, atribuiu-se aos direitos sociais recém-concretizados novos significados como o mínimo existencial. Entretanto, correntes contrárias debatem a respeito da politização do judiciário e a desconsideração ao desprovisionamento econômico - reserva do possível. Por essa razão, a pesquisa desenvolverá a judicialização do direito à saúde no Brasil e o paralelo entre reserva do possível e mínimo existencial, haja vista a atualidade do debate em relação ao embate entre a efetiva administração das políticas públicas pelo poder Executivo e as deliberações judiciais que forcem as prestações de saúde pelo Estado.

Em suma, caberá indagar nesse presente trabalho os vieses positivos e negativos a respeito da judicialização do direito à saúde, partindo de premissas jurisprudenciais e

doutrinárias, para que ao fim seja possível responder a seguinte questão: a saúde é direito de todos e dever do Estado?

O presente trabalho aborda a judicialização do direito à saúde e o procedimento constitucional que garante o acesso absoluto e igualitário às ações e aos serviços para a promoção da saúde. Sendo relevante lembrar que este tema dispõe do impasse, nas decisões judiciais, entre a garantia constitucional do atendimento às demandas por saúde e as decisões monocráticas de que o direito à saúde é preliminar sobre as questões financeiras do Estado (mínimo existencial), e entre a tese da “reserva do possível” negando os direitos fundamentais sociais.

Como situação vigente da temática em questão se encontra o direito à saúde e à vida, e a imposição desse direito pela atuação jurisdicional, também a tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas.

Isto é, a presente proposta é de imprescindível contribuição para o esclarecimento da possibilidade de estabelecer equilíbrio entre a satisfação dos cidadãos, sob critérios de igualdade, e a autonomia do Poder Judiciário que garante a democracia e o pluralismo.

A Constituição Federal de 1988 concretizou pontos negativos e positivos aos direitos sociais, tendo como positivo a efetividade, já que antes eram apenas garantias prestacionais meramente declaratórias. Porém, como negativo, a ampliação das ações judiciais para prestação do direito à saúde banalizou o tema, conferindo excessos à judicialização da saúde e perpetuando o ativismo judicial. Por dentro dessa perspectiva indaga-se: a saúde é direito de todos e dever do Estado?

Visando responder a problemática apresentada o presente trabalho tem como objetivo geral compreender a atuação do judiciário e a perpetuação da garantia constitucional dos direitos sociais revela-se a necessidade de elaborar um paralelo entre os temas reserva do possível e mínimo existencial. Assuntos, esses, tratados pela doutrina para demonstrar a efetivação dos direitos sociais vinculadas ou não aos recursos financeiros do Estado.

O mesmo também tem como objetivos específicos: Desenvolver ao longo dessa pesquisa sobre as decisões dos tribunais superiores, além de dissertar a respeito dos direitos sociais e prestacionais presentes na constituição. Com a ajuda de doutrina especializada e à luz da legislação já existente, será compreendida a natureza e a eficácia dos direitos sociais, bem como a amplitude das limitações ou restrições que lhes podem ser impostas; Debater a respeito da efetivação dos direitos sociais concomitantes a atuação do Judiciário, além de traçar um

paralelo entre o mínimo existencial e a reserva do possível; e por fim, argumentar sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais utilizado como ponto de partida para diversas abordagens jurídicas acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo quando se fala da ponderação de bens públicos.

Planejando alcançar os objetivos propostos, desenhou-se um percurso metodológico. As pesquisas científicas se classificam em quatro grandes grupos, quanto a finalidade, abordagem, objetivos e procedimentos. “O método científico é a sequência de operações realizadas com a intenção de alcançar certo resultado, sendo um modo sistemático e ordenado de pensar e investigar, formando um conjunto de procedimentos que permitem alcançar a verdade científica” (LOZADA, 2019, p.144).

Para a efetiva realização desta pesquisa, empregou-se quanto ao objetivo à pesquisa descritiva, “pesquisa descritiva objetiva reunir e analisar muitas informações sobre o assunto estudado. Ela tem como principal diferença em relação à pesquisa exploratória o fato de o assunto já ser conhecido” (LOZADA, 2019, p.139). Além de utilizar o método dialético, buscando compreender as características da Judicialização do direito à saúde e a teoria da Reserva do Possível que se contrapõe a teoria do Mínimo Existencial, para que ao final, haja uma ponderação entre as duas, objetivando uma terceira conclusão.

Ademais, a metodologia quanto ao procedimento apresenta-se como dedutiva e bibliográfica, haja vista a investigação nas principais fontes bibliográficas. “A pesquisa bibliográfica propicia o exame de um tema para que o pesquisador construa um enfoque ou abordagem nova sobre ele, com o objetivo de chegar a conclusões inovadoras e que componham a sua gama conceitual” (LOZADA, 2019, p. 159). Portanto, tendo o objetivo de coletar dados a partir de revisões em teorias existentes sobre a afirmação de que todos possuem direito a saúde e à vida e o dilema de a possibilidade de imposição desses direitos pelo Poder Judiciário, sem que importe na vulnerabilidade de forças econômicas em uma sociedade democrática.

Segundo Appolinário (2011, p. 146), a pesquisa básica tem como objetivo principal “[...] o avanço do conhecimento científico, sem nenhuma preocupação com a aplicabilidade imediata dos resultados a serem colhidos”. Dessa maneira, a pesquisa apresenta-se com a finalidade básica, uma vez que partirá de teorias já existentes para confirmar as hipóteses descritas no projeto. Nesse sentido, procurará gerar uma reflexão acerca da percepção do comportamento do Estado brasileiro diante da Judicialização do Direito à saúde e o avaliar a

repercussão, na vida da sociedade, da atuação jurisdicional em critérios jurídicos na solução de demandas de cunho social fundamental.

Utilizando-se da abordagem qualitativa abordará os motivos que levam ao protagonismo judicial, no qual as resoluções para os conflitos divergem entre a falta de recursos para todas as demandas e a obrigatoriedade por parte do Estado em prover os direitos prestacionais sociais. Dessa forma, conforme Creswell (2010, p. 211), “[...] a pesquisa qualitativa é uma pesquisa interpretativa, com o investigador tipicamente envolvido em uma experiência sustentada e intensiva com os participantes”.

1. O DIREITO E A SAÚDE NO BRASIL

Para que a presente pesquisa responda a problematização indagada, foram elencados três tópicos argumentativos. No primeiro, os direitos sociais serão dissertados sob o viés constitucional. As relações são observadas sob olhar central para afastar a observação externa dos problemas jurídicos. No segundo, os direitos sociais serão tratados em relação a sua dimensão prestacional judicializada. Ainda, será debatido acerca da aplicação da abordagem de Direito e Políticas Públicas ao problema da judicialização da saúde. Por fim, caberá tratar sobre as ambiguidades existentes na jurisprudência brasileira, no qual o direito à saúde é tratado com um grau de fundamentalidade que o colocaria acima de outras normas e princípios constitucionais – elencando a teoria do Mínimo Existencial, e que por outro lado existe uma relativização do direito à saúde em razão da escassez dos recursos públicos necessários para a execução das políticas públicas pertinentes – sob o viés da teoria da Reserva do Possível.

1.1 Direitos Sociais Fundamentais Ambientados em uma Sociedade Democrática

O presente tópico abordará sobre os direitos sociais fundamentais que foram conquistados através da construção de uma sociedade democrática, e dentre estes o direito à Saúde, também será elencado sobre a evolução histórica destes direitos, e como estes são garantidos por legislação específica atualmente.

Durante a conquista dos direitos individuais e fundamentais, o direito do homem foi concebido, inicialmente, como de liberdade. Esse direito relaciona-se aos direitos civis oponíveis ao Estado, transcorrendo, posteriormente, aos direitos políticos do indivíduo. Segundo Bobbio (2008. p. 209), “uma consequência natural da concessão dos direitos da liberdade, pois a única garantia de respeito aos direitos da liberdade está no direito de controlar o poder ao qual compete esta garantia”. A preocupação, portanto, era resguardar a liberdade do

cidadão perante o poder estatal absoluto, ao mesmo tempo em que o fazia partícipe do poder político.

Os direitos fundamentais são classificados como de primeira, segunda e terceira gerações, conforme a ordem cronológica de seu reconhecimento constitucional. Como destaca o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello,

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF – Pleno – MS nº 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

Conclui-se que os direitos fundamentais de primeira geração são intrínsecos, e possuem atributos negativos por parte do Estado são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, dentre outros. Já os direitos fundamentais de segunda geração correspondem ao anseio da sociedade de uma vida digna, sendo o Estado o garantidor dessa, são reunidos à noção de igualdade. Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração são promovidos após a Segunda Guerra Mundial, por essa razão a necessidade de desenvolvimento e progresso de direitos não comentados até o momento, como direito a preservação da qualidade de vida, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos.

Os direitos sociais, com base em sua estrutura normativa, são classificados como normas programáticas, ou seja, são providos de generalidade e abstração. Por essa razão, o Estado é encarregado de adotar políticas públicas para alcançar os fins constitucionalmente apontados. Outrossim, as normas programáticas são revestidas que eficácia, assim, são proibidas as políticas públicas que afrontam seus princípios, além de inviabilizarem a revogação de normas infraconstitucionais que assentem as metas incluídas na norma programática. Barroso (2008, p. 113) complementa o conceito proferindo que:

Também singulariza o documento constitucional a presença de normas que se dizem programáticas. Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação.

Para além, acrescenta Correia (2013, p.34) que:

Há também quem diga que os direitos sociais são peculiares devido à sua estrutura normativa. Ao positivizar direitos sociais prestacionais, a Constituição teria estabelecido normas programáticas. Diferentemente das regras tradicionais, as programáticas não gerariam direitos subjetivos. Fixariam metas a serem alcançadas pelos poderes públicos, a partir da ação estatal planejada.

Ferreira Filho (1995, p. 100) manifesta uma classificação baseada no objeto dos direitos fundamentais, decomposta em: *direitos de liberdades* (poderes que podem ser efetivados ou não), *direitos de crédito* (poderes que pleiteiam algo, seu objeto são contraprestações positivas do Estado, como o direito à saúde), *direitos de situação* (poderes que exigem uma conjuntura preservada ou restabelecida) e por fim os *direitos-garantia* (poderes que reivindicam que algo não seja feito).

Em síntese, dois grandes grupos caracterizam os direitos sociais fundamentais – os direitos de defesa e os direitos prestacionais. Na esfera dos direitos de defesa estão, dentre outros, os tradicionais direitos de igualdade e liberdade. Por outro lado, os direitos prestacionais são assim considerados devido sua característica positiva, demandando do Poder Público um comportamento garantista. Em um primeiro momento, caberá a discussão acerca dos direitos sociais, especialmente os direitos prestacionais, e a sua importância expressa na Constituição Federal de 1988.

1.1.1 As constituições brasileiras e os direitos fundamentais

Em 1824, o Imperador Dom Pedro I, constituiu o Conselho de Notáveis para elaboração da Constituição Brasileira prima. “Proclamada a Independência do Estado brasileiro, impunha-se a elaboração de uma Constituição sob os influxos das ideias do liberalismo político” (PINHO, 2018, p. 194). A Constituição de 1824 possuía, dentre outras, a característica de apresentar a forma unitária de Estado, a Monarquia Constitucional como forma de Governo e o Território brasileiro dividido em províncias. Contudo, apresentava a inovação de ser “a primeira no mundo a positivizar os direitos humanos fundamentais, apesar de se tratarem de direitos de cunho individual” (CUNHA, 2001, p.17).

A segunda Constituição Brasileira e a primeira Constituição Republicana promulgada em 1891 foram influenciadas pelo modelo constitucional norte-americano, demonstrado pela própria alcunha adotada: “Estados Unidos do Brasil”. Dentre as principais características está à ampliação dos direitos individuais com a inserção do *habeas corpus* como direito constitucionalmente garantido.

A terceira Constituição Brasileira, no ano de 1934 sofreu influência direta da Constituição Alemã de Weimar, o que gerou a incorporação dos direitos sociais como uma inovação aos direitos fundamentais, representando uma prestação positiva do Estado, “ampliou-se os direitos e garantias da população, a tal ponto de prever como competência concorrente da União e dos Estados a incumbência de iniciar o processo legislativo tratando sobre a saúde e assistência públicas” (OLIVEIRA, 2019, p. 10).

Note-se que foi a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, que ineditamente na história constitucional brasileira alargou a dimensão dos direitos fundamentais, no sentido de também incluir os direitos sociais. Com efeito, a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – foi incorporada à Carta de 1934. Com a tutela dos direitos sociais, objetivava-se disciplinar aquela categoria de direitos que assinalavam o primado da sociedade sobre o Estado, afastando o absentismo estatal do século XIX, para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade (PIOVESAN, 2018, p. 592).

Já a Constituição Brasileira de 1937, alicerçada em uma mentalidade autoritária, restringiu os direitos e garantias individuais. “A Constituição de 1937 foi um documento autoritário, inspirado no modelo fascista, que concentrou nas mãos do Executivo federal a maior parte das competências anteriormente atribuídas a Estados e Municípios” (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p. 62).

Em 1946, o Brasil passou por uma redemocratização e reconstitucionalização realizada após a retirada de Getúlio Vargas do poder estatal. Igualmente, o cenário mundial vivenciava o pós-guerra, retomando os princípios fundamentais constitucionais. Com isso, o Estado, em seu texto constitucional incumbiu à União à competência direta para legislar sobre a proteção à saúde. “Esta Constituição restabeleceu no País o Estado Democrático de Direito e promoveu uma repartição mais adequada das competências legislativas e materiais entre as pessoas políticas.” (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p. 64)

Por outro lado, a Constituição Federal de 1967, apresentou-se como a derradeira com caráter autoritário, uma vez que se constituiu a partir da supervisão militar que detinha o poder estatal.

Finalmente, em 1988, ocorreu a promulgação da atual Carta Magna, conhecida popularmente como Constituição Cidadã, essa “recebeu carinhosamente este apelido porque para a sua elaboração houve participação popular e, especialmente, porque ela se volta para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2001, p. 90).

A Constituição Federal de 1988 incorpora a expressão “dignidade da pessoa humana”, no contexto de redemocratização no Brasil, resgatando da Declaração este valor-limite de toda ideia de justiça, fazendo-o figurar topograficamente, localizado em ponto estratégico do texto constitucional, a saber, no artigo 1º, inciso III, da CF/88 (“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana”) (MOURA, A.W.D.; PAULO, B.; JORGE, M. 2009. P. 52)

A atual Constituição Federal pode ser considerada a mais democrática da história brasileira, “seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional” (SARLET; MITIDIERO; MARINONI. 2021, p. 112).

Ademais, possui o aspecto de recepcionar em seu texto os direitos fundamentais que asseguram à ampla e plena defesa da dignidade da pessoa humana. Canotilho (2012, p. 353) ressalta que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. Nos dizeres de Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p. 09):

[...] Em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje. Deveria o trabalhador contribuir para manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com a previdência social.

Além disso, a constituição de 1988 atenta-se aos direitos sociais, desde o preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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 - Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil – 1988

Com a garantia de que o Estado Democrático é o responsável a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como também da igualdade e justiça. Outrossim, o art. 6º da Constituição Federal elenca direitos sociais básicos como saúde, alimentação, trabalho, entre outros. Quanto à saúde, foram estabelecidas políticas públicas voltadas para a prevenção de doenças.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expreso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado a sua implementação. O direito social à saúde confunde-se com o direito à vida, direito fundamental. Associando-se a escassez de recursos na área da saúde e a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver atendida sua necessidade de saúde, mediante a propositura de ações, que vão desde aquelas objetivando o fornecimento de remédios, à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos. (SILVA, 2005. p. 280)

Cabe ressaltar que a Carta de 1988, denotou um grande marco quanto à Proteção aos Direitos Humanos, uma vez que a partir de sua vigência, o Brasil passou a ratificar tratados e convenções internacionais. “O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi à ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes” (PIOVESAN, 2018. P. 69).

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito a andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou (BARROSO. 2006, p. 329).

Com o processo de redemocratização instaurado com a referida Constituição, observou-se a necessidade de incorporar relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais.

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e

informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional (PIOVESAN, 2018. p. 72).

Em suma, a Constituição Federal de 1988 abrange as diversas espécies de direitos, que, de acordo com a terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente são os assim chamados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária. Com isso, considerando os direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais categorias referidas como espécies, o direito constitucional brasileiro acabou aderindo ao que se pode reconhecer como a tendência dominante no âmbito do direito comparado.

1.1.2 O direito fundamental à saúde como direito prestacional

Os direitos sociais, também são classificados como prestacionais provocando uma postura ativa dos poderes públicos e dos órgãos estatais, capaz de disponibilizar aos cidadãos os meios efetivos e materiais para o exercício das liberdades fundamentais. Incumbe, portanto, ao Poder Pública a atuação concreta, ainda que sob a figura de garantidor, dos direitos sociais.

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, são direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2005, p. 285).

Os direitos prestacionais exigem uma postura positiva por parte do Estado, dessa forma, o direito à saúde como direito prestacional exige prestações estatais em matéria de saúde como medicamentos e internação hospitalar. Há também a exigência de medidas de caráter normativo, como a regulamentação da Emenda Constitucional n° 29, no que diz respeito à

garantia de recursos para o financiamento do Sistema de Saúde, Alude Sarlet (2021. P. 158) que:

É possível ilustrar a afirmativa mediante recurso ao exemplo do direito à saúde. Este não é propriamente um direito apenas, visto que, na condição de um direito fundamental como um todo, abrange tanto (para além dos efeitos na perspectiva objetiva) posições subjetivas negativas (atuando, portanto, como direito de defesa) quanto posições positivas (na condição de direito a prestações). Com efeito, o direito à saúde opera como direito de defesa quando se trata da possibilidade de impugnar medidas que venham a afetar a saúde de alguém, ou mesmo interferir nos níveis de proteção da saúde já concretizados pelo Estado.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça proferem, na maioria dos casos, que as normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde possuem imediata aplicabilidade. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é celebrado à medida que o direito à vida é fundamentalizado nas prestações à saúde. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

EMENTA AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO. RE 855.178-RG (TEMA 793). DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALEGAÇÃO DE MÁ APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Alinhada a compreensão da Corte de origem ao julgamento proferido por este Supremo Tribunal Federal no RE 855.178-RG (Tema 793), no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos nas prestações do direito à saúde. Precedentes. 2. Não se excogita, pois, má aplicação ao precedente de repercussão geral, de modo que a espécie não se amolda à hipótese autorizadora do cabimento da reclamação prevista no art. 102, I, 1, da Constituição da República. 3. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor arbitrado à causa, se unânime a votação. **STF - Rcl: 43156 GO 0102082-25.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 21/12/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/02/2021.**

Cabe ressaltar que o Direito à saúde nas decisões do Supremo Tribunal Federal possui valores fundamentados nos Direitos Humanos. Assim, a indisponibilidade e irrenunciabilidade, inerentes ao ser humano, são inseridos aos julgamentos. Os direitos sociais são considerados como prerrogativas positivas imprescindíveis em um Estado Social de Direito, objetivando o desenvolvimento dos hipossuficientes, tendo em vista a concretização da igualdade social.

Os direitos econômicos e sociais, ainda para quem defenda um esforço superior de implementação deles, não deixam de possuir essa perspectiva evolutiva, representando um feixe de obrigações aos poderes públicos, que estão inexoravelmente obrigados a empreender esforços no sentido de aumentar, continuamente, o grau de efetivação dele (SAMPAIO, 2013, p. 78)

O princípio da dignidade humana relaciona-se diretamente com o direito à saúde, à medida que centraliza o sistema jurídico nacional, servindo de preceito e base para as interpretações constitucionais e infraconstitucionais. Ainda, o fomento das ações positivas prestacionais pelo Estado contribui para finalidade de garantir a igualdade material servindo de provedor para os serviços sociais essenciais.

Nunca se perca de vista que os direitos sociais, embora possuam uma dimensão coletiva, a reclamar uma atuação genérica e para todos, há ainda a afetação deles individualmente, afinal, a saúde e a moradia, por exemplo, são direitos claramente individualizáveis. O oposto se diga com relação aos direitos de associação ou de liberdade de expressão, que somente se exercem no plano coletivo e não no individual, afinal expressar-se sem que alguém possa ouvir é um nada jurídico (SAMPAIO, 2013, p. 92)

Aliado as presunções financeiras, políticas e jurídicas, os direitos sociais serão efetivados, garantindo a necessidade ao acesso à saúde da população, de forma coletiva e individual. Dessa maneira, a limitação orçamentaria não será escopo para o abandono aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

A norma definidora de direito social não representa mera recomendação moral com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constitui direito diretamente aplicável. (...), partindo-se da constatação de que a Constituição vincula tanto os órgãos estatais como os cidadãos, não podem mais subsistir dúvidas quanto à natureza jurídica e imperativa das normas de eficácia limitada, como as ditas normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais, havidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos poderes públicos (SAMPAIO, 2013, p. 89)

As normas constitucionais programáticas determinam as ações e finalidades impostas pelo legislador originário ao Poder Público. “Essas ‘normas-programa’ prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefa. No entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, constituindo-se em direito diretamente aplicável” (SCHWARTZ; BORTOLOTTI. 2008, p. 259).

Essa dimensão revela-se na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, inclusive do dever de legislar, voltados à tutela dos direitos fundamentais. No âmbito dessa dimensão prestacional, o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Estado a realização de condutas positivas, corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas em dois campos distintos embora correlacionados – a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos (CAMPOS, 2014, p. 327).

Ademais, é adotado ao juízo o sentido de que o direito à saúde é indisponível e fundamental, conforme explicita o art. 5º, *caput*, e 196 ambos da Constituição Federal (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] - Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação). Em suma, para que atenuem o risco de doenças e outros danos, as políticas públicas voltadas para a saúde, deverão ser instituídas. Por fim, o direito social deverá ter preferência sobre outros interesses do Estado.

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO FEDERAL - COMPETÊNCIA COMUM - OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS DA FEDERAÇÃO (UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO) - PACIENTE PORTADOR DE ANGINA PECTORIS E HIPERTENSÃO - EXISTÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA - NECESSIDADE DE TRATAMENTO CONTÍNUO - DIREITO À SAÚDE - EXEGESE DOS ARTS. 6º E 196, DA CRFB, E 153 DA CE - EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS À SAÚDE, PORQUANTO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO EXIGÍVEL PELO CIDADÃO EM FACE DO ESTADO - AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA AFASTADA, DIANTE DE INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE - PRIMAZIA DA VIDA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INEXISTENTE - ESTABELECIMENTO DE CONTRACAUTELA - REMESSA E RECURSO DESPROVIDOS "A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves" (AgRg no Ag 858899/RS. Relator Min. José Delgado j. 26/06/2007). "A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a

ser protegido pelo Estado, genericamente falando. Não há como falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, nem em indevida interferência de um Poder nas funções de outro, se o Judiciário intervém a requerimento do interessado titular do direito de ação, para obrigar o Município a cumprir o seu dever constitucional de proporcionar saúde às pessoas, que não foi espontaneamente cumprido." (AC n. 2008.006525-1, de Palhoça, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em: 28.2.2008). TJ-SC - AC: 20090092323 Capital 2009.009232-3, Relator: José Volpato de Souza, Data de Julgamento: 04/03/2010, Quarta Câmara de Direito Público

A incorporação dos direitos fundamentais ao Texto Constitucional originou um novo fenômeno denominado de neoconstitucionalismo, sendo assim, um conjunto que tenta definir uma série complexa de fenômenos que se apresentam como novidade na teoria e prática do Estado constitucional de direito.

A Constituição Federal respalda o entendimento jurídico de que os direitos fundamentais possuem interpretação em busca da máxima realização possível dos valores da liberdade, da dignidade e da igualdade. No caso de conflitos entre os direitos, de modo geral, procuram-se busca a harmonia, dando peso maior a um ou a outro por meio de pronunciamentos motivados que levam em conta, além de elementos textuais, as conexões de sentidos entre os enunciados envolvidos, os fatos e os valores presentes. Em muitas decisões, foram comparados contextos históricos para afirmar desigualdades reais, mudanças sociais e avanços tecnológicos a justificar a evolução da aplicação dos direitos fundamentais, inclusive superando omissões legislativas. (ANDRADE, 2016, p. 518)

Ao final, cabe à Administração Pública a efetiva atuação em planos e metas que concretizem os direitos fundamentais constitucionalizados. Além disso, as realizações de políticas públicas que implementem o direito à saúde necessitam de recursos públicos destinados a esse fim, portanto, devendo ser priorizado as frentes de atuação e investimento do dinheiro público para realização dos direitos sociais. Sendo a saúde um direito fundamental e existindo a omissão por parte da Administração Pública, deverá o Judiciário, como legitimador do Estado Democrático de Direito, atuar como garantidor.

1.2 Cronologia do Direito à Saúde no Brasil

A virada do século XIX para o XX marcou o estabelecimento do capitalismo como sistema financeiro para sociedade. A economia movimentava-se a base de exportação agrária, enquanto a população vivenciava as doenças transmissíveis como varíola, tuberculose e febre

amarela. Durante esse período, vigoravam campanhas de vacinação como contra a varíola, comandada por Oswaldo Cruz em 1904, e as assistências médicas individuais ofertadas por intermédio da previdência social, ou por entidades filantrópicas e profissionais liberais.

A reestruturação dos serviços de saúde ocorrida na década de 1920, que criou o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), então subordinado ao ministro da Justiça e Negócios Interiores, expandiu e centralizou as medidas de controle das doenças transmissíveis nos estados. Incluiu ações voltadas para a propaganda e educação sanitária, a higiene infantil e do trabalho, e o combate às doenças venéreas. Além disso, ampliou as atribuições do Instituto Oswaldo Cruz, que havia sido criado em 1900 com a denominação de Instituto Soroterápico Federal, que desde o ano anterior havia incorporado a vacina antivariólica em sua produção. (DIAS et. al, p. 483, 2011)

À frente, no decorrer da década de 1930 e início de 1960, comandadas por Getúlio Vargas, a assistência à saúde deu-se pelo Estado por meio do Ministério da Educação e da Saúde e do Ministério do Trabalho. Durante esse período, as doenças que acometiam o Brasil possuíam natureza infecciosa, parasitária ou relacionavam-se ao déficit nutricional. As ações de saúde promoviam campanhas sanitárias e programas específicos, pois havia investimento em serviços de saúde para a população não beneficiária do sistema de previdência social e aos que não possuíam condições financeiras para os benefícios privados.

Durante o período militar, de 1964 a 1984, as doenças epidemiológicas acometiam o Brasil. Relacionadas à falta de saneamento básico e em virtude do êxodo rural vivenciado à época, pois os grandes centros não possuíam infraestrutura adequada para receber a população que antes estava no campo.

Nasce em 1970 o movimento da Reforma Sanitária, difundida durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que se apresentava como um conglomerado de ideias oportunizadas por médicos e profissionais da saúde que vivenciaram o período, e que apresentavam mudanças e transformações para a saúde brasileira, efetivando a saúde como direito. O referido movimento surgiu a partir de indignações sobre o dramático quadro do setor da saúde. Em 1987, enquanto se aprimoravam as discussões sobre o financiamento e a operacionalização para a constituição do Sistema Único de Saúde, houve a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, cujos princípios abarcavam também a universalização, equidade, descentralização, regionalização, hierarquização e a participação comunitária.

Por fim, com a Constituição de 1988 essas propostas procederam à universalização do direito à saúde e a implementação do Sistema único de Saúde.

O SUS foi concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Foram definidos como princípios doutrinários do SUS: universalidade (o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais), equidade (princípio de justiça social que garante a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie). (A rede de serviços deve estar atenta às necessidades reais da população a ser atendida), integralidade (significa considerar a pessoa como um todo, devendo as ações de saúde procurar atender a todas as suas necessidades) (MORENO; VENDRAME, 2011, p. 15)

1.2.1 O Sistema Único de Saúde

Foi na Carta Magna, no ano de 1988, que foi instituído o modelo básico de organização na prestação de serviço de saúde pública no Brasil, onde foi definido que seria adotado um sistema único, sendo este descentralizado, e que teria de ser responsável por garantir na íntegra os direitos ao acesso à saúde, tudo isso com a participação da população, conforme dispõe o art. 198, incisos I a III da Constituição do Brasil:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Parágrafo único – o sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Brasil, 1988)

Ainda na Constituição Federal, são elencadas as atribuições do SUS – Sistema Único de Saúde, mas precisamente no art. 200, que assim prevê: As atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) são elencadas no art. 200 da CRFB/88, que assim prevê:

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

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

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

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

- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Como demonstrado, a Carta Magna traz os principais pontos que o SUS deve abranger em seu atendimento, sendo que no art. 198 a CF discorre sobre a organização administrativa do SUS, e já no artigo 200 ela dita sobre as suas principais atribuições.

Foi-se necessário regulamentar as atribuições apresentadas na CF, trazendo de forma específica como deveria ser o funcionamento do SUS, a partir deste pressuposto, em 1990, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/1990), foi recepcionada, dispondo de condições para a proteção, promoção, recuperação, organização e funcionamento de atividades voltadas à saúde.

Já em seu artigo 2º, a referida lei garante que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. (Brasil, 1990),”. Outrossim, a fim de complementá-la, a Lei 8142/1990, garante a participação social do Sistema Único de Saúde por meio de conferências e conselhos no âmbito nacional estadual e municipal.

Por essa razão, tem-se que a saúde pública no Brasil é estabelecida por um complexo de ações e serviços proporcionados por entidades federais, estaduais e municipais, mantidas pelo Estado. As concepções de promover, proteger e recuperar são prioridade, garantindo o acesso de toda a população brasileira de forma igualitária e isonômica, bem como desenvolvendo ações para esse fim. Em virtude disso, qualquer cidadão possui o direito de recorrer ao sistema público de saúde no Brasil.

Todavia, a saúde pública brasileira enfrenta problemáticas questões que envolvem a escassez de recursos financeiros, falta de leitos, limitada quantidade de médicos e profissionais frente à demanda, entre outros. Por consequência, nota-se um aumento exponencial de litígios individuais visando o acesso à saúde, sendo essa tentativa de se alcançar o direito à saúde, no âmbito judicial, conhecida como judicialização da saúde.

1.2.2 O Fornecimento de Medicamentos e o Sus

Primeiramente cabem destacar que o fornecimento de medicamentos aos usuários do SUS encontra previsão na Lei n. 8.080/90, art. 6º:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

No contexto da lei 8.080/90, o SUS deve disponibilizar medicamentos conforme tratamento de que necessita o usuário. E para que este requisito seja regulado e cumprido foi editada uma série de normas e elementos regulamentais, que determinam a forma de aquisição, produção e dispensação, bem como quais serão os medicamentos disponibilizados.

A priori, a maioria dos medicamentos necessários para o tratamento dos pacientes que são atendidos na rede pública são dispensados de maneira gratuita. E para a dispensação de maneira acessível aos usuários da rede privada, foi também instituído, por meio do Decreto n. 5.090/2004, o Programa da Farmácia Popular do Brasil, que se desenvolveu através de convênios entre os entes, a fim de que as medicações fossem obtidas pelos cidadãos a baixo custo. (BRASIL, 2001)

Para realizar o controle dos medicamentos fornecidos no país, existe a Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, que foi criada pela Lei n. 9.782/1999, sendo uma autarquia de regime especial, sediada no Distrito Federal e atuante em todo o território brasileiro, por meio de núcleos em portos, aeroportos, etc. Assim, seu art. 8º, §1º, I, determina que os “medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processo e tecnologias”, sejam submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela ANVISA. Dessa forma, todos os medicamentos disponibilizados no Brasil devem ser registrados na referida Agência. (BRASIL, 2001)

Além disso, no que se refere à assistência farmacêutica existente no Brasil, é necessário destacar que o Ministério da Saúde tem grande atuação em ações desenvolvidas para garantir o acesso aos medicamentos demandados pela população. O fornecimento de medicações pelo SUS para seus usuários se dá por meio de três variantes: Componente Básico

da Assistência Farmacêutica (CBAF), Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF) e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização é visualizada quando determinada questão é levada ao conhecimento dos órgãos judiciários. Nesse sentido, quando a demanda chegar ao Judiciário exigindo sua interveniência, fala-se em judicialização. No entanto, a judicialização estimula uma gama de controvérsias jurídicas, estando em voga atualmente. “Longe de um processo conjuntural e local, esta ‘explosão’ do número de demandas judiciais é universal e inteiramente articulada à própria dinâmica das sociedades democráticas. Trata-se de fenômeno social e não propriamente jurídico.” (VICTOR, 2010, p. 22)

2.1 Judicialização do direito à saúde no Brasil

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário originariamente atuam com equilíbrio nas demandas sociais, no entanto, uma possível omissão ou ineficiência dos demais poderes, fez com que o Judiciário incidisse em nortear os direitos sociais relativos à saúde, incorrendo a função atípica deste poder com frequência.

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito [...] sua função não consiste somente em administrar a Justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar os direitos humanos fundamentais e, mais especificamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais se tornariam vazios. (MORAES, 2021. p. 37)

A Constituição Federal de 1988 consagrou a redemocratização do país, recuperando o poder político originário do Poder Judiciário, que se vale da Constituição e das leis para garantir

os direitos sociais. Ademais, as ações civis públicas, o acesso à Justiça e concretizaram a judicialização de questões políticas, pois, garantiu à representação funcional dos direitos fundamentais e políticas públicas a sociedade civilmente organizada. De acordo com Eduardo Cambi (2011, p. 39):

O estágio de desenvolvimento jurídico atual representa a legitimação e a fixação dos direitos fundamentais como valores axiológicos no ordenamento jurídico positivo, consagrando a estrutura constitucional para fins de aplicação imediata e de vinculação do Estado. Trata-se, portanto, do moderno Estado de direito democrático e constitucional, doravante classificado de Estado de direitos fundamentais.

Acrescenta Victor (2010, p. 20), que com a Carta de 1988, a representação funcional ganhou um novo sopro no Brasil, recriando o Ministério Público, que possui o múnus de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais, além de os direitos individuais indisponíveis. Ainda, consagrando as ações civis públicas, o acesso à Justiça e inserindo na sociedade civil organizada a interpretação da Constituição Federal, sendo, para o autor, o embrião da judicialização de questões políticas. Germano Schwartz (p. 162) analisa que:

“A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o Direito à Saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema jurídico caso tais Poderes cumprissem o seu papel.”

O Constitucionalismo tornou-se, fundamental para a garantia dos direitos fundamentais com o aumento significativo das demandas judiciais, além de trilhar o marco da atividade estatal, limitando os poderes e dividindo as funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao passo em que um direito individual, prestação do Estado ou um fim público são compostos de uma norma constitucional, estão, automaticamente, sujeitos a uma pretensão jurídica, podendo ser arguida com o auxílio da ação judicial.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. [...] Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi à virtuosa ascensão institucional do Poder

Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2007, p. 34).

Nasce, portanto, a Judicialização de direitos, ou seja, as decisões em que o Poder Judiciário foi demandado em virtude de sua prerrogativa constitucional de que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário, a lesão ou ameaça a direito. Barroso (2009, p. 03) elucida que:

Algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Com a ampliação da atuação do Poder Judiciário a democracia pode ser assumida pela minoria, facilitando a implementação de políticas públicas, o rol de direitos fundamentais pode ser ampliado e acrescentado interesses que não estavam vinculados diretamente à Constituição. Ferreira Filho (1996, p. 141-150) leciona que judicializar políticas públicas significa atribuir ao Judiciário decisões que, sob a ótica da doutrina clássica da separação dos poderes, foram atribuídas ao Executivo e Legislativo. Ressalta ainda que as decisões de viés político afetam os destinos da comunidade, segundo uma dada visão do bem comum.

Em suma, a judicialização do direito à saúde acontece de forma diversa, seja nos pedidos e decisões judiciais de liminares para medicamentos, seja em decisões que impelem o Poder Público a aprimorarem os instrumentos das políticas públicas.

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo (MORAES, 2021. p. 38)

Sob esse viés, a Democracia deve preencher o mínimo procedimentalista, permitindo a participação dos indivíduos na vida política, além de regulamentar as regras do processo político, a fim de proteger as esferas individuais. Nesse sentido, a autonomia política dos cidadãos é vista por meio da participação popular, garantindo a eficácia social dos direitos. Afirma Ciarlini (2013, p. 79):

A afirmação dos direitos fundamentais, como um momento da atribuição de identidade dos sujeitos de direito, em um ambiente democrático, deve ser respaldada no próprio conceito de cidadania, determinante para a formação da identidade do sujeito constitucional. Ou seja, a democracia deve assegurar as oportunidades suficientes para que todos alcancem as condições materiais minimamente exigíveis no sentido de viabilizar o exercício de seus direitos subjetivos constitucionais, e, nesse sentido, o exercício da cidadania não pode continuar a ser condicionado à efetividade dessas prestações públicas materializadoras.

Outro fator que anuncia o caráter democrático desta representação funcional prende-se ao fato de que a judicialização é um recurso das minorias contra as maiorias. Não só os indivíduos, mas também os partidos e instituições de expressão política minoritária se beneficiam da judicialização. Por meio do acesso ao judiciário, ditas minorias podem se insurgir contra as medidas majoritárias. Nesse sentido, revela-se instrumento contramajoritário e democrático. Explicita Sampaio (2012, p. 99):

A configuração definitiva de um direito fundamental sempre depende de ulteriores desenvolvimentos institucionais. Dessa maneira, os direitos fundamentais não podem ser considerados prontos, reclamando a atuação do legislador ordinário tanto para definir os contornos do direito em questão quanto para disciplinar a forma de exercício dos direitos em questão, assegurando aos membros do corpo social o gozo e o exercício dele.

Como os direitos fundamentais apresentam uma estrutura aberta e flexível e não possuem um campo de incidência previamente delimitado, é justificável a indisponibilidade de intervenção normativa do legislador, tanto para definir o contorno do âmbito de proteção quanto para assegurar o gozo dos direitos do cidadão, promovendo o efetivo desenvolvimento deles.

O Poder Judicial, por suas características institucionais e pelo lugar que ocupa na distribuição das funções estatais, não foi pensado como protagonista principal na hora de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal mister cabe primariamente aos poderes políticos. Sem embargo, quando provocado adequadamente pode ser um poderoso instrumento de formação e desarticulação de política pública na área social. [...] Ao tutelar direitos

individuais fundamentais previstos em lei, o Juiz não está propriamente determinando a implantação de política pública, mas sim controlando atos administrativos. Por outro lado, ao determinar a implementação de um programa Público em caráter geral e abstrato, aí sim se pode falar em verdadeiro ato política (ALBUQUERQUE, 2010, p. 36)

A particularidade envolvente aos casos de judicialização da política pública está no fato de o objeto que se entrepõe as relações dos sujeitos se apresenta integral no contexto da sociedade, visto que afetará cada indivíduo diante de todos. “Em função dessas inter-relações entre todos e cada um, a decisão de uma causa acaba afetando outros que dela não participaram, especialmente levando-se em consideração os recursos escassos” (BUCCI, 2017, p. 176).

Por meio de iniciativas legislativas, a Justiça se torna capilar, aproximando-se da população, notadamente por meio da criação de juizados, mais ágeis e desburocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, posicionando o Juiz no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de política pública (ALBUQUERQUE, 2010, p. 19)

O fenômeno da judicialização da saúde não é uno nem uniforme, falar em “judicializações” da saúde é falar de um espectro de pedidos e decisões judiciais amplos. Também não se restringe a ações contra o Poder Público, visto que a vertente mais recente desse problema é a judicialização da saúde suplementar, em que os planos de saúde também são demandados em juízo à entrega de prestações a que estariam obrigados, em tese, ou por força de disposições regulatórias insuficientemente fiscalizadas, ou a que não estariam obrigados. “Exsurge a questão da judicialização de políticas públicas. Diante do amplo catálogo de direitos sociais positivado na Carta Cidadã de 1988, direitos estes dependentes de ações político governamentais seriam de esperar que o Judiciário se ocupasse do tema” (ALBUQUERQUE, 2010, p. 27).

A judicialização do direito à saúde está além do debate sobre a natureza prestacional do direito à saúde, sustentado pela Constituição de 1988. Dessa maneira, está cabalmente comprovada a obrigação estatal em prestar serviços necessários à manutenção da saúde. As demandas envolvidas nessa prestação pública perpassam a aquisição de medicamentos, serviços hospitalares, internações, cirurgias, ou alcance de utensílios relacionamentos ao tratamento. Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (2021), aos anos de 2008 a 2017, cresceram em 130% as demandas de direito à saúde em primeira instância, enquanto em segunda instância os números tiveram aumentos em 85%. Além disso, os itens

que possuem maiores demandas no judiciário brasileiro são os insumos ou materiais, órteses, próteses e meios auxiliares (medicamentos, leitos, exames e internações).

Conforme a visão de Asensi, citado por Andrade:

A questão da judicialização da saúde é ampla e envolve grande diversidade de bens e direitos reclamados nos tribunais. Vão desde os medicamentos e internações até uma miríade de outras demandas sob a alegação do direito à vida e dignidade da pessoa humana, incluindo prestações sociais que acabam por alargar o papel da garantia desse direito e o orçamento público estabelecido para ele. A elevação dos direitos sociais ao status constitucional e as imensas dificuldades de implementação fática das políticas estatais que efetivem essas garantias parecem ter aberto um flanco entre o direito e o seu titular. Essa aparenta ser a causa premente da judicialização da saúde na busca pela efetivação da política que garanta os serviços, sobretudo de entrega de medicamentos, exames e os mais diversos tratamentos para os agravos (ASENSI apud ANDRADE et al , 2017, p. 35).

O autor dita que a questão da judicialização da saúde, deve ser olhada por uma ótica ampla, pois são várias as demandas questionadas judicialmente, são medicamentos, acesso a internação, tratamentos mais específicos, e uma infinidade de outras demandas, o autor ainda ressalta que essas demandas podem vir a ter papel fundamental na ampliação dos direitos fundamentais, sendo que a não concepção destas pode implicar em uma não garantia dos direitos.

Ainda no início da década de 1990, com a disseminação do HIV, e a dificuldade de acesso ao tratamento desta doença, a judicialização tornou-se mais comum, com as pessoas tentando garantir o seu acesso aos tratamentos desta doença de forma gratuita, e para tanto, respaldavam-se na Carta Magna, considerando os direitos fundamentais citados por esta no art. 5º, bem como os artigos que discorrem sobre o SUS. Essa judicialização na saúde acabou culminando na criação da lei nº 9.313/96. (VENTURA et al. 2010)

Nos primeiros anos da década de 1990, para assegurar o direito à saúde, a grande procura do Judiciário se dava em função do acesso aos medicamentos como os antirretrovirais. Essa busca provocou no poder público a criação da política pública de distribuição gratuita de medicamentos. Com o surgimento da Lei nº 9.313/96, criada para garantir a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais, esperava-se a diminuição da discricionariedade dos juízes e, conseqüentemente, a diminuição da interferência do Poder Judiciário no campo da saúde. No entanto, o que se observou foi justamente o oposto. Se, antes, o artigo 196 era considerado uma norma programática, a partir do ano de 1997, o mesmo texto passou a ser reconhecidamente uma norma constitucional de plena eficácia. Isso, no entanto, não é um consenso no meio jurídico (MACHADO apud OLIVEIRA et al, 2015, p. 256).

A partir do momento que a busca pelo cumprimento de seus direitos à saúde começaram a ter êxito, quando questionados por via judicial, houve um aumento exponencial dos processos relacionados à saúde, tornando essa questão tão grave quanto à falta de atendimento a saúde, que originalmente seria a causa do problema.

Passou-se então a utilizar dos mecanismos legais previstos na Constituição para pressionar o governo a cumprir a legislação. Conforme Sierra:

A Constituição de 1988 atendeu a esta demanda ao incorporar recursos, como a ação civil pública, o mandado de segurança, o mandado injunção, que podem ser utilizados para pressionar o governo e executar medidas em favor do cumprimento da lei (SIERRA, 2011, p.258).

Portanto, a judicialização da saúde pode ser considerada como um mecanismo legal, que pode ser utilizada sempre que houver a necessidade de reinvidicação de direitos junto ao Estado, sempre que o cidadão necessitar de um procedimento, medicamento, um tratamento ou até mesmo uma nova tecnologia, que o SUS não conseguir fazer o pronto atendimento desta demanda. Cabe salientar, em consonância com Ribeiro (2014) que os cidadãos buscam a garantia da saúde por intermédio de três instâncias jurídicas, o poder judiciário, o Ministério Público (MP) e a Defensoria Pública (DP).

2.1.1 Efeitos da Judicialização na Saúde

Como visto no tópico anterior, a questão da judicialização na saúde é algo recorrente, e que tende a crescer, conforme a população ele sua instrução a respeito de seus direitos fundamentais, diante disto torna-se necessário entender quais efeitos o excesso de Judicialização pode causar a estrutura estatal.

Conforme o Fundo Nacional de Saúde:

Em sete anos, foram destinados pela União R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais de compra de medicamentos, dietas, suplementos alimentares, além de depósitos judiciais, um aumento no gasto de 1.010%, entre 2010 e 2016. Em 2017, até maio, a cifra já chega a R\$ 715 milhões. Do total, R\$ 687 milhões foram destinados à compra de 494 itens. Entre os medicamentos mais caros, 12 remédios já custaram ao Ministério da Saúde R\$ 656 milhões para atender as demandas judiciais. Entre eles, o medicamento Eculizumab (Soliris). Até o final deste ano, incluindo também estados e municípios, a perspectiva é de que o gasto com determinações judiciais, em 2017, chegue a R\$ 7 bilhões (CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA, 2018).

É importante ressaltar, que conforme a Constituição Federal de 1988, o SUS deve ser financiado através da arrecadação do Estado, ou seja, para se gastar dinheiro não previsto na dotação orçamentária, é necessário que tenha também um aumento na arrecadação, e é aí que a conta não fecha, como visto acima, os gastos da União para atendimento de determinações judiciais já estão na casa dos bilhões, porém a arrecadação não acompanha essa demanda.

De maneira geral, os estudos sobre a judicialização da saúde enfatizam mais fortemente os efeitos negativos deste tipo de demanda na governabilidade e gestão das políticas e ações de saúde. Uma das principais justificativas é que este tipo de intervenção no SUS aprofundaria as iniquidades no acesso à saúde, privilegiando determinado segmento e indivíduos, com maior poder de reivindicação, em detrimento de outros, na medida em que necessidades individuais ou de grupos determinados seriam atendidas em prejuízo a necessidades de outros grupos e indivíduos (BARATA; CHIEFFI, 2009; MARQUES; DALLARI, 2007; VIEIRA; ZUCCHI, 2007 apud VENTURA et al, 2010).

Como os recursos orçamentários que financiam o SUS são escassos, a judicialização pode ter um efeito muito negativo, pois ela pode vir a privilegiar indivíduos ou até seguimentos com mais recursos de reivindicação em detrimento a outros, e estes teriam suas demandas atendidas mediante prejuízos dos menos favorecidos neste requisito.

Seria isso uma falha gravíssima, pois feriria um princípio constitucional (Princípio da Igualdade), em detrimento há um direito fundamental, o que ocasionaria um grande paradoxo.

Ainda sobre a judicialização, Brauner e Cignachi, 2011 dizem que:

[...] o aumento das ações judiciais acaba por desvirtuar a destinação de recursos provenientes do governo para as áreas prioritárias de atendimento. As distorções provocadas por processos judiciais em que há a exigência de compra de medicamentos de alto valor, que não estão incluídos na lista elaborada pelos gestores de saúde acabam por comprometer a atual política da saúde pública (BRAUNER; CIGNACHI, 2011, p.37).

Ou seja, a garantia de um direito individual, poderia ocasionar um prejuízo social, e faria a atual política de saúde pública entrar em colapso. O mesmo autor citado acima, também alerta sobre os interesses escusos que podem advir sobre a judicialização da saúde. Brauner e Cignachi afirmam que:

[...] os laboratórios farmacêuticos interferem no processo de judicialização da saúde, uma vez que estão interessados no aumento da comercialização de seus medicamentos. Assim, a via judicial tornou-se um instrumento de acesso ao direito constitucional à saúde como forma de assegurar o fornecimento de determinados medicamentos e insumos em detrimento dos critérios técnicos e financeiros apontados pelos gestores, num verdadeiro processo de

judicialização das políticas públicas de saúde (BRAUNER; CIGNACHI, 2011, p. 36).

Conforme o autor dita, além da questão social apontada anteriormente, que seria a não garantia de um direito fundamental ao acesso a saúde, a judicialização da saúde pode ser utilizada para aumentar a comercialização de determinados medicamentos e insumos, fazendo com que algumas empresas lucrem com a política pública de saúde.

2.2 Jurisprudência – Decisões

É importante ressaltar as decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto as questões da saúde, mais precisamente a judicialização da saúde. Conforme dito anteriormente, a saúde é um direito constitucional fundamental, e considerando a importância do direito à saúde como um tema recorrente no judiciário brasileiro, em 17 de março de 2010 exarou importante decisão determinando que os Estado (em sentido amplo) têm obrigação de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Nessa decisão o Relator, Ministro Gilmar Mendes, alegou que a judicialização da saúde ocorre devido à ausência de políticas públicas. E Conforme visto aqui, o magistrado alega em sua decisão que o Estado tem de garantir o direito à saúde, pois se as políticas públicas em saúde fossem eficientes, certamente não haveria a necessidade de ocorrer a judicialização.

Não obstante a isso, a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 do Supremo Tribunal Federal trouxe algumas limitações quanto à interferência do Judiciário.

Em primeiro lugar o Magistrado deve verificar se o objeto da questão está sendo contemplado por alguma política estatal (Protocolos Clínicos ou inclusão nas listas). Em caso positivo, não há dúvidas quanto ao direito do autor, e conseqüentemente à sua decisão favorável. No entanto se não houver uma política estatal que contemple o objeto da causa, deve-se passar para a próxima fase.

Após a fase inicial, a segunda fase trata especificamente da inexistência da política, que deve ser analisado se esta inexistência se dá por omissão administrativa ou legislativa, de decisão de não fornecer a prestação pleiteada, ou de vedação legal. No caso da última hipótese, o autor não tem direito. Um exemplo é dos medicamentos experimentais, ou seja, medicamento de uso off label (não registrados na ANVISA), de acordo com a jurisprudência, esses

medicamentos não devem ser fornecidos pelo estado, uma vez que os mesmos não tem registro para sua comercialização e distribuição.

Existe uma terceira etapa, que contempla a questão da ausência da política por opção do administrador público, caso aconteça isso, poderá ter-se duas opções. A primeira é que o SUS deve fornecer um tratamento alternativo, mas não adequado àquela patologia. Existe um entendimento de que deve-se sempre privilegiar os Protocolos Clínicos, mas pode o juiz determinar o contrário se o autor comprovar que o tratamento alternativo não é eficaz para seu caso. A outra possibilidade contempla a inexistência de tratamento específico pelo SUS, a partir de então, deve-se passar para a última fase.

Na última etapa, que só é utilizada quando nenhuma das anteriores contemplem a causa, e quando constatado que não há tratamento específico para a patologia que acomete o autor, a partir de então pode-se seguir dois caminhos, o primeiro quando aplica-se o tratamento experimental, onde o Estado não fornece, ou ainda quando os novos tratamentos tem a eficácia, porém ainda não foi contemplado pelo SUS. Assim, no caso de omissão administrativa, pode ser fornecido o fármaco, mas deve haver uma ampla instrução processual.

Diante do exposto, verifica-se que deve prevalecer o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde sobre que a opção escolhida pelo paciente. Entretanto essa posição não é seguida pelos tribunais brasileiros que determinam o fornecimento de medicamentos mesmo o SUS possuindo um protocolo específico para determinada doença!

A figura abaixo lista bem as etapas decisórias sobre a oferta de medicamentos de alto custo:

Figura 1: Fluxo Decisório



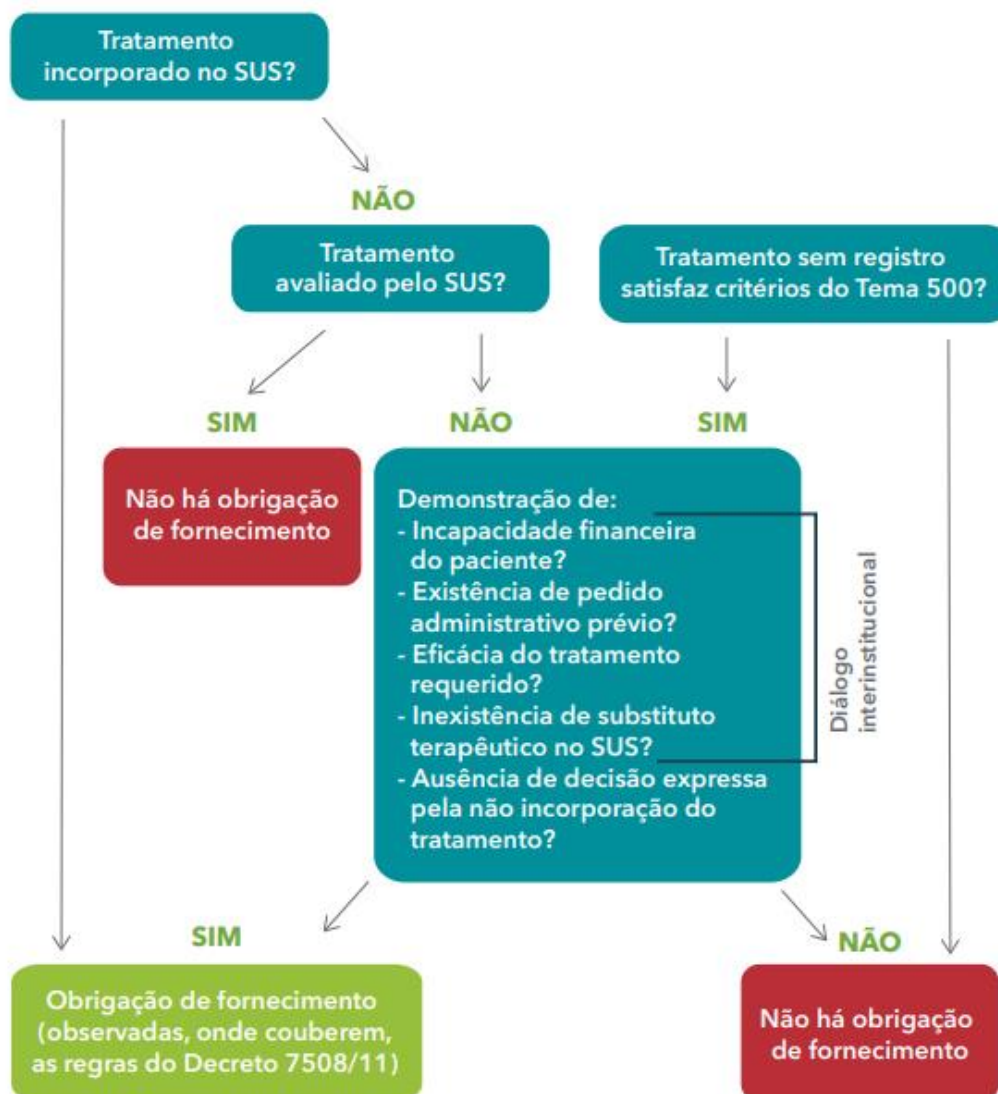
Fonte: CONASEMS, 2021

O Recurso Extraordinário 657.718/2019 trata exatamente da possibilidade de o SUS ser obrigado a fornecer, por ordem judicial, medicamentos sem registro na Anvisa. Nessa decisão, o STF reafirmou a importância da exigência do registro na Anvisa como mecanismo para a proteção da saúde pública e do direito à saúde. Também ressaltou que o Judiciário deve ter uma atitude de maior deferência nesses casos, ou seja, deve respeitar a decisão da agência por razões de saúde pública e pela competência técnica da Anvisa. Por fim, reconheceu que a concessão de tratamentos sem registro na Anvisa pode ter um grande impacto financeiro sobre o SUS e prejudicar a oferta de outros serviços de saúde para a população. (CONASEMS, 2021)

Conforme o autor cita, o STF recomenda seguir as instruções da ANVISA, para garantir que não haja um grande impacto financeiro sobre o SUS e assim prejudicar a oferta de outros serviços, insumos, medicamentos e procedimentos ofertados para a população.

Ainda levando em consideração a jurisprudência recomendada pela STF, no que se refere a julgamentos relacionados à saúde, a imagem abaixo mostra como deve ser as decisões de acordo com a recomendação do Supremo:

Figura 1: Processo a ser seguido de acordo com STF



CONASEMS, 2021

Para tentar diminuir a judicialização da saúde, o STF busca caminhos alternativos, e uma das recomendações é o embasamento científico:

Em conclusão, há consenso no STF de que a concessão de tratamentos não incorporados por parte do Judiciário precisa ser mais criteriosa. Porém, ainda

não há consenso sobre os critérios que entrarão na tese. A diferença mais importante é que alguns votos, mas não todos, reconhecem a centralidade que as políticas do SUS e o sistema de ATS deveriam ter para se determinar escolhas alocativas em saúde com mais rigor científico e considerando fatores econômicos e de saúde pública. Qualquer que seja a tese, provavelmente restarão muitas perguntas sem resposta sobre como interpretar e aplicar os critérios a serem estabelecidos. (CONASEMS, 2021. Não paginado)

Conforme visto, deve-se buscar um entendimento baseado em critérios minuciosos e científicos, e assim, levar em consideração fatores econômicos, respeitando o orçamento da saúde pública e o bem estar da maioria. O autor ainda afirma que mesmo existindo uma recomendação a ser seguida, muitos questionamentos devem ser realizados, e que os critérios estabelecidos devem ser utilizados.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

O presente capítulo fará um paralelo entre o Mínimo Existencial e a reserva do Possível, falando sobre a como a judicialização da saúde afeta-os.

3.1 A Judicialização da Saúde e o Mínimo Existencial

Considerado intrínseco ao ser humano, o mínimo existencial refere-se ao precípua da vida humana, sendo um direito fundamental e essencial, assim, a ideia de mínimo social está intimamente entrelaçada com o dever do Estado em assegurar a dignidade da pessoa humana. Além disso, resulta-se da ponderação entre os princípios da dignidade humana e igualdade com a competência para vinculação orçamentária. Portanto, os direitos sociais fundamentais são garantidores de um mínimo necessário para vida, como acesso à saúde, medicamentos e hospitalização.

Muito embora o chamado mínimo existencial não tenha dicção constitucional específica e explícita, ele pode ser detectado em inúmeras passagens da Carta Magna. A noção de mínimo existencial estaria inserida nos princípios constitucionais que o informam, tais como igualdade, devido processo legal e livre iniciativa. (BARROSO, 2008. p. 95)

Para Ingo Sarlet (2008, p. 140), noção de mínimo existencial abrange “o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”. Sarlet sugere que o conceito de mínimo existencial é mais amplo que a concepção liberal de mera sobrevivência ou mínimo vital. Sendo, portanto, o ideal de vida digna, isto é, de condições materiais aptas a proporcionar uma vida digna.

O mínimo existencial contempla uma regra constitucional, sendo resultado, de um lado, da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a

competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático, respeitado o limite inato aos direitos de terceiros (ALBUQUERQUE, 2010, p. 97)

Conforme supracitado, o direito fundamental à saúde estabelecido na Constituição Federal, garante à população o acesso amplo e igualitário as atividades e atuações que promovam a proteção e a recuperação da saúde, concedendo ao Estado o encargo de promovê-las,

O mínimo existencial constitui um direito fundamental e prendem-se as ideias de sobrevivência, dignidade humana, condições materiais da existência, dos quais nem mesmo prisioneiros, doentes mentais e indigentes podem ser privados. O citado núcleo basilar de direitos fundamentais (ou mínimo existencial) seria uma das feições da liberdade humana, afinal, para que o homem possa ser considerado livre ele precisa usufruir de condições materiais mínimas (ALBUQUERQUE, 2010, p. 99).

Destarte, o mínimo existencial demanda um conjunto de prestações mínimas, sem o que se pode afirmar que o indivíduo não terá vida digna, ressalta Ana Paula de Barcellos (2002, p. 260) ao defender que nele devem-se incluir, diante das circunstâncias do Estado brasileiro, a educação fundamental, a saúde básica, a alimentação saudável, a assistência social no caso de necessidade e o acesso à justiça. A expressão “mínimo existencial” garante um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao gozo dos direitos fundamentais em geral.

As raízes do mínimo existencial remontam mais uma vez à jurisprudência alemã. [...] a Corte Constitucional alemã construiu a teoria de um “mínimo de existência” a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, da Lei Fundamental de Bonn), combinado com os direitos à vida e à integridade física, e mediante interpretação sistemática com o princípio do Estado Social (art. 20, I, LF). Na mesma toada, a Corte sedimentou que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”. Deveria, isso sim, realizar-se através de uma “casuística gradual e cautelosa”. Para Krell a teoria do mínimo existencial tem como função dotar o indivíduo de um direito subjetivo oponível ao Poder Público em casos de flagrante diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 98)

Dando continuidade à busca de uma definição para o nominado mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 258) propõe que estes devem envolver quatro frentes, a saber, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça,

sendo este último um elemento instrumental indispensável à dignidade plena. Por essa razão, o direito à saúde encaixa-se na proposta de mínimo vital. A lição a ser extraída é que a reserva do possível tem aplicação extremamente mitigada no que toca ao direito social à saúde.

É possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da ideia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, o que já era sustentado na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, quando assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico, direito este que também foi contemplado na Constituição Imperial brasileira de 1824 (SARLET, 2015, Revista Consultor Jurídico).

Tendo em vista que ao desempenhar um papel omissivo, o Poder Público deixa de assumir indicadores indispensáveis à realização do mínimo existencial, pois ele representa uma parcela essencial do próprio direito social, dissipando o seu significado concreto. Ricardo Lobo Torres (2003, p. 108), relacionando a teoria dos status dos direitos fundamentais com o mínimo existencial, afirma que ele protege contra constrições estatais ou de terceiros, por exibir um status negativo que impede a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos, possuindo, ainda, um status *positivus libertatis* que reclama a entrega efetiva de bens àqueles que se encontrem abaixo dos limites da pobreza.

É na área do direito social à saúde onde o avanço da dimensão prestacional do ativismo judicial se apresenta mais saliente e suscita as mais contundentes críticas. A “judicialização excessiva” do direito à saúde – com decisões ordenando o fornecimento gratuito de medicamentos, alguns até importados, tratamentos médicos urgentes, muitos de alto custo e alguns até no exterior, inclusive sequestro de verbas públicas para o custeio dessas necessidades – é rotina nos Fóruns e Tribunais. Sem dúvida, o Supremo, fundado principalmente na proteção ao mínimo existencial, teve participação importante nesse estágio de coisas. (CAMPOS, 2014, p. 330).

Assim, as atribuições de implementação, fiscalização e controle são direcionadas à Autoridade Pública, em contrapartida, ao Estado é incumbido à promoção, proteção e recuperação do direito à saúde em toda sua materialidade. Além disso, o Sistema Único de Saúde integra e organiza as atuações peculiares ao fomento da saúde, por intermédio da

disponibilização de hospitais, clínicas e postos de saúde, como também com o auxílio dos agentes de saúde entendendo a realidade e carência de cada família. “o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais” (MARTINS, 2020, p. 222).

De fato, malgrado essa “legitimidade democrática” imprimida ao Chefe do Executivo, o que se apreende na atualidade é uma escalada do número de pessoas que ingressam no Judiciário, imbuídas do desejo de corrigir diretrizes governamentais. Esta parcela crescente da população brasileira socorre-se da interferência “contramajoritária” do Poder Judiciário¹⁵, no intuito de fazer valer seus direitos subjetivos (VICTOR, 2010, p. 21)

As prestações materiais careceriam de concretização pelos órgãos públicos politicamente responsáveis, muito embora o que se encontra no Brasil é a prestação por parte do Poder Judiciário. Assim, contrariamente ao sentido originário do princípio do mínimo existencial, visto que apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais apresenta grau de fundamentalidade, a prestação alheia ao mínimo ficaria a cargo de legislação infraconstitucional que regulamentaria a matéria, não devendo o Poder Judiciário intervir além desta previsão legal.

3.2 A Judicialização da Saúde e a Reserva do Possível

Conforme explicita Victor (2010, p. 96) “a origem da cláusula da reserva do possível remete à Corte Constitucional Federal da Alemanha. [...] a Corte tedesco assentou que a concretização de pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito submete-se à reserva do possível”. Dessa maneira, não deveria existir a obrigação do Estado em fornecer o direito de maneira ampla, sem razoabilidade, independentemente de recursos. Ademais, o primeiro caso alemão proveniente da Reserva do Possível tratou da adoção do sistema *numerus clausus*, além de outros critérios de admissibilidade em Universidades Alemãs ao curso de Medicina. Esclarece Martins (2020, p. 177) que:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, “na medida em que os direitos de tomar parte são limitados e não existentes a priori, encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade. (...) Por outro lado, não há qualquer ordem constitucional no sentido de que, para cada candidato, em qualquer época e local de estudo à sua escolha, os custosos investimentos em educação superior sejam orientados exclusivamente em função da demanda pelos flutuantes e variados fatores individuais. Isso conduziria a outra falsa

concepção da liberdade, na qual seria desconsiderado que a liberdade pessoal não pode ser dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto, permitindo realizar uma conexão ilimitada da compreensão dos direitos subjetivos em detrimento da coletividade, a qual é incompatível com a ideia de Estado Social”.

“Na concepção original (alemã), a ‘reserva do possível’ refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas” (MARTINS, 2020, p. 179). Contudo, ao ser recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileira, a teoria da reserva do possível atravessou inúmeras transformações, sendo atualmente utilizada como uma restrição à realização de direitos fundamentais, baseada na escassez de recursos financeiros.

A natureza prestacional do direito à saúde origina o enfrentamento da problemática conduta às limitações financeiras e jurídicas do Estado. A escassez de recursos é utilizada por alguns jurisdicionais para comprometer a efetivação de comandos normativos prestacionais. Sendo assim, a finalidade está em amoldar as prestações que garantem os direitos fundamentais às possibilidades financeiras do Estado.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

O papel do Estado em providenciar que os direitos fundamentais sejam garantidos, encontra empecilhos na própria ausência de verbas públicas, visto que, por mais numerosa que seja a arrecadação do Estado, esta não é infinita. Em países como o Brasil, as limitações materiais ganham preponderância. A receita estatal se mostra incapaz de fazer frente à histórica dívida social.

A reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos, daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível. [...] a reserva do possível invade o próprio plano jurídico, é o direito que está intrinsecamente condicionado pela ‘reserva do possível’ e não apenas as condições da sua efetividade social ou da sua realização otimizada. E a reserva do possível invade o próprio plano normativo do direito social quando seu objeto a título principal se traduza, como dissemos, numa prestação financeira ou numa prestação fática direta e imediatamente convertível em prestação financeira (MARTINS, 2020, p. 185)

O fenômeno da escassez de recursos e, por conseguinte, a reserva do possível desempenha papel decisivo na concretização do direito à saúde. Embora positivado no Texto Constitucional, o direito social à saúde deve ser compatível com os recursos públicos à disposição. “Ao se falar em reserva do possível, prepondera à interpretação de que o núcleo de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana estaria livre das amarras inerentes à reserva do possível.” (ALBUQUERQUE, 2010, p. 97)

Prevalece no cenário doutrinário brasileiro, o entendimento de que o princípio seria limitante aos direitos fundamentais sociais. No entanto, pode-se entender que a reserva do possível poderá ser apelada quando se pondera a relação do custar daquele direito, ou seja, se existirá recursos econômicos disponíveis para tornar a prestação do direito à saúde executável. Dessa maneira, “tratar da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais quando ela se relaciona a aspectos lógicos de escassez de recursos poderia parecer até aceitável” (MARTINS, 2020, p. 215).

Em contrapartida, fixar um limite para cada direito, sobretudo o direito à saúde, tornaria insuficiente a fundamentalidade constitucional do direito, enfraquecendo a tutela jurídica deste, sendo apenas fundamentais os direitos e aspectos razoáveis financeiramente ao Estado, tendo este a possibilidade orçamentária de cumprir, deixando de possuir caráter fundamental aqueles em que o orçamento não satisfizesse.

O que não está no orçamento não seria fundamental. Tal posicionamento, de fato, enfraqueceria a força normativa dos direitos fundamentais sociais, já que, [...] a norma constitucional decorrente dos limites imanentes deve ser considerado uma regra, desprovida de pensamentos posteriores: “a partir do enfoque da teoria interna [...] que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É, sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes. [...] A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos. Se isto é assim – ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores (MARTINS, 2020, p. 186).

Assim, mostra-se imprescindível a elaboração de uma política compensatória de proteção jurídica, apta a fortalecer o conhecimento de direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de cidadãos carentes de proteção, fazendo-se notar, ainda, o caráter solidário desse aumento de capacidade da articulação social pelos direitos subjetivos.

Dessa maneira, a realização dos direitos fundamentais estará subordinada à realidade orçamentária do Estado.

O entendimento dos direitos sociais econômicos e culturais como direitos originários implica como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma 'reserva possível', para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos 'recursos econômicos' a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais não se reduz a um simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos (CANOTILLO, 1999, p. 448).

Destarte, o esforço da magistratura em afirmar direitos subjetivos constitucionais que assegurem o bem-estar, como decorrência da autonomia privada dos cidadãos, não deve importar no sacrifício de sua autonomia pública. De fato, os recursos públicos não possuem posição ilimitada, envolvendo dispêndio permanente em órgãos públicos, serviços públicos e os próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Porém, há necessidade de priorização de recursos para os custos com as prestações dos direitos sociais, recebendo influência direta das opções constitucionais perseguidas em caráter prioritário, como à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se compreender a atuação do judiciário e a perpetuação da garantia constitucional dos direitos sociais revela-se a necessidade de elaborar um paralelo entre os temas reserva do possível e mínimo existencial e busca responder a problemática questão da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, pelo viés da exploração bibliográfica

Para alcançar objetivos mais amplos, a investigativa utilizou-se da metodologia bibliográfica com abordagem qualitativa, metodologia legislativa e jurisprudencial, onde foi utilizado diversos autores para que a pesquisa seja realizada.

Para tal, faz-se necessário desenvolver um paralelo sobre o direito e a saúde no Brasil, mostrando a evolução legislativa do País, e como se relaciona com as questões da saúde, haja vista que para se entender sobre direitos e deveres, é imprescindível conhecer não só as legislações atuais, mas sim como estas foram desenvolvidas ao longo do tempo e como estas devem ir de encontro com os anseios da sociedade.

Também, indispensável foi abordar a questão da judicialização da saúde, onde foi demonstrado como esse fenômeno se iniciou no Brasil, e como evoluiu ao longo do tempo, chegando a causar um verdadeiro caos na saúde, vindo a atrapalhar todo o orçamento destinado a essa área.

A presente proposta inicia-se afirmando a hipótese de que a saúde deve ser uma preocupação do Estado e, ao final, verifica-se que toda a legislação brasileira foi criada com base na garantia dos direitos fundamentais, e a saúde é um deles, haja vista que a constituição Federal a traz em seu texto.

Em um segundo momento, coube compreender os dois princípios norteadores das decisões judiciais acerca do tema sendo, portanto, abordado no último capítulo os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, solidando a imprescindibilidade de ter o equilíbrio

entre os dois, pois sem isso, as políticas públicas não abrangeriam o máximo de indivíduos possível.

A presente proposta é importante para as respectivas áreas jurídica, haja vista que sempre deverá ser realizado uma reflexão sobre qual o limite de atuação do Estado para garantir o bem estar de uma pessoa e qual o ponto de razoabilidade das demandas judiciais.

Academicamente, este trabalho torna-se importante, pois tornou possível realizar uma pesquisa bibliográfica que dará subsídios para uma atuação jurídica futura.

Portanto, os objetivos aqui demonstrados foram satisfeitos e, ao final, conclui-se que a atuação do Estado deve ser limitada à reserva do possível, pois infelizmente o mesmo não pode deixar de garantir direitos para uma maioria em detrimento à uma pessoa.

REFERÊNCIAS

- APPOLINÁRIO, F. **Dicionário de metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011
- ANDRADE, Linhares, Emanuel. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2016
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª edição.: Editora Saraiva, 2008.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, v. 34. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 30/04/2021
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere), nº 9, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm, e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Obtido em 01/12/2013.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos 2001**/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2001.
- BARATA, R.; CHIEFFI, A.L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009.
- BRAUNER, Maria Cláudia C.; CIGNACHI, Janaina C. O direito à saúde e o papel do Poder Judiciário: uma perspectiva acerca das dimensões constitucionais e das tutelas coletivas. Juris. Rio Grande, v. 16, 2011, p.29-48.
- BUCCI, M.P.D.; SEIXAS, D.C. **Judicialização da saúde** - DIG. Editora Saraiva, 2017.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Grupo GEN, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CIARLINI, A.L.D.A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. CARTILHA: " JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS: APOIO TÉCNICO-FARMACÊUTICO PARA A DIMINUIÇÃO E/OU QUALIFICAÇÃO DAS DEMANDAS" . Brasília: [s.n.], 2018. Disponível em: . Acesso em: 23 abr. 2019.

CORREIA, J.G. V. **Sociologia dos direitos sociais : escassez, justiça e legitimidade**, 1ª edição.: Editora Saraiva, 2013.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as Constituições do Brasil – Edição Comentada**. Campinas/SP: Bookseller, 2001.

DIAS FERNANDES, Tania Maria; CRÚS CHAGAS, Daiana; MELLO De SOUZA, Érica. **Varíola e vacina no Brasil no século XX: institucionalização da educação sanitária** *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, núm. 2, febrero, 2011,

direitos humanos. Rio de Janeiro, n. 5, 2003, p. 108

ELAINE, B. **Política social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 100

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetrus

LOZADA, Gisele. **Metodologia Científica**. Grupo A, 2019.

M.A.D. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2020.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S.G. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo**. *Brasil. Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MARTINS, F. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. Editora Saraiva, 2020.

MORAES, A.D. **Direitos Humanos Fundamentais**: Grupo GEN, 2021.

MORENO, Jamile Coelho, VENDRAME, Alan. Saúde como Garantia Fundamental: Uma Perspectiva da Evolução Constitucional e Histórica das Políticas públicas. Direitos Sociais, uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Boreal. 1ª ed. 2011, p. 15

MOURA, A.W.D.; PAULO, B.; JORGE, M. **Comentários à Constituição Federal de 1988.**: Grupo GEN.

OLIVEIRA, Blendel da Silva. "**A judicialização do direito à saúde: a discussão da reserva do possível e do mínimo existencial.**" (2019).

Pinho, R.C. R. *Direito constitucional : da organização do Estado, dos poderes histórico das constituições*. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2018

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 29 Aug 2021

SAMPAIO, M. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**, 1ª Edição: Editora Saraiva, 2012.

SAMPAIO, Marcos. O Conteúdo essencial dos direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2013

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008.

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 30/04/2021.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; Marinoni, L. G. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593402. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 2021 set. 01.

SARLET, I.W. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. Revista Consultor Jurídico, 8 de maio de 2015, 11h01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial> Acesso em: 30/04/2021.

SARLET, I.W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L.G. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

SCHWARTZ Germando, BORTOLOTTO Francine Woutheres – **A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias** – 2008, Brasília. Disponível: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimensao_prestacional_direito_saude_177.pdf. Acesso em 30/04/2021

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. In R. Katál., Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264, jul./dez. 2011

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Leny Pereira da – **Direito à saúde e o princípio da Reserva do Possível** – monografia.

Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em 30/04/2021.

SILVA, Leny Pereira da. DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL. 2005

STF – **Pleno** – **MS nº 22164/SP** – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov.1995,p.39.206.Disponível:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo53.htm>. Acesso em 30/04/2021.

STF - **Rcl: 43156 GO 0102082-25.2020.1.00.0000**, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 21/12/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/02/2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1163779105/agreg-na-reclamacao-rcl-43156-go-0102082-2520201000000>. Acesso em 30/04/2021.

TJ-SC-AC: **20090092323 Capital 2009.009232-3**, Relator: José Volpato de Souza, Data de Julgamento: 04/03/2010, Quarta Câmara de Direito Público. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18860139/apelacao-civel-ac-709614-sc-2008070961-4/inteiro-teor-18860140>. Acesso em 30/04/2021

TORRES, Ricardo Lobo. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais. Arquivos de**

VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/Aids. *Divulgação em Saúde para Debate* Rio de Janeiro, n. 27, p. 107-115, agosto 2003.

VIANNA, L.W.; BURGOS, M.B. Entre princípios e regras (cinco estudos de caso de Ação Civil Pública), *Cadernos CEDES-IUPERJ*, p. 1-47, jan. 2005.

VICTOR, R.A. D. Série IDP - Judicialização de Políticas Públicas - Para a educação infantil, 1ª edição. Editora Saraiva, 2010. 9788502140059. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140059/>. Acesso em: 2021 set. 06.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina Teixeira. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229056744.pdf>. Acesso em 31/08/2021.