

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

CLEIS DA SILVA PINTO

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE**

FLORIANÓPOLIS

2022

CLEIS DA SILVA PINTO

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto
Coorientadora: Mestranda PPGD- UFSC - Hélen Rejane Silva Maciel Diogo

FLORIANÓPOLIS

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Pinto, Cleis da Silva

O princípio da reserva do possível frente à judicialização da saúde / Cleis da Silva Pinto ; orientador, Francisco Quintanilha Veras Neto, coorientador, Hélien Rejane Silva Maciel Diogo, 2022.

61 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito à saúde. 3. Reserva do Possível. 4. Mínimo existencial. 5. Escassez. I. Neto, Francisco Quintanilha Veras . II. Diogo, Hélien Rejane Silva Maciel. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Cleis da Silva Pinto**, defendido em **21/07/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 21 de Julho de 2022



Documento assinado digitalmente
Francisco Quintanilha Veras Neto
Data: 25/07/2022 12:55:39-0300
CPF: 888.328.139-04
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Francisco Quintanilha Veras Neto
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
CAROLINE NEVES OLIVEIRA DA SILVA
Data: 25/07/2022 10:41:14-0300
CPF: 033.355.245-86
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Caroline Neves Oliveira da Silva
Membro de Banca

Delina Santos Azevedo

Delina Santos Azevedo
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
NELSON NOGUEIRA AMORIM FILHO
Data: 28/07/2022 18:44:00-0300
CPF: 052.515.365-93
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Nelson Nogueira Amorim Filho
Suplente



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Cleis da Silva Pinto

Matrícula: 13101422

Título do TCC: **O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Orientador(a): Francisco Quintanilha Veras Neto

Eu, Cleis da Silva Pinto, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 21 de Julho de 2022.



Documento assinado digitalmente

Cleis da Silva Pinto

Data: 29/07/2022 01:23:20-0300

CPF: 065.293.289-47

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Cleis da Silva Pinto

Este trabalho é dedicado às mulheres da minha família, em especial, a minha mãe Dona Maria, pois, não obstante as adversidades da vida, sempre foi e sempre será meu maior exemplo da incrível força feminina, desde tenra idade.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer à minha mãe, Dona Maria, por absolutamente todas as conquistas que tive na vida. Se não fosse o seu esforço sobre-humano para me proporcionar condições e oportunidades mil, jamais teria conseguido atingir tudo o que me foi possível conquistar até o momento, bem como as conquistas futuras.

Da mesma forma, estendo o cumprimento a todo o restante da família, especialmente ao meu irmão, Marcus, que, segundo ele, é o melhor advogado do mundo. Agradeço também aos amigos pelos importantes momentos de descontração nas fases mais complicadas da graduação.

Mais especificamente sobre o trabalho de conclusão de curso, agradeço ao meu orientador, prof. Francisco Quintanilha Veras Neto, por aceitar prontamente esse desafio comigo. Dentro desse desafio, devo um agradecimento mais que especial para minha Coorientadora Helen Rejane Silva Maciel Diogo a quem me auxiliou sempre, com leveza e bom humor. Sem falar na sua competência extraordinária.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação; não só profissional, mas principalmente para me tornar a pessoa que hoje sou. Meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar se o princípio da reserva do possível demonstra-se um empecilho, em contraponto ao mínimo existencial, para a efetivação do direito à saúde no contexto da pandemia de COVID-19 no Brasil. Para tanto, o direito à saúde encontra-se disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que determina que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo garantido através de políticas públicas. A judicialização do direito à saúde se compreende em um reflexo da omissão estatal frente à garantia deste direito e, como consequência, observa-se a falta de acesso aos serviços de saúde, que vem se tornando mais um obstáculo na garantia da universalidade do SUS. Assim, a análise da judicialização da saúde no cenário atual se torna essencial por se apresentar como ferramenta de efetivação do direito à saúde. Desse modo, será analisada utilização do princípio da reserva do possível como forma de dificultar a efetivação do direito à saúde, tendo como alicerce a contraposição entre o referido direito e a escassez de recursos públicos. Como resultados, verificou-se que não é factível exigir de um juiz uma previsibilidade das condições de cada caso, pois as situações que envolvem a vida das pessoas, especialmente no tocante ao fornecimento de remédios de alto custo, comumente ligados a doenças mais complexas, não podem ser deixadas de lado sob o fundamento da escassez de recursos públicos, pois deve prevalecer a dignidade da pessoa humana. Baseando-se nas características do trabalho, tem-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva que foi utilizada para sustentar cientificamente os objetivos almejados pelo estudo.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mínimo existencial. Escassez. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present work aims to analyze whether the principle of the reserve of the possible reveals itself as an obstacle, in contrast to the existential minimum, to the realization of the right to health in the pandemic of COVID-19 in Brazil. Therefore, the right to health is foreseen in article 196 of the Federal Constitution of 1988, which determines that health is a right of all and a duty of the State, being guaranteed through public policies. Judicialization is understood as a reflection of the State's mission to guarantee this right and, as a consequence, the right of access to health services is observed, which has become one more obstacle to guarantee the universality of SUS. Thus, the analysis of the judicialization of health in the current scenario becomes essential to present itself as an instrument for the realization of the right to health. In this way, it will be possible to use the principle of the right to health, having as a resource the license of reservation of use between the reference right and the need for public use. As generally related results, it is assumed that a specific way of life is not provided for, because from the circumstances surrounding the condition of each person, a provision of high-cost drugs, more complex diseases, can not be fundamental to the human person aside, because the appeal of the public must prevail. Based on the characteristics of the work, there is a bibliographic, qualitative and descriptive research that was used to scientifically support the objectives pursued by the study.

Keywords: Right to health. Essential minimal. Scarcity. Reserve of the Possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	10
1.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS.....	10
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE NO PLANO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.....	13
1.3 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	20
2 JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA DO CONFLITO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	22
2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: VANTAGENS E DESVANTAGENS.	22
2.2 DIREITO À SAÚDE COMO NÚCLEO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	26
2.3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS BALIZAS DO ORÇAMENTO PÚBLICO NA CONCREÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	28
2.4 DIREITO À SAÚDE: RESERVA DO POSSÍVEL vs. MÍNIMO EXISTENCIAL.....	33
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL.....	37
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 E O DEVER DO ESTADO PARA COM A SAÚDE DA POPULAÇÃO.....	37
3.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A DECISÃO PARADIGMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO À SAÚDE.	40
3.3 ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL NA PANDEMIA DE COVID-19.....	45
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
5 REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo o direito à saúde, determinado pela Constituição Federal de 1988 sob a defesa de direito social, consolidando enquanto dever do Estado a implementação e consumação de políticas públicas que perpassam a temática. A Lei Maior, no seu artigo 196, assegura a igualdade e universalidade perante a lei nos processos de organização de atividades, trabalhos e tutela para a realidade do direito à saúde.

No campo do constitucionalismo, a problemática da judicialização que envolve a saúde não é nova, e o Poder Judiciário há bastante tempo definiu a obrigatoriedade do Estado em prover a saúde integral à população. No entanto, devido à pandemia mundial instaurada pela COVID-19 em 11 de março de 2020, muitos indivíduos deixaram de procurar atendimento médico para outras enfermidades não menos relevantes, além do que o Estado brasileiro, concentrado especialmente na alocação de orçamento e na prestação de serviços relacionados ao combate ao novo coronavírus, muitas vezes negligenciou o atendimento àquelas enfermidades, prospectando um aumento da judicialização da saúde.

O dever ora mencionado demonstra-se ainda mais urgente em um país como o Brasil, no qual as desigualdades sociais são bem evidentes, tendo em vista que uma larga parte da população depende da saúde pública, garantida de forma gratuita pela Constituição Federal de 1988. Dedicase, para tanto, à investigação do direito fundamental à saúde enquanto componente fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com isso, o trabalho focaliza a seguinte questão: Mediante o cenário instaurado pela pandemia de COVID-19 no Brasil, o princípio da reserva do possível, em contraponto ao mínimo existencial, se demonstra um óbice na efetivação do direito à saúde no Brasil? Tal questão adentra o contexto de trabalho de juízes capacitados para assegurar demandas judiciais dessa ordem e, obviamente, não possui uma solução rápida e fácil. O presente estudo irá analisar a obrigação do Poder Público em fornecer à sociedade medicamentos não integrados ao Sistema Único de Saúde, bem como tratamentos de saúde, problema recorrente para o Poder Judiciário, que resulta no acontecimento da judicialização da saúde.

Em conformidade às características do presente estudo, verifica-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva, usada para a sustentação científica dos objetivos do trabalho. Com uma didática de cunho exploratório, a pesquisa efetua o levantamento de doutrinas, artigos e legislação sobre o tema, com a finalidade de identificar as questões relevantes que afirmam sustentação aos argumentos trazidos.

A fim de ver respondido o problema, o trabalho dividiu-se em três capítulos, onde o primeiro traz noções introdutórias sobre o direito à saúde, sendo delineada a conjuntura do Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil, o direito à saúde no plano constitucional e infraconstitucional, para, em seguida, analisar a relevância dos direitos fundamentais para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo trouxe a conjuntura da judicialização da saúde no Brasil, suas vantagens e desvantagens, além de explanar considerações acerca do direito à saúde como núcleo do mínimo existencial. Em seguida, examinou-se o princípio da reserva do possível e os limites do orçamento público na efetivação do direito à saúde, para, por fim, analisar o conflito existente entre ambos os princípios (mínimo existencial *versus* reserva do possível).

O terceiro capítulo aborda a judicialização da saúde na conjuntura pandêmica vivenciada no Brasil, sendo exposta uma contextualização da pandemia e o dever estatal para com a saúde da população, a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal em relação aos medicamentos de alto custo e, por fim, uma análise jurisprudencial sobre o direito à saúde no cerne pandemia do novo coronavírus, a fim de verificar como os Tribunais brasileiros vêm tratando tal questão tendo em vista a escassez de recursos ainda mais latente no estado de calamidade pública vivenciado.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO À SAÚDE

Este capítulo apresenta a definição de saúde e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil para, a seguir, esclarecer os direitos fundamentais, com ênfase no direito à saúde no campo constitucional e infraconstitucional. Por último, é apurado o valor deste direito para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois sua violação seria um embate direto com tal fundamento.

1.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

O presente tópico almeja apresentar o Sistema Único desde sua origem até a atualidade que, através de ações e serviços públicos devem suprir as necessidades em matéria de saúde da população. Nessa perspectiva, criou-se a Lei 8.080/90 “Lei Orgânica da Saúde” que trouxe como objetivo a verificação e divulgação de premissas condicionantes e determinantes da área da saúde.

O Sistema Único de Saúde originou-se de uma organização social, que agrupou profissionais da saúde, sindicatos, empregados e entidades comunitárias, destinadas a instrumentalizar e permitir um atendimento de qualidade à sociedade. O SUS não é reflexo de nenhum governo ou partido específico, mas sim um êxito social, uma vez que até a sua elaboração apenas aqueles que detinham condições econômicas ou que eram trabalhadores regularizados detinham o direito ao atendimento médico. Assim, a incorporação do direito à saúde como direito fundamental social, no art. 6^a do texto constitucional, é fruto da luta de movimentos sociais realizados entre 1976 e 1988, através de reformas sanitárias (BRASIL, 1988).

De acordo com Flávia Silva de Oliveira (2015), o fenômeno chamado de Reforma Sanitária objetivava modificar a gestão da saúde contributiva, concentrada e atrelada ao Ministério da Previdência. Nessa perspectiva, obteve destaque essencial a 8^a Conferência Nacional de Saúde, que apresentou o debate e a proposição de pressupostos visando a descentralização e a participação social na gestão, para então efetivar um direito igualitário e universal à saúde pública.

Ainda em consonância às lições elucidadas por Oliveira (2015, p. 81):

Nessa Conferência, realizada em 1986, discutiu-se um novo modelo de saúde para o Brasil, que refletiu na Constituição Federal de 1988. A saúde passou a figurar como um direito fundamental dos cidadãos e um dever do Estado, que deve assegurar atendimento universal e igualitário.

Nesse sentido, o SUS foi idealizado sob a premissa de que todos possuem direito à saúde, mesmo que não sejam filiados à Previdência social, de que dependam de caridade, de constatação da condição de hipossuficiência econômica ou, ainda, de disporem de recursos econômicos insuficientes. A acepção de seguridade social encontra-se fundamentada na solidariedade e na democracia, sem nenhuma distinção ou privilégios, devendo predominar a isonomia à toda sociedade.

Todavia, o entendimento do SUS se diversifica de acordo com os inúmeros pontos de vista. Para os profissionais da área da saúde, de maneira geral, é um sistema que remunera muito mal, para a sociedade, pode ser caracterizado como um sistema ineficiente com extensas filas de espera por atendimento. No ponto de vista dos gestores públicos, o SUS não apresenta os recursos necessários para atender com eficiência e dignidade o elevado número de demandas. E, por último, “para quem possui recursos, o SUS é visto como um serviço disponível para os que não possuem condições para arcar com um plano de saúde privado” (OLIVEIRA, 2015, p. 83).

Em conformidade ao artigo 198, § 1º da CF/88, o SUS se encontra voltado para suprir as necessidades e viabilizar o bem-estar social à sociedade, e para isso terá seu financiamento exercido nos termos do art. 195, o qual dispõe que a seguridade social será financiada por toda a população, de modo direto e indireto, nas condições da legislação, mediante recursos advindos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1988).

Dessa forma, por meio de ações e serviços públicos, a União, os Estados e Municípios, devem suprir – de modo integral – as necessidades dos indivíduos no tocante à saúde, uma vez que não existe hierarquia entre eles, mas sim funções e competências, com a repartição de responsabilidades pelas ações e serviços no âmbito da saúde, respondendo estes de maneira solidária.

Nesse sentido, elaborou-se a Lei 8.080/90, também denominada como Lei Orgânica da Saúde e, por dispor sobre o SUS, ficou reconhecida como a Lei do SUS. Assim, segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2006, p. 197) é possível asseverar que “o SUS é composto por um emaranhado de ações e serviços públicos de saúde, realizados de modo cooperado por órgãos federais, estaduais e municipais, e até mesmo pelo âmbito privado, mas em caráter complementar.”

E, em conformidade aos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 211):

O SUS pode ser caracterizado primordialmente como uma garantia institucional fundamental, tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender. Assim, a constitucionalização do SUS como uma garantia institucional fundamental

significa que o direito à saúde deve ser pautado pelos princípios e diretrizes previstos na CRFB/88 (artigos 198 a 200).

Dentre os princípios, destaca-se o da unicidade, que determina que o SUS é um sistema unificado, sendo proibido aos entes federativos adquirirem sistemas públicos de saúde exclusivos. Assim, os serviços e ações de saúde estão submetidos a um único sistema, obtendo um norteamto único e apenas um planejamento, mesmo que fragmentado em cada âmbito de governo, isto é, em níveis nacionais, estaduais e municipais.

Todavia, apesar de sua unicidade, “o SUS detém uma atuação regionalizada, ou seja, é capaz de adaptar seus serviços e ações em conformidade à localidade de atuação” (SARLET, 2011, p. 230). Em razão disso, ocorre uma descentralização do sistema, subdividindo regionalmente as atribuições dos entes federativos, de modo que a responsabilidade pelas ações e serviços no âmbito da saúde fique a cargo dos Estados e, sobretudo, dos Municípios, enquanto a União age mais em caráter supletivo e subsidiário.

Por seu turno, a hierarquização dos serviços de saúde se resulta na divisão de redes em níveis de complexidade, quais sejam: básica, média e alta, de modo que o acesso aos mencionados serviços acontece a partir dos mais simples até os mais complicados, com exceção das situações urgentes (SARLET, 2011).

A Lei nº 8.080/90, traz as finalidades do SUS em seu dispositivo 5º, o qual deverá verificar e divulgar as premissas condicionantes e determinantes da saúde, viabilizando a diminuição do risco de enfermidades e outros gravames, onde o indivíduo terá acesso universal e isonômico às ações e serviços no âmbito da saúde, devendo ser elaboradas políticas públicas norteadas a propiciar nos âmbitos sociais e econômicos, a observância da determinação do parágrafo 1º do art. 2º da Lei em comento, promovendo a prevenção, proteção e recuperação da saúde, com o exercício integrado das ações assistenciais e das atividades preventivas. Vejamos o artigo supracitado:

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

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

A referida lei determina, ainda, a seara de atuação do SUS em seus dispositivos 6º, I, d, e 7º, I e II, onde estão inclusas a execução de ações, de assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica; e ações e serviços públicos de saúde e os serviços particulares contratados ou

conveniados que incorporam o SUS, que serão desempenhados em conformidade às diretrizes dispostas no art. 198 do texto constitucional de 1988 (BRASIL, 1988).

A saúde se demonstra uma condição essencial à garantia da vida humana, se conectando com a dignidade da pessoa humana e, sendo a saúde de elevada relevância, o texto constitucional estabeleceu uma conjuntura organizacional com a finalidade de assegurar o direito à saúde por meio de um delineamento do que seria o SUS. Com o intuito de regulamentar e aferir funcionalidade ao sistema, sendo essencial a criação da Lei Específica de Saúde, a Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990).

Como apontado pelo Ministério da Saúde em 2021, o Sistema Único de Saúde (SUS) é o único sistema público de saúde do planeta que atende mais de 190 milhões de pessoas - 80% delas dependem, exclusivamente, dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. Além disso, todos podem usar o SUS, de modo gratuito, pois seus princípios são a integralidade, a igualdade e a universalidade. Nessa esteira, pode-se asseverar que 100% dos brasileiros usa, usou ou usará os serviços do sistema, que é indispensável para os cidadãos e vem se caracterizando como uma política pública complexa, abrangente e solidária (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Portanto, a análise do SUS demonstra-se relevante ao tema-problema por ser a via de milhões de brasileiros ao acesso à saúde que, por vezes, se deparam com a falta de medicamentos e tratamentos essenciais à sua enfermidade, em razão da escassez de recursos públicos na área.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE NO PLANO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais são delineados como normas jurídicas atinentes à concepção de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, amparados no arcabouço constitucional de um Estado Democrático de Direito e, por causa de sua relevância axiológica, são legitimados em todo o ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, a doutrina de Alexandre de Moraes (2013, p. 21) estabelece o conceito de direitos fundamentais, como sendo:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Objeto do presente estudo, os direitos fundamentais sociais se compreendem nas conquistas dos movimentos de cunho popular, sendo reconhecidos à nível mundial e pela Constituição Federal de 1988. André Ramos Tavares (2007, p. 837) conceitua direitos sociais como

aqueles que "exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes." São, por tal razão, reconhecidos também como direitos prestacionais. Desta feita, é nítida a relevância de tais direitos, tendo em vista que o desenvolvimento de prestações positivas almeja alcançar esferas sociais dos mais vulneráveis.

No mesmo sentido, Jorge Miranda (2016, p. 386) aponta que os direitos sociais tendem a "promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento."

Assim, é possível constatar que os direitos sociais são muito importantes para o bem-estar da sociedade porque protegem as pessoas de experiências adversas e lhes permitem ter uma vida digna. Esses direitos incluem o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à proteção social, dentre outros. Desta feita, assegurar que as pessoas tenham acesso a esses direitos básicos é fundamental para uma sociedade justa e solidária.

No entanto, é importante notar que os direitos sociais não são garantidos de forma igualitária para todos no contexto prático. Há muitas pessoas que não têm acesso a esses direitos porque não têm condições financeiras ou porque vivem em lugares onde esses direitos são inexistentes. Por isso, é importante lutar para assegurar que todas as pessoas tenham acesso aos direitos sociais, de forma igualitária.

Nessa toada, é possível definir que os direitos sociais compreendem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado, tendo como finalidade o aperfeiçoamento das condições de vida aos hipossuficientes, objetivando a concretização da igualdade material ou substancial, com fulcro no artigo 6º e seguintes da Constituição Federal de 1988 e, também, são disciplinados em outros dispositivos constitucionais, por exemplo, o artigo 196 que dispõe sobre o direito à saúde (BRASIL, 1988).

Corroborando ao tema, Moraes conceitua os direitos fundamentais na acepção material como prerrogativas e instituições que o sistema jurídico nacional consolida em garantia de uma convivência efetivamente digna, livre e isonômica de todos os indivíduos em que o objetivo precípua consiste no respeito à dignidade da pessoa humana, através de sua tutela e respaldo contra o arbítrio do Estado e a determinação de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2013).

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2012, p. 160) assevera que:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de equalização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização

destas prestações, constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

O direito à saúde pública no Brasil tem uma longa e complexa história, que está fortemente ligada à história do país como um todo. A saúde pública brasileira teve seus primórdios durante o período colonial, quando a saúde era considerada um bem privado e era de responsabilidade dos governantes coloniais garantir a saúde apenas dos seus cidadãos. A saúde pública no Brasil só começou a se desenvolver de forma sistemática a partir do século XIX, quando o país passou por uma profunda reforma sanitária (SILVA, 2012).

A partir desse momento, a saúde começou a ser considerada um bem público e a ser responsabilidade do Estado. O desenvolvimento da saúde pública brasileira foi interrompido pelo período da ditadura militar, quando houve uma regressão nos avanços conquistados. A partir da década de 1980, a saúde pública brasileira voltou a se desenvolver, com a criação do Sistema Único de Saúde, demonstrado no tópico anterior (MORAES, 2013).

Na década de 1980, o advento da CF/88 outorgou direitos sociais aos cidadãos e apresentou notada revolução ao dispor em seu texto acerca, por exemplo, do direito fundamental à saúde, à assistência social pois, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais possuem a finalidade de alcançar a melhoria de vida e estabelecer o bem social entre a sociedade (BRASIL, 1998).

O direito à saúde no plano constitucional encontra-se previsto nos dispositivos 196 a 200, que determinam as seguintes bases para a efetivação do mesmo: 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 (BRASIL, 1988).

O direito fundamental à saúde consiste em um direito social reconhecido em âmbito internacional e pelo texto constitucional de 1988, como um triunfo dos movimentos populares, sendo um direito básico assegurado pela CF/88 que o viabiliza a todos conforme um dos direitos sociais aferidos no *caput* de seu dispositivo 6º, por se referir a um direito essencial para a concretização e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o debate acerca das transformações e melhorias promovidas pelo texto constitucional de 1988 para os cidadãos nos mais variados âmbitos, dentre essas alterações encontra-se o direito fundamental à saúde, demonstra que não é viável prosseguir o estudo sem uma análise das leis elencadas no referido Diploma.

Corroborando ao estudo, as lições de José Murilo de Carvalho (2013, p. 20) apontam que:

O Constituinte trabalhou mais de um ano na redação da Constituição, fazendo amplas consultas a especialistas e setores organizados e representativos da sociedade. Finalmente foi promulgada a Constituição em 1988, um longo e minucioso documento em que a garantia dos direitos do cidadão era a preocupação central.

O direito à saúde se encontra disposto na CF/88, dentre os direitos fundamentais sociais, com destaque no princípio da dignidade da pessoa humana, direcionado a todos os indivíduos, sem a distinção de raça, cor ou classe social, sendo um direito que deve ser assegurado pelo Poder Público.

Em conformidade aos estudos realizados por Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 194), quando elucida que ainda que o direito à saúde não estivesse estabelecido na CF/88, o papel de prestação seria direcionado ao Estado, tendo em vista que é um direito fundamental do indivíduo, e um dever fundamental de prestação estatal. Assim, segundo a autora “é possível aferir que o direito à saúde está inserido em uma ramificação do direito fundamental à vida”.

No mesmo sentido da referida autora, observa-se os dizeres de Sarlet (2011, p. 61):

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com a situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Sarlet, em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, elucida que o direito à saúde é essencial, não importando se este se encontra disposto ou não no texto constitucional, pois seria um direito humano indispensável à vida. Desse modo, é possível apontar a condição econômica de cada pessoa, pois o direito à saúde é para todos, em tese, mas os indivíduos mais carentes financeiramente devem ser beneficiados primeiro pelo Poder Público, uma vez que não possuem condições de arcar um tratamento de saúde pela via privada (SARLET, 2011).

Por seu turno, as lições de Figueiredo (2007, p. 65) apontam que “devem ser titulares de direitos econômicos, sociais e culturais somente aqueles indivíduos que tenham necessidade de ajuda, jamais quem assim não se apresente.” Vale evidenciar, assim, que o direito à saúde se encontra disposto no art. 6º em conjunto aos demais direitos fundamentais sociais que possui como finalidade máxima o bem-estar e a justiça social e todos os cidadãos. Vejamos:

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

Assim, é possível aferir que o texto constitucional de 1988 apresentou uma preocupação centralizada nos direitos fundamentais sociais e, dentre eles, o direito à saúde ganhou destaque maior, sendo um dever estatal aferir condições mínimas ao indivíduo.

Para tanto, os direitos fundamentais sociais do indivíduo são direitos assegurados a toda a sociedade, direitos estes que se originam da própria natureza do ser humano, dotados de caráter universal, uma vez que não podem ser infringidos. Assim, os referidos direitos sociais foram tutelados pela CF/88 em um rol de garantias fundamentais em seu dispositivo 5º. Sobre o tema, os ensinamentos de Paulo Bonavides (2006, p. 594) aferem que:

A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

A partir da década de 1970, o campo da saúde passa por uma significativa mudança no Brasil, na qual o debate sobre a crise da saúde no país se intensifica e para analisá-la se reúnem profissionais das mais diversas áreas, teorias, instituições, políticas e população. A Reforma Sanitária é considerada como uma referência na consolidação de um movimento de acesso universal à saúde pública, contemplando questionamentos e propostas a respeito da organização da vida em sociedade, incluindo diferentes atores nessa construção (BONAVIDES, 2006).

Esse cenário de organização política, econômica e social do país era também um local onde residiam diferentes movimentos, como o Movimento de Saúde da Zona Leste de São Paulo e o Movimento Popular de Saúde. Apesar de terem origens e características diferentes, tais movimentos possuíam em comum a elaboração de um plano conjunto fundamentado na ampliação dos direitos sociais e democráticos (FIGUEIREDO, 2007).

Com o intuito de alcançar o bem-estar e a justiça social, o direito à saúde foi incluído no texto constitucional de 1988. Nesse sentido, o dispositivo 196 da CF/88 determina a saúde como direito de todos e dever estatal, sendo este muito relevante, por se encontrar relacionado ao direito à vida e o princípio da dignidade humana. Vejamos:

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.

Dessa forma, a consagração da saúde como um direito fundamental social, estabeleceu o dever ao Estado de criar prestações positivas em benefício do cidadão através de políticas públicas sociais e econômicas direcionadas à efetivação, promoção e recuperação da saúde, dever este que

deve garantir senão a cura da doença, uma melhor qualidade de vida ao indivíduo, tornando viável e acessível o tratamento a toda população.

Após um longo processo de lutas e mobilizações, a reivindicação do direito à saúde pública pode ser assegurada legalmente com a promulgação da Constituição de 1988, legitimando a saúde como um direito universal. Entretanto, sua efetivação ainda é um desafio, intensificado por um cenário de crise socioeconômica e adesão estatal de ideais conservadores e neoliberais. O grande desafio da sociedade civil, especialmente dos movimentos sociais mencionados, é lutar pela garantia de uma política de saúde voltada não apenas ao desenvolvimento do setor, mas uma política destinada ao completo bem-estar social.

O direito à saúde, apesar de disposto constitucionalmente, nem sempre é efetivamente prestacional. Há diversas debilidades verificadas, que dificultam o acesso aos serviços de saúde, bem como a efetivação da prestação dos serviços. Uma das principais é a falta de estrutura, o SUS é o maior sistema público de saúde do mundo, mas enfrenta constantes problemas de superlotação, falta de médicos e de equipamentos. Além disso, a desigualdade regional é outro obstáculo à efetividade do direito à saúde, pois a maior parte dos recursos financeiros do SUS é concentrada nas grandes cidades, deixando as pequenas e médias cidades com estruturas ainda mais precárias.

Outro problema é a falta de políticas públicas eficazes. Apesar do SUS ter sido criado como um sistema universal e equânime, a realidade é bem diferente. Ainda há muita burocracia e os recursos são muitas vezes utilizados de maneira inadequada. Além disso, as políticas públicas de saúde ainda são muito focadas na atenção curativa, deixando de lado a prevenção. Enfim, o direito à saúde não é efetivamente prestacional no Brasil devido a diversos fatores, que vão desde a falta de estrutura até a falta de políticas públicas eficazes. Para que esse direito seja efetivamente garantido, é preciso que haja uma mudança de paradigma, que priorize a prevenção e a melhoria da estrutura do SUS.

No plano infraconstitucional, a Lei Orgânica nº 8.080/1990 regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo diretrizes que visam à promoção, proteção e recuperação da saúde, além de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua manutenção. Embora essa seja uma lei que visa assegurar direitos, a sua aplicação não é tão eficaz assim. A complexidade do sistema de saúde pública faz com que a aplicação dessa lei seja bastante difícil, o que leva a inúmeros problemas no atendimento aos usuários do SUS (BRASIL, 1990).

Assim, o direito à saúde está previsto na Lei Orgânica nº 8.080/1990, sendo expostos os serviços de saúde no âmbito privado por organizações particulares e profissionais liberais. A fim de se compreender o debate em torno da escassez de recursos públicos, importa aferir que as

instituições particulares também são relevantes à matéria, tendo em vista que segundo o art. 199 da CF/88 “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988).

No tocante à alteração na política de saúde trazida pela Constituição Federal de 1988, Eduardo Braga Rocha (2011, p. 41) elucida seu entendimento:

Esboçada desde os anos 70, a crise do setor saúde foi um fator de natureza endógena à própria política, o qual forçou a busca de novas alternativas frente ao esgotamento da capacidade de financiamento da assistência nos moldes em que foi estruturada e se refletia na queda da qualidade dos serviços e na insatisfação generalizada de usuários e prestadores, tanto profissionais quanto hospitalares.

Nessas condições, observa-se que diante da crise no âmbito de saúde, devido motivo da baixa qualidade dos serviços que estavam sendo realizados na época e da desigualdade social existente no Brasil, ocorreu a necessidade de ser constituído um sistema público de saúde, com o objetivo de melhor atender de modo isonômico e gratuito os anseios da sociedade nesse setor (ROCHA, 2011).

Acontece que, simultaneamente à elaboração do SUS, verificou-se um elevado crescimento nos serviços privados no setor da saúde. Isso pois a ampliação do sistema privado de saúde, justamente na mesma época que o sistema público tornou-se universal e gratuito, ocorreu basicamente em motivo da escassez de recursos públicos para atender a todos com a devida qualidade (ROCHA, 2011).

Os serviços relativos à saúde no âmbito privado podem ser realizados a partir dos contratos de planos de saúde ofertados por instituições particulares e profissionais liberais. Assim, segundo Luiz Augusto Ferreira Carneiro (2012, p. 205) as pessoas que se depararem insatisfeitos com a realização dos serviços públicos de saúde e forem dotadas de condições financeiras, obtêm a opção de contratar um plano de saúde individual ou coletivo, “viabilizados pelo âmbito privado, a fim de melhor suprir às suas necessidades e anseios”.

Uma das principais críticas norteadas ao SUS – e que levam aqueles que possuem condições a contratar um plano de saúde – é a falta de investimento. O referido Sistema é mantido com recursos públicos, mas os valores aplicados são insuficientes para que ele funcione de forma adequada. Além disso, a má gestão dos recursos públicos também é um problema, o que leva ao desperdício de dinheiro e à má aplicação dos recursos. Outro problema é a falta de profissionais de saúde qualificados. A demanda por médicos, enfermeiros e outros profissionais não é atendida, o que leva ao desgaste dos profissionais que trabalham no sistema e à diminuição da qualidade do atendimento.

A falta de investimento, a má gestão e a falta de profissionais qualificados são problemas que afetam diretamente o atendimento aos usuários do SUS. Esses problemas são agravados pelo fato de que o SUS é um sistema complexo, o que dificulta a sua aplicação. Portanto, é possível afirmar que o mesmo não garante efetivamente o direito à saúde de todos os brasileiros, pois não consegue assegurar um atendimento adequado a todos os usuários.

1.3 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

No cerne da axiologia do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é considerada o mais alto valor constitucional e deve ser utilizada como base de julgamento em casos concretos, principalmente como guia para a criação, interpretação e aferição de normas jurídicas, especialmente aquelas que garantem direitos fundamentais do indivíduo.

De acordo com a doutrina de Sarlet, a dignidade humana compreende uma qualidade inerente e distintiva reconhecida a todos os indivíduos, o que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, denotando, nessa toada, um emaranhado de direitos e deveres fundamentais que respaldem a pessoa tanto contra atos degradantes e desumanos, como venham a lhe assegurar as condições existenciais essenciais para uma vida digna, além de ocasionar sua participação ativa e corresponsável nos trâmites da própria existência e vida em convivência com os outros indivíduos (SARLET, 2011, p. 62).

Os direitos fundamentais são expressões do princípio da dignidade humana, de modo que, em cada direito fundamental resta nítido algum conteúdo ou proeminência da dignidade humana. Nesse sentido, a proximidade de um direito com o princípio da dignidade da pessoa humana eleva a jusfundamentalidade¹ a tal posicionamento jurídico, sendo evidente que tal aproximação deve ser feita com balizas estritas, sempre vinculadas às condições existenciais mínimas.

A dignidade da pessoa humana é, concomitantemente, baliza e função dos poderes do Estado e da sociedade como um todo, dispondo uma dimensão com duas vertentes: a defensiva e a prestacional, pois, em consonância aos estudos de Sarlet (2011, p. 48):

No status de baliza da atividade dos Poderes Públicos, a dignidade humana precisamente é um elemento pertencente a cada indivíduo, que não pode ser perdido ou transferido, porquanto, deixado de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao

¹ A jusfundamentalidade de um direito, além de caracterizar o conteúdo em si desse direito, impregna todo o procedimento que está a serviço de sua realização. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 473)

Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quando objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (que seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto.

A certificação de que o direito à saúde detém status de fundamental é uniforme na doutrina constitucional. Tal classificação do direito à saúde não é somente pelo mesmo estar disposto nos arts. 6º e 196º da CF/88, mas também em virtude de sua estreita relação com o princípio da dignidade humana. A aceitação de fundamentalidade advém da alusão a posições jurídicas conexas ao valor da dignidade humana e, por sua relevância, não podem ser deixados, segundo Gilmar Mendes (2012, p. 245) “à disponibilidade do legislador ordinário”.

Em consonância ao entendimento de Marcelo Novelino, por ser inseparável do direito à vida e da dignidade humana, o direito à saúde porta um viés de fundamentalidade que o insere, não somente dentre o rol de direitos fundamentais, mas também no restrito grupo de direitos que integram o denominado mínimo existencial, que será abordado detalhadamente no decorrer do estudo (NOVELINO, 2016).

O direito fundamental à saúde compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana, sendo essa o fundamento do Estado Democrático, com fulcro no art. 1º, III, do texto constitucional de 1988 e envolve a integridade física, mental e social do indivíduo. A partir disso, se encontra a completude de uma vida digna, pois a saúde exprime um direito constitucional de primeira dimensão, por se referir ao bem-estar que o Estado deve garantir a toda população.

Outrossim, de acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto Araújo, nota-se também vasta legislação segundo a qual o Estado é obrigado a promover saúde a cada indivíduo do país, recaindo-lhe o dever de propiciar vacinações, controle de enfermidades e ainda disponibilizar profissionais capacitados da área da saúde, medicamentos e hospitais públicos (NUNES JR; ARAÚJO, 2010).

Portanto, é preciso que haja a harmonização entre a democracia, a dignidade da pessoa humana e Estado de Direito, pois, assim, onde existem os direitos fundamentais sociais de prestação positiva, o Estado deve instaurar serviços públicos aptos a efetivar direitos como saúde, educação, segurança, dentre outros. Inobstante, como tais direitos são concretizados por meio de políticas públicas, recaindo a cada indivíduo o dever de participar politicamente do procedimento de criação destas, sendo que a baliza e o teor de tais direitos serão aqueles que forem estabelecidos nessas políticas positivadas em normas infraconstitucionais.

2 JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA DO CONFLITO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Este capítulo debate o fenômeno da judicialização da saúde para compreender seu conceito, aspectos gerais, como também vantagens e desvantagens sob a perspectiva da doutrina nacional. Em seguida, analisa-se o direito à saúde como um dos pilares do mínimo indispensável e o princípio da reserva do possível com relação às suas restrições ao orçamento público para a efetivação do direito social à saúde. Por fim, investiga-se o conflito entre ambos.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Sempre que colocados em pauta os problemas que preocupam a sociedade brasileira, o mais recorrente é a saúde, no Brasil, no ano de 1990, as demandas de pedidos de medicamentos antirretrovirais para soropositivos aumentaram, com isso, o papel do Poder Público ganhou notada relevância a partir da concessão judicial dos referidos medicamentos. A partir da alta litigiosidade e o aumento no número de decisões favoráveis às demandas do direito à saúde, deu-se início ao fenômeno conhecido como Judicialização da Saúde (SACRAMENTO, 2015).

Desse modo, é necessário tratar do papel do Judiciário no direito à saúde para asseverar a presente investigação, conforme aponta Schwartz, ao Poder Judiciário caberá a atribuição de corrigir as eventuais disparidades no campo da saúde, desde que acionado, por ser o órgão competente e legitimado para tal (SCHWARTZ, 2001).

É sabido que o Poder Judiciário entra em cena depois de tentada a via administrativa e, se não alcançar o direito pretendido, o indivíduo deve recorrer à Justiça. A atuação judicial se dará em um momento posterior ao constatar que as ações positivas do Estado não asseguraram o direito à saúde. É, assim, uma atuação secundária (mas não suplementar) perante o dever dos Poderes Públicos – sobretudo o Executivo, uma vez que não haveria necessidade de uma decisão decorrente do sistema judiciário caso esses Poderes cumprissem adequadamente suas funções.

Os direitos fundamentais sociais, dispostos na Carta Magna, consubstanciam-se em direitos

constitucionais subjetivos, isto é, fadados de eficácia plena e de também exigibilidade imediata, de acordo com o que preceitua o § 1º do art. 5º da CF/88 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ademais, os referidos direitos estão apenas dispostos no texto constitucional, podendo estar elencados também em inúmeros tratados internacionais, conforme dispõe o art. 5º, § 2º, da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, a doutrina de Canotilho, Mendes e Sarlet (2018, p. 179) assevera que “após o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, tornaram-se eles estrutura básica do Estado e da sociedade.” Transformando-se em elementos limitadores da ação estatal, da maneira que esta, para ser legitimada, deverá tecer reflexão e harmonização com os valores políticos e jurídicos dispostos constitucionalmente.

Assim, sendo as leis definidoras dos direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, observa-se que o direito à saúde deve ser compreendido como imediato no que tange à sua execução, pois, segundo Cunha Júnior (2008, p. 664):

Todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Contudo, como os direitos sociais denotam regulamentação e investimento para devida concretização, na classificação do direito constitucional frente à eficácia das normas constitucionais, trata-se de normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitada, supostamente programáticas, uma vez que incumbem ao poder estatal a competência e a obrigação jurídica de implementá-los por intermédio do planejamento de políticas públicas eficazes, das quais a execução demanda a edição de normas legais e regulamentares, e a prestação material de serviços públicos, necessitando da alocação e o dispêndio de recursos financeiros.

No entendimento de Roma, o intuito de explicar a compatibilidade do dispositivo 5º, § 1, do texto constitucional de 1988, que aduz que os direitos fundamentais são de aplicação imediata, com a partição aferida às normas constitucionais determinando o dever jurídico do Estado de garantir materiais, ocorre no sentido de efetivar especialmente os direitos fundamentais sociais (ROMA, 2016).

A saúde prevista no texto constitucional de 1988 deve ser fornecida pelo Estado, por meio de políticas públicas. Caso estas falhem, ou não sejam suficientes para a concessão deste direito, pode-se recorrer ao Judiciário para adquiri-lo. Dessa maneira, é possível usar tal Poder para o

desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, através dele é possível cobrar das autoridades que cumpram seus deveres e tomem providências.

A procura por direitos perante o sistema judicial está cada vez maior, pois, com a Constituição de 1988, o cidadão alcançou determinados direitos e passou a perceber que deveria usá-los. Uma das maneiras que o cidadão busca solucionar seus problemas oriundos de direitos não adquiridos na esfera administrativa é por meio do Judiciário brasileiro, pois, como relata Carlini (2014, p. 133) “a sociedade brasileira pós-Constituição Federal de 1988 começou a acreditar no Poder Judiciário como instância em que os problemas são resolvidos.”

Sobre o mesmo sentido da autora anteriormente citada, e indo mais longe, há as lições de Schwartz (2001), dizendo que o Judiciário é aquele que deve assegurar os direitos fundamentais do cidadão, sendo possível ver uma parte de sua doutrina, onde diz que no constitucionalismo contemporâneo, a atividade mais nobre do Poder Judiciário é “a de garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais do homem” (SCHWARTZ, 2001, p. 163).

Assim, é sabido que ainda há muito o que melhorar em relação à saúde no Brasil, e a sociedade cada vez mais procura adquirir este serviço de graça, fazendo com que a demanda pública cresça exponencialmente, e o Estado não tem condições de atender a grande maioria da população, razão pela qual há um aumento considerável de processos judiciais referentes à tratamentos e remédios.

Nesse sentido, Sturza et. al. ressaltam que a necessidade crescente que os indivíduos tem de utilizar o sistema de saúde pública torna mais difícil a prestação desse tipo de serviço pelo Estado, causando notável insatisfação da população. A violação desse direito social tem, inclusive, contribuído significativamente para o aumento do número de ações judiciais sobre o tema, isto é, o fenômeno da "judicialização do direito à saúde" (STURZA et. al., 2018).

A vasta quantidade de ações judiciais cujo pedido é a concessão de benefícios materiais na saúde decorre, provavelmente, mais das falhas do sistema atualmente em vigor, do que propriamente de pretender a realização originária do direito à saúde – até porque o que importa ao indivíduo é manter a própria saúde, ou ter acesso aos meios para adquiri-la, e não o fundamento constitucional ou legal da ação ajuizada.

Dessa forma, é possível perceber que a sociedade não está correndo atrás de seu direito judicialmente por se tratar de um direito fundamental presente na Carta Magna, e sim por tratar-se de um sistema ineficiente, que não consegue atender às necessidades da população, o que se deseja é um meio para adquirir saúde, e não uma cobrança por um direito que deveria ser fornecido pelo Estado.

Pela alta quantidade de ações judiciais requerendo medicamentos e tratamento de

enfermidades, aliada à realidade do sistema de saúde vigente no país, Sacramento pontua que, paradoxalmente, existem dois sistemas atuando na promoção da saúde pública no Brasil: o Sistema Único de Saúde e o Poder Judiciário. O autor citado faz referência que, atualmente, o Judiciário brasileiro está trabalhando na área da saúde como um sistema, pois em muitos casos é ele quem decide se o tratamento requerido pelo indivíduo doente deverá ou não ser concedido (SACRAMENTO, 2015).

Dado que o direito à saúde é um tema bastante complexo, de acordo com Figueiredo, mesmo sendo superficial, qualquer pesquisa a respeito do direito à saúde revela a diversidade de ações e serviços que o constituem como um direito fundamental. A saúde não é uma questão de fácil análise pelo juiz, além de ser um assunto longe dos estudos do magistrado, deve-se examinar toda a condição do paciente que necessita do serviço de saúde, assim, em diversas ações o Poder Judiciário é a última opção para a solução de seu problema e o julgamento desses casos são, muitas vezes, complexos de se chegar a uma conclusão (FIGUEIREDO, 2007).

Uma vez que a solução de certo caso se mostra extremamente difícil e delicada, a maioria dos julgadores acaba determinando o fornecimento do medicamento ou do tratamento em questão, de acordo com Sacramento. O magistrado deve permanecer imparcial em todos os casos, inclusive os que envolvem demandas judiciais de saúde, pois este é um dos pilares da jurisdição. Isto não significa, no entanto, que o magistrado deva adotar uma postura insensível, ignorando a natural solidariedade humana. Pelo contrário, este sentimento deve incentivá-lo a buscar uma solução justa para o caso em questão (SACRAMENTO, 2015).

Conforme as ideias mostradas, é corriqueiro que qualquer um, seja juiz ou não, se sensibilize com um requerimento concernente à área da saúde, pois, muitas vezes, tal pedido representa a única chance daquela pessoa recuperar a saúde, sendo que, em muitos casos, o indivíduo que está pleiteando o pedido apresenta sérios problemas e corre até mesmo o risco de morrer. Assim, o magistrado deve manter-se imparcial e buscar a solução mais justa possível no caso concreto, não somente em questões de saúde, como também em todas as ações.

Por último, é possível constatar que a busca por um ponto de equilíbrio entre os Poderes da República, nos conformes do art. 2º da do texto constitucional de 1988, em tema de saúde pública, não pode ignorar uma ponderação das vantagens e desvantagens da intervenção judicial (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010).

Dentre as vantagens da judicialização da saúde, destacam-se: a concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; inibição ao mau funcionamento dos mecanismos de gestão das políticas públicas de Estado; inibição ao esvaziamento de investimentos no campo da saúde; óbice ao retrocesso social. Já entre as desvantagens: a confusão entre micro justiça e macro justiça;

modificação de decisões técnicas edificadas pelo Executivo e Legislativo por deliberações mais superficiais do Poder Judiciário; inobservância à reserva do possível e às balizas do orçamento público e possível desequilíbrio entre os Poderes (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010).

Sendo assim, é possível notar que os argumentos são claros, mas a análise dos efeitos (positivos ou negativos) da judicialização não deve ser feita de maneira genérica em todas as vertentes do direito à saúde. Dessa forma, não há uma solução pronta, o que deve ser buscado, em um momento de reflexão sobre o equilíbrio dos Poderes no que diz respeito ao direito à saúde, é oferecer maior justiça e bem-estar aos cidadãos.

2.2 DIREITO À SAÚDE COMO NÚCLEO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O argumento mais robusto a favor da exigibilidade dos direitos fundamentais e de sua aplicação imediata é sua ligação com o princípio basilar do Direito, o da dignidade da pessoa humana. Esse princípio aparece como o núcleo imutável dos direitos fundamentais e é por intermédio desse argumento que se busca a efetivação do mínimo existencial, ou seja, é obrigação do Poder Público garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, fornecendo o mínimo necessário para a sobrevivência do indivíduo (NETO, 2008).

A doutrina de Barroso (2010) eleva a colaboração filosófica de Kant na concepção de dever e razão, dois elementos que devem ser vislumbrados para a compreensão dos direitos sociais no cerne do texto constitucional de 1988, assim como a garantia da dignidade da pessoa humana por meio do mínimo existencial. Afinal de contas, a autor elucida que “a filosofia kantiana foi completamente construída sobre as noções de razão e de dever, e sobre a capacidade do ser humano de dominar suas paixões e de identificar, dentro de si, a conduta correta a ser seguida” (BARROSO, 2010, p. 16).

O mínimo existencial é direito fundamental, conexo à Constituição, sendo irrelevante a existência de lei para seu alcance. É princípio que se encontra ligado à ideia de liberdade, enquanto que os direitos econômicos e sociais estão atrelados à justiça. Nessa toada, as normas que conferem direitos econômicos e sociais podem ser enquadradas como normas programáticas. Assim, na visão de Torres (2009, p. 35):

Sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

O legislador, através do caso tratado especificamente, poderá reconhecer a maneira como será prestada a política pública para assegurar sua concretização e, na ausência ou atuação ineficaz dessa atividade por parte do legislador, é que o Poder Judiciário se intrometerá desde que acionado. A questão do mínimo existencial não é apenas de caráter social, isto é, sua prestação não se limitará à elaboração de programas assistenciais ou de saúde, é necessária a alocação de verbas, melhor dizendo, a arrecadação cada vez maior de recursos para que seja assegurada ao cidadão uma vida adequada e com dignidade (TORRES, 2009).

Nesse sentido, a materialização do mínimo existencial, isto é, a implementação de políticas públicas pelo Poder Público para garantir o indispensável de direitos sociais ao cidadão, depende não somente da atuação do legislador na concepção de programas assistenciais, mas também na arrecadação de recursos que sejam destinados ao cumprimento das normas programáticas estabelecidas na Carta Magna (BONAVIDES, 2006).

No que se refere ao direito social à saúde, a implementação do que corresponde ao mínimo indispensável será por meio do caso concreto, deve haver uma elucidação entre o que será excesso à prestação, uma vez que, o direito à vida estaria em ênfase, como também, a escassez de recursos públicos e os demais indivíduos que não precisam especificamente de determinado tratamento.

As políticas sociais têm como objetivo, pelo menos, assegurar o mínimo existencial e, à medida que esse mínimo for se realizando, deve-se rever o alcance das políticas para, progressivamente, se aproximar do ideal disposto pela Carta Magna. Se a atuação do Poder Judiciário, no acompanhamento das políticas sociais, for norteada por esse mínimo existencial, não haverá tantos problemas institucionais na esfera da saúde pública. Assim, é possível idealizar as consequências práticas de uma atuação arbitrária e exagerada do Poder Judiciário no campo da saúde. As concessões individuais, sem dúvida, não representam, nem irão representar a solução adequada para os sérios problemas do sistema público de saúde brasileiro.

O direito à saúde, que, além de ser um direito prestacional do Poder Público, é também um direito de defesa, de proteção contra atos do Estado ou de particulares. Dessa forma, ao fazer referência à CF/88, a doutrina atual se projeta com o objetivo de dar plena aplicabilidade às normas constitucionais que regem tais direitos. Ela não esvazia o mínimo existencial e mantém a sua condição de direito e garantia, independentemente de sua previsão constitucional expressa, não dispensando a análise de cada caso concreto (OLIVEIRA; COSTA, 2011).

Outrossim, é crucial salientar que as decisões do Poder Público para a elaboração das suas metas de ação não são intocáveis, impenetráveis pelo Poder Judiciário, o que implica na ideia de que, no Estado Democrático de Direito, é possível fiscalizar as políticas públicas.

Desse modo, é inconcebível negar que os direitos implicam um custo para o Estado. Mas isso não significa que o Estado se exima do compromisso de permitir ao cidadão o acesso à saúde. Sendo assim, a justificativa simples de que há ausência de recursos, sem uma fundamentação plausível, já não é mais aceita, pois, se isso fosse suficiente, bastaria o administrador público afirmar que não há recursos para se isentar do seu dever constitucional.

De acordo com Barletta (2010, p. 138) “se existe escassez de recursos financeiros, o que estiver disponível será obrigatoriamente aproveitado na persecução dos direitos considerados fundamentais pela Constituição, até que estes sejam alcançados”. O direito à saúde, se existe escassez de recursos públicos, deve ser priorizado em detrimento dos demais, que não possuem o mesmo nível de fundamentalidade que fora aferido pelo texto constitucional ao mesmo.

Além disso, tal direito requer medidas urgentes e não pode haver protelação, pois a saúde está intimamente ligada ao bem maior que é a vida, portanto deve ser tal direito concretizado o mais rápido possível, pois o que está em jogo é a própria vida do ser humano. Em decorrência do exposto, os Tribunais brasileiros têm concedido tutela jurisdicional imediata quando a lide envolve o acesso à saúde. Desse modo, o que se deseja com medidas como a concessão de tutela é garantir ao cidadão a concretização desse direito tão importante, como forma de assegurar ao cidadão o mínimo essencial a uma existência humanamente digna.

Essa garantia ao mínimo essencial nada mais é do que a materialização do mínimo existencial ou, como prefere chamar Sarlet, dos direitos fundamentais, que são elementos imprescindíveis para o exercício da dignidade humana, o que não pode ser confundido com o mínimo vital, pois este é abalizado ao mínimo necessário à sobrevivência. O mínimo existencial possui a força de um direito porque está implícito no princípio da dignidade da pessoa e na concepção de um Estado Social de Direito (SARLET, 2002).

Assim, o direito ao mínimo existencial é cumprido pelo Poder Público, quando, por exemplo, distribuí gratuitamente medicamentos no sistema público de saúde, permitindo, dessa maneira, o acesso do cidadão à saúde, direito fundamental e exigível. Portanto, no que tange à saúde, este não é somente um direito de acesso, é também um direito de respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, como maneira de preservar o bem maior que é a vida.

2.3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS BALIZAS DO ORÇAMENTO PÚBLICO NA CONCREÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Nas ações judiciais que têm como tema a concretização de direitos fundamentais sociais, em sua maioria, o Estado alega falta de recursos financeiros como justificativa. De acordo com

Matsuda, a reserva do possível é uma argumentação ocasionalmente apresentada pelo Estado em resposta a demandas judiciais cujo objeto é o cumprimento de obrigações previstas em normas que atribuem aos cidadãos algum direito fundamental, sendo seu objetivo ajustar tais pretensões às possibilidades financeiras do Estado (ROCHA, 2005).

Assim, compreende-se que a concretização desses direitos depende das possibilidades financeiras do Estado nos dispêndios com a sociedade, isto é, a existência de recursos financeiros disponíveis pelo setor público. A definição de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que estabelece, em linhas gerais, que os direitos já previstos só podem ser assegurados quando houver recursos públicos. Tais gastos são gerados pelo Estado por meio da cobrança dos impostos pagos por todos os indivíduos (ROCHA, 2005).

Os recursos financeiros são repassados através do "fundo a fundo", ou seja, do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Municipal de Saúde, que passa a ser a ação dos direitos fundamentais. Como é sabido, o repasse financeiro existe e esse recurso gera a negativa quando o direito pleiteado não é cumprido pelo governo, ao se procurar por serviços de saúde que estão além de seu alcance financeiro (ROCHA, 2005).

Ocorre que os problemas começam a se apresentar no momento que o Estado, ao invés de cumprir o que dispõe o art. 16º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), admite a falta de recursos para a consecução dos serviços de saúde, no caso, os direitos fundamentais que só poderão ser efetivados quando o Estado contar com os recursos necessários para atender o contribuinte, restando ao cidadão demandar judicialmente pelo seu direito (BRASIL, 2001).

A justiça, em algumas situações, decreta a favor do indivíduo, ratificando que a questão financeira, decorrente da falta de recursos para custeá-la, é desconsiderada. Até o momento, tem-se uma compreensão sobre o conceito de reserva do possível, que se relaciona aos direitos fundamentais. Os custos associados a esses direitos podem, ou não, ser determinantes para que sejam efetivados para aqueles que buscam a justiça, com a finalidade de serem atendidos nos serviços de saúde, por exemplo.

A justificativa mais usual nos Tribunais brasileiros pelos administradores públicos é que não há recursos financeiros suficientes para cumprir os direitos básicos previstos na Constituição Federal de 1988, como nos custos de saúde. O princípio adotado no Brasil teve sua origem na Alemanha, como mencionado, porém foi adaptado no país com algumas limitações em sua aplicação como forma de conter os direitos requisitados pelos cidadãos quando se procura uma solução para o problema do alto custo de atendimento hospitalar de pacientes, e o gasto ultrapassa o que já está previsto no orçamento.

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2007, p. 188):

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. 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. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

As ideias foram incorporadas e aperfeiçoadas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual, a partir do paradigmático caso *numerus clausus*, concernente ao direito de acesso ao ensino superior, estabeleceu entendimento no sentido de que a prestação deve ser atendida de acordo com aquilo que o indivíduo pode razoavelmente cobrar da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Sarlet aponta que essa tese tem sustentado tais atitudes omissivas do Estado por conta de barreiras orçamentárias ou de escolhas políticas quando há uma dimensão econômica que demandaria uma conjuntura favorável. Esse ponto, que não é explicitado nem claro, deve ser analisado como o cenário que possibilita ao Estado dispensar-se da concretização de direitos humanos (SARLET, 2002).

Isso, de certa forma, é ponto de partida para a discussão metodológica da hermenêutica constitucional e, ainda, a questão da teoria da restrição das restrições ou limite dos limites. Na doutrina nacional, aponta-se uma integração do princípio da proporcionalidade ao “limite dos limites”, como mecanismo de controle da atividade jurídica. Conforme aponta Marília Nascimento de Sousa, mostra-se, assim, que a locução “limite dos limites”, disseminada pela doutrina alemã amparada pela Lei Fundamental de Bonn, visa enfatizar os impedimentos regulamentados restritivos da aplicação pelo Poder Público de restringir os direitos fundamentais (SOUSA, 2022).

Teve origem a partir da conferência de Karl Betterman, ocorrida na sociedade jurídica de Berlim em 1964, a qual versou sobre os limites dos direitos fundamentais, para os quais a legitimidade dessas delimitações deve atender a requisitos materiais e formais descritos no texto constitucional. Dentre esses, os mais notórios são: a proteção do conteúdo essencial e a dignidade da pessoa humana, observando-se ainda que toda limitação deve ser voltada ao bem coletivo (SOUSA, 2022).

Dessa forma, a reserva do possível aplicada no Brasil, contudo, não cuida da focalização da discussão na proporcionalidade e razoabilidade como na Alemanha. Tem como tema os custos desses direitos em face da limitação dos recursos públicos como um empecilho à concretização dos direitos sociais (SOUSA, 2022).

Efetivamente, mesmo tendo o Estado os recursos e controle sobre eles, não se pode dizer que existe uma obrigação de fornecer algo que não esteja de acordo com o razoável. Dessa forma, se poderia defender que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social para alguém que de fato não faça jus ao benefício, uma vez que a mesma dispõe de recursos suficientes para seu sustento. No entanto, o que é razoável também depende – de acordo com a decisão indicada e a maioria da doutrina alemã – da avaliação por parte do legislador (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Tal interpretação deveria chamar Reserva do Financeiramente Possível, uma vez que os recursos oriundos dos repasses para o fundo de saúde são mal aplicados e não dão conta de suprir as necessidades das unidades hospitalares, sendo essa uma questão política. A reserva do possível é uma baliza aos gastos já planejados com a saúde, uma condição de realidade que estabelece os gastos quando os mesmos já foram aprovados no orçamento público estatal. A não concretização de um direito fundamental social, mesmo quando os recursos não estiverem suficientes e disponíveis, geralmente leva à instauração de um processo judicial.

A questão não é tão simplória, quando se busca a implementação de um direito fundamental como o direito à saúde é preciso ter clareza de qual será a responsabilidade dos órgãos públicos nessa concretização. Dessa forma, a doutrina de Sarlet e Figueiredo (2007, p. 165) explana que:

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

Contudo, os entes federados que têm a incumbência da distribuição dos gastos com a saúde, como, por exemplo, medicamentos caros ou qualquer conjuntura que demande despesas extras, não tem cumprido a Emenda Constitucional nº 29/2000, que modificou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da CF/88 e adicionou dispositivo ao Ato das Disposições Transitórias, para garantir os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, prevendo o direcionamento, no orçamento, de recursos mínimos para a referida área (BRASIL, 2000).

Desta feita, não é possível estabelecer comparativos entre a Alemanha, onde nasceu a teoria da Reserva do Possível, e o Brasil, uma vez que existem substanciais diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas, além da crise social permanente; hospitais sem equipamentos

adequados na rede pública e sem vagas; problemas sociais envolvendo crianças e idosos; problemas financeiros, etc (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

É possível notar que há muitas distorções nas ações dos agentes públicos, que sequer seriam possíveis de serem descritas, pois o tema não se esgota. No Brasil, em função da diferença entre a realidade econômica e social em relação à Alemanha, a Reserva do Possível é usada de certa forma como obstáculo para a efetivação dos direitos sociais fundamentais frente ao orçamento estadual nas despesas com a saúde.

Acerca do assunto, Barcellos aponta que existe um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em outras palavras, pouco adiantará, sob o prisma prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se não houver recursos suficientes para suportar o custo gerado por determinado direito subjetivo (BARCELLOS, 2011).

Atualmente, é praticamente impossível assegurar por completo a efetividade de todos os direitos fundamentais sociais dos cidadãos que buscam uma solução para as questões de saúde pública e precisam de tratamento, cabe ao Poder Público fazer escolhas, determinando as prioridades e os critérios a serem trilhados, por meio da implementação de políticas públicas. Desse modo, Franco pontua que as políticas públicas são ações para que os direitos sejam cumpridos, para que as necessidades sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais deixem de ser meras palavras no papel e se tornem uma realidade útil para os governados (FRANCO, 2012).

Sendo assim, as políticas públicas são debatidas com o objetivo de destinar recursos financeiros por meio de projetos sociais para fins específicos, como a saúde. No entanto, esses projetos enfrentam uma dificuldade no chamado "princípio da reserva do possível", que limita os gastos, quando é possível oferecer um atendimento ao paciente que procurou seus direitos na justiça.

Nesse panorama, a Administração Pública tem como finalidade examinar os casos, esse exame deve conciliar o requisitado, procedendo à análise interpretativa da situação, a mesma deve organizar a solicitação de maneira a preponderar os direitos considerados de maior relevância, isto é, as situações que exigem o atendimento imediato do paciente. Assim, o poder apresentado será denominado de discricionário, que, por intermédio do qual a Administração Pública localiza a melhor opção para atender o interesse público, sem a necessidade de uma previsão legal (FRANCO, 2012).

No entendimento de Alexandrino e Paulo, essa liberdade é baseada na consideração de que somente o administrador, por meio de contato com a realidade, está apto a analisar corretamente os motivos pelos quais há oportunidade e conveniência de se praticar certos atos, o que seria impossível ao legislador, ao dispor em uma regra jurídica da lei de forma geral e abstrata. Isto

porque qualquer restrição aos direitos dos particulares somente é uma medida legítima se necessária para o atendimento do interesse público (ALEXANDRINO; PAULO, 2017).

É notório que, tendo total autonomia, o Estado deve se basear na Constituição para tomar a decisão que estabeleça as diretrizes a serem seguidas para alcançar os fins essenciais nela previstos. Efetivar os direitos fundamentais sociais como único modo de existência de recursos disponíveis significa que o administrador deve decidir, essa postura talvez possa causar insegurança jurídica, razão pela qual toda e qualquer análise deve ser cuidadosa, considerando sempre a opção que melhor atenda ao conflito de interesses, afinal o requerente tem urgência nesse atendimento (ALEXANDRINO; PAULO, 2017).

Desse modo, a realização dos direitos fundamentais sociais detém uma notável importância, por isso a Reserva do Possível deve se contrapor quando acionada com objetivo de afastar a obrigação na concretização do seu requerimento para o Estado, logo a mera alegação de ausência de recursos não é suficiente, necessitando ter comprovação nítida pelo Estado.

Portanto, de fato o que se confirma no país é o descaso no cumprimento do direito social à saúde. Sabe-se que há um mau planejamento dos recursos que o Estado destina para este setor, o que resulta em pessoas doentes nas filas dos postos de saúde, hospitais sem condições de efetivar seus trabalhos cotidianos devido ao atraso no pagamento da energia elétrica, internações irregulares, falta de leitos, dentre muitos outros problemas.

2.4 DIREITO À SAÚDE: RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já exposto, o princípio da dignidade humana, disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 compreende-se no valor constitucional máximo, considerada a base de todo o ordenamento jurídico pátrio, em torno do qual gravitam as demais normas infraconstitucionais (BRASIL, 1988).

O referido valor é revestido por determinados direitos como, por exemplo, os da personalidade, fundamentais e sociais. Por este viés, o direito à saúde e sua concretização estão atrelados ao princípio do mínimo existencial, pelo qual o Poder Público possui o dever de tutelar à sociedade em um rol básico e mínimo de direitos fundamentais a fim de promover uma vida digna ao indivíduo.

Todavia, diante da indisponibilidade e escassez de recursos financeiros estatais, a atuação do Poder Público também é regida pelo princípio da reserva do possível. A atuação estatal possui limitação mediante a escassez de recursos que visem atender e efetivar os direitos fundamentais e

sociais dispostos constitucionalmente. Dessa forma, surge o embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Nesse contexto, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 91) afere que o mínimo existencial se encontra atrelado ao conceito de dignidade humana. Vejamos:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Sobre a expressão dignidade da pessoa humana, ensina o grande jurista Azevedo (2008, p. 115), é ela "um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico". Na doutrina de Alexandre de Moraes a dignidade humana deve ser compreendida como o valor espiritual e moral relativo ao indivíduo, que se expressa sobretudo na autodeterminação responsável e consciente da própria vida (MORAES, 2013).

A dignidade humana eleva consigo o intuito ao respeito por parte dos outros indivíduos, edificando-se um mínimo existencial que todo o ordenamento jurídico deve garantir, de maneira que, apenas excepcionalmente, possam ser realizadas restrições à concreção dos direitos fundamentais, mas sempre sem ignorar e desrespeitar a valiosa estima que carecem todos os indivíduos enquanto seres humanos.

Dessa forma, o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 coloca, ao determinar os princípios fundamentais, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Esse princípio é de aplicação obrigatória porque é norma jurídica e, tecnicamente, aparece como cláusula aberta e geral, o que leva à interpretação e conceituação correta somente diante do caso concreto quando, então, dar-se-á o que se chama de concretude do preceito geral. Assim, como toda cláusula geral, o princípio da dignidade da pessoa tem a vantagem de ter grande amplitude e se amoldar às mais variadas situações (BRASIL, 1988).

O professor Bulos ressalta a relação existente entre a teoria dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, aduzindo que os direitos são fundamentais, pois, sem estes, o indivíduo não se realiza, não detém convivência e, em certas situações, nem mesmo sobrevive. Assim, o autor indaga como ficariam a isonomia, a legalidade, a dignidade e a proteção ao patrimônio sem a constitucionalização dos direitos fundamentais na legislação (BULOS, 2005).

Insta frisar que a Carta Magna de 1988 trouxe inovações na definição da dignidade da pessoa humana, uma vez que atribui ao princípio um valor constitucional de hierarquia

inquestionável, uma vez que promove a garantia dos direitos fundamentais, sociais e de personalidade. Nesse contexto, os direitos fundamentais e de personalidade são aqueles que denotam ao Estado determinadas obrigações de não fazer (BRASIL, 1988).

Por outro viés, os direitos sociais, elencados no artigo 6º do texto constitucional, denotam ao Estado a obrigação no tocante às prestações materiais positivas. Todavia, a doutrina majoritária compreende que nem todos os direitos sociais dispostos no referido artigo estão protegidos pelo conceito de direitos mínimos que viabilizam uma vida digna ao indivíduo (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o direito à saúde, educação e alimentação são definidos como os três pilares que sustentam a definição de mínimo existencial. Sendo assim, a ineficácia de qualquer destes direitos, compreende-se na afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tais direitos sociais, apresentam notado grau de fundamentalidade, denotando aptidão a gerar direitos subjetivos aos seus titulares, em consonância com o mínimo existencial.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (2010, p. 15) elucida:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Em contrapartida, encontra-se o princípio da reserva do possível que, como demonstrado, limita a atuação do Poder Público na efetivação de direitos fundamentais em decorrência da escassez orçamentária estatal. Isto ocorre pois, pelo princípio da reserva do possível, o Estado só pode ser obrigado a prestar determinada ação ou serviço em benefício de alguém se isso não onerar no orçamento público de maneira que impossibilite a prestação da ação ou serviço às demais pessoas, de modo que não comprometa a implementação de políticas públicas em outros âmbitos sociais.

De modo oposto, há uma vertente doutrinária que fundamenta que, por ter sido originado do Direito Alemão, o instituto da reserva do possível não pode ser aplicado pelo direito brasileiro, uma vez que a realidade entre as duas nações se mostra extremamente discrepante. Dessa forma, segue o entendimento de Andreas Joachim Krell (2002, p. 53) "o princípio da reserva do possível consiste em uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada a dos países membros da União Europeia".

Nessa concepção, Krell (2002, p. 55) evidencia que:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’

Por sua vez, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 112) também discorreu sobre o embate entre os princípios no que tange ao direito à saúde:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos (...) em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

Nesse contexto, conclui-se que ainda há ponderações de interesses, uma vez que a análise de características de cada caso concreto é a melhor maneira de promover o grau de imprescindibilidade na concessão da proteção do Poder Público no tocante aos direitos fundamentais sociais. Nos casos onde há omissão do Estado na efetivação do direito à saúde, é necessário o emprego de uma medida jurisdicional, onde o fundamento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a dignidade do indivíduo sejam protegidas.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

O presente capítulo trata sobre a contextualização da pandemia instaurada pelo novo coronavírus no Brasil e no mundo, a fim de verificar os desdobramentos do dever do Estado para com a saúde da população. Em seguida, o estudo traz considerações a respeito da decisão paradigma proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização da saúde no país, verificando o fornecimento de medicamentos de alto custo. Por último, realiza-se uma análise da judicialização da saúde no Brasil no contexto pandêmico, a fim de verificar como têm deliberado os Tribunais brasileiros sobre o assunto, tendo em vista o período de extrema escassez de recursos vivido no Brasil.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 E O DEVER DO ESTADO PARA COM A SAÚDE DA POPULAÇÃO

No mês de dezembro de 2019, a imprensa começou a divulgar informações sobre o surgimento, na China, de um vírus de fácil contaminação e alta mortalidade, o Sars-CoV-2, causador da COVID-19, que alterou totalmente a rotina dos indivíduos ao redor do mundo e uma busca desenfreada para tentar contê-lo. Nem a melhor das previsões poderia esperar que o SUS fornecesse uma barreira efetiva contra a evolução do vírus no Brasil, no entanto, sem ele, os efeitos da pandemia seriam ainda mais devastadores (ROMANO, 2020).

Assim que se constatou o cenário perturbador e inédito trazido pela propagação mundial da doença em questão de dias – muito em virtude do incentivo à livre circulação de indivíduos e mercadorias dentro de uma economia capitalista desenfreada –, o isolamento social e a constante higienização pessoal e de objetos tornaram-se a primeira grande medida contra a epidemia, de acordo com a orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo estas providências relevantes, mas ainda assim insuficientes para a completa solução do problema.

Somou-se a essas diretrizes uma gama de medidas provisórias no Congresso com o intuito de propor a alocação de recursos públicos no enfrentamento à COVID-19, políticas que tutelam o trabalhador informal, sem renda depois da determinação do fechamento do comércio não essencial, protocolos médicos atualizados continuamente e, ainda assim, a contenção da doença ainda está distante de ser alcançada no país, pois até a presente data ainda morrem pessoas de COVID-19 no Brasil e no mundo (LINKE; JOBIM, 2020).

Tendo em vista o fato de a epidemia ter se iniciado na China, se espalhando rapidamente pela Europa e, só depois, pelas Américas, o Brasil teve um breve tempo para tentar se preparar de

alguma forma, adotando medidas de isolamento social e fechamento do comércio não essencial – já empregadas em diversas regiões do mundo – e mobilizando profissionais para um célere combate à ameaça para quando os primeiros casos surgissem no país.

Contudo, apesar do empenho geral, a COVID-19 revelou-se um grande desafio para a saúde pública do Brasil, ao crescer exponencialmente o número de infectados e mortos dia após dia, e mantém-se até hoje como um problema sem solução definitiva. A pandemia relacionada ao novo coronavírus tem sido um problema mundial por ser uma doença desconhecida, de transmissão fácil e com taxa de mortalidade muito superior às doenças respiratórias já existentes.

Além disso, a pandemia do novo Coronavírus evidenciou um agravamento ainda mais nítido quanto a essa conjuntura, tendo em vista que que, conforme grande parte dos profissionais das áreas da saúde, economia, ciências humanas, sociais, dentre outros, tratou-se do maior evento catastrófico ocorrido nos últimos tempos, atingindo o mundo em uma amplitude sem precedentes nessa geração, tirando mais empregos e arrasando mais vidas humanas do que todos os grandes eventos ocorridos no último século, tal como a gripe espanhola e as duas guerras mundiais do século XX (BBC, 2020).

Dito isso, vale evidenciar que a proteção ao direito à saúde da população não recai apenas à União, mas também aos Municípios, tendo em vista que ambos possuem o dever de edificar o bem-estar da sociedade. Assim, o art. 196 da CF/88 já referido usou a palavra “Estado” na intenção de abarcar tanto os Estados-membros, quanto à União e os Municípios, tendo em vista que todos possuem tal obrigação (CASTRO et. al., 2008).

O texto constitucional de 1988 prevê em diversas disposições princípios norteadores e normas de competência em relação à proteção da vida e da saúde pública, apontando desde logo, no próprio preâmbulo, a necessidade de o Estado Democrático garantir o bem-estar social. Evidentemente, na ideia de bem-estar, deve ser ressaltada como um dos principais objetivos do Estado a efetividade de políticas públicas norteadas à saúde (BRASIL, 1988).

O direito à vida e à saúde decorrem diretamente da proteção da dignidade da pessoa humana enquanto princípio basilar da República Federativa do Brasil. Nessa perspectiva, a CF/88 assegurou, nos artigos 196 e 197, a saúde como um direito de todos e uma responsabilidade do Estado, assegurando sua universalidade e equidade no acesso às ações e serviços de saúde, como já apontado (BRASIL, 1988).

Em tempos de análise de repercussões e consequências globais com a grave pandemia de coronavírus, surge uma questão jurídica referente à obrigação de o Estado direcionar maiores recursos para o atendimento adequado de outras doenças não menos relevantes, como câncer, problemas cardíacos e depressão. Inicialmente, no ápice da pandemia, mediante permissão

normativa e judicial, o Estado se esforçou para atender aos doentes da COVID-19, construindo vários hospitais de campanha, importando equipamentos de proteção – como máscaras e álcool gel –, dentre outras ações (CNN, 2020).

Porém, após a fase mais intensa da pandemia, muitos especialistas a área da saúde começam a indagar a necessidade de maior cuidado do Estado no tocante às outras enfermidades, que inclusive foram agravadas no decorrer do tempo em que não havia tratamento.

Cabe ressaltar que, em maio de 2020, a Associação Brasileira de Medicina Diagnóstica (Abramed) convocou especialistas de áreas clínicas e do ramo de diagnóstico para o seminário *online* webinar, com o propósito de enfatizar a relevância da prevenção e da manutenção de outros procedimentos, ainda em face da atual crise sanitária (ABRAMED, 2020).

Diversas questões e problemas foram expostos no supracitado seminário, dentre eles: a falta de socialização em diversas cidades há meses e um atraso substancial no diagnóstico de várias doenças, muitas delas graves, como o câncer; o medo de ir a hospitais e, dessa forma, se contaminar, fizeram os pacientes deixar de buscar tratamento médico, ocasionando a piora das doenças; a destinação de maiores recursos à criação de leitos de hospital específicos para os enfermos de COVID-19, ocorrendo, assim, uma diminuição significativa de atendimentos emergenciais para outras enfermidades graves, o que é sinal de perigo (ABRAMED, 2020).

Os médicos especialistas apresentaram uma solução parcial que diz respeito, sobretudo, à telemedicina. Essa modalidade de atendimento foi comprovada efetiva durante a pandemia do novo coronavírus. Além disso, ela pode ajudar a controlar eventos passíveis de serem evitados, garantindo o atendimento adequado.

No que tange à área jurídica, muitos problemas também são evidenciados, como questões relativas à judicialização de requisições de leitos hospitalares, especialmente nas UTIs, em um panorama de profundas disparidades sociais no Brasil, no qual faltam vagas para todos, mesmo para situações que não guardam relação com a COVID-19; os vários pedidos judiciais de tratamentos médicos que não detêm eficácia atestada cientificamente, também, os diversos pleitos para o fornecimento de medicamentos de alto custo ou ainda que se encontram faltantes no mercado, dentre outros.

No intento de solucionar tais questões jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial Repetitivo nº 1.657.156, determinou algumas medidas a serem verificadas pelos magistrados na concessão de pleitos de fornecimento de medicamentos que estiverem fora da lista do SUS, como, por exemplo, a atestação, através de laudo médico embasado e circunstanciado expedido por médico que assiste o indivíduo, da indispensabilidade ou necessidade do remédio, bem como da ineficácia, para o tratamento da doença, dos medicamentos fornecidos pelo SUS; a

insuficiência econômica do paciente de pagar os dispêndios do medicamento prescrito e a existência de registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (STJ, 2018).

Contudo, no entendimento de Domingues et. al., a resolução de tais questões é extremamente difícil e não detém uma fórmula definida, tendo em vista que a aderência de medidas restritivas de circulação de indivíduos e de isolamento social intenciona reduzir a proliferação do vírus, ao mesmo tempo que os gestores públicos procuram garantir a conjuntura necessária para receber os pacientes, através da providência de novos leitos, da edificação de hospitais de campanha e da obtenção de insumos, que precisam de tempo para serem alcançados (DOMINGUES et. al., 2020).

A crescente concessão de tutelas jurisdicionais, embora atenda a solicitações de pacientes específicos, pode trazer sérios problemas a esses gestores, que seriam obrigados a cumprir as ordens judiciais em detrimento da observância de protocolos clínicos.

Os mesmos autores citados aferem que o problema é agravado, pois, com a judicialização da saúde, os indivíduos, na verdade, têm como foco a tutela judicial apenas para o atendimento de demandas específicas, isto é, as pretensões individuais podem comprometer o erário público, em detrimento do bem-estar social (DOMINGUES et. al., 2020).

Isso porque, nessas situações, existe um enorme risco de o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas de saúde do Poder Executivo, sobretudo se os juízes não tiverem meios apropriados de informação e suporte técnico para a tomada de decisão, portanto, são justamente as referidas questões as mais decisivas para conceder ou não a tutela judicial individualizada.

3.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A DECISÃO PARADIGMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO À SAÚDE

Primeiramente é necessário observar no detalhamento decisivo do Supremo Tribunal Federal, declaração no agravo regimental em sede de suspensão de tutela antecipada, STA nº 175/CE, depois da execução da audiência pública que apontou algumas condições para o fornecimento de medicamentos, sendo importante ressaltar alguns movimentos em torno da posição anterior da própria Suprema Corte (STF, 2010).

No que tange o fornecimento de medicamentos, o STF habitualmente assumia uma política concessiva sob qualquer demanda. Não havia, previamente, um questionamento acerca da indispensabilidade do medicamento, ou até se o tratamento era experimental. Era concedido sem muito movimento contrário, até mesmo financeiramente, considerando unicamente que esse meio

não deveria sobrepor ao direito à vida (STF, 2010).

O Supremo estava assumindo essa política concessiva até a situação em que a Ministra Ellen Grace decidiu por analisar o fornecimento de um medicamento específico, pois não estava relacionado aos outros medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e que o Poder Público tinha o dever de oferecer, mesmo que os recursos estatais fossem racionalizados para abranger uma ampla parcela da população.

Tal fato representou uma virada na jurisprudência nacional e, em virtude disso, o Poder Público direcionou diferentes pedidos ao STF para se libertar do fornecimento de alguns medicamentos que não estavam na lista da Anvisa. A Ministra, contudo, percebeu-se na obrigação de enfatizar essa determinação e salientar que cada caso deveria ser investigado para identificar se havia necessidade de concessão ou não dos medicamentos (STF, 2010).

Assim, em sede da suspensão de tutela antecipada, STA nº 175/CE, o STF manifestou a decisão paradigmática sobre esse tema, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, que viabilizou algumas possibilidades para atuação do juiz quando acontecesse casos materiais em que era requerido o fornecimento de um medicamento específico pelo Poder Público. Tornou-se claro para o Poder Judiciário que toda essa discussão sobre medicação exigia uma análise mais rígida, conforme o Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 5) aponta:

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da "reserva do possível", especialmente ao evidenciar a "escassez dos recursos" e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez.

O primeiro efeito extraído dessa decisão é que, por diversas vezes, a questão que se propõe ao Poder Judiciário não é de construção ou mudança de uma política pública originada no Poder Executivo, pois, na maioria dos casos, a política de saúde já está prescrita e a inquirição é somente para materializá-la (STF, 2010).

Nesse sentido, não trataria, portanto, de um ativismo judicial real, conforme expresso pelo STF, essa foi uma das primeiras concepções que se elevou nas discussões realizadas em Audiência Pública da Saúde, pois, no Brasil, o problema talvez não resida na judicialização da saúde ou, em compreensão mais simples, de interferência do Judiciário na elaboração e instauração de políticas públicas que tratem sobre a saúde, pois o que se verifica, em quase todas as situações, é somente a determinação judicial do adequado cumprimento de políticas que já existem (STF, 2010).

O fechamento nessa circunstância é que se deve privilegiar o tratamento ofertado pelo

SUS, em detrimento àquele tratamento que ainda não foi autorizado, mas esse entendimento também referiu o fato de que nada impossibilita as decisões judiciais de permitirem outros tratamentos que sejam apropriados ao paciente, por algum fator inerente ao caso (STF, 2010).

Portanto, tratando-se de uma omissão legislativa, em que o SUS ainda não tenha uma política determinada de atuação no tratamento de determinada doença, nada mais justo que possibilitar uma atuação judicial de forma a fornecer essa carência, e estabelecer que o Poder Público também ofereça um tratamento à doença do autor da demanda (STF, 2010).

Outra circunstância muito diversa acontece quando o SUS, em decisão administrativa, decide não ofertar um tratamento específico a determinada enfermidade:

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. (STF, 2010)

Nesse caso, o juiz tem que averiguar dois caminhos possíveis, onde, nessa situação, possam decorrer dois movimentos: a) o SUS oferece o tratamento alternativo, mas não é apropriado ao paciente em específico; b) o SUS não oferece nenhum tratamento para a doença (STF, 2010).

No caso em que o SUS oferece o tratamento alternativo, esse caminho tem que ser possibilitado ao enfermo, excetuando os casos em que, por determinada especificidade, o tratamento ofertado não possa ser utilizado no paciente por razões outras no seu desenvolvimento clínico, sendo necessário comprovar essa inviabilidade para legitimar a atuação judicial (SOUSA, 2017, p. 20).

Outra situação que pode ocorrer envolve os casos em que o tratamento é inexistente na rede pública, sendo necessário diversificar os tratamentos meramente experimentais dos tratamentos que são novos e não foram analisados pelo Sistema de Saúde Brasileiro. Nessas duas circunstâncias, o resultado é modificado (STF, 2010).

Nas situações em que envolvam tratamentos não testados previamente pela rede pública, não há nada que impede a integração de medicamentos novos que ainda não foram registrados pela Anvisa, conseqüentemente, do mesmo modo, não há nenhuma barreira para que resulte em uma decisão judicial. O desfecho da decisão da Suprema Corte nos momentos em que há materialização do direito à saúde é que:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser

objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública - Saúde. (STF, 2010)

Nesta ocasião, caso o Judiciário decida interferir na eficiência de um ato administrativo, motivado pela escassez dos recursos e tenha que inviabilizar a possibilidade de desperdiçar, não há mais discussão sobre a blindagem da conveniência da oportunidade do ato administrativo. A questão emerge precisamente no momento em que há necessidade de produzir novas provas para equipar o juízo na concessão de medidas que digam respeito ao direito à saúde, e a emergência em que, na grande parte das situações, o Poder Judiciário é convocado a se posicionar (STF, 2010).

A referida decisão do STF se assemelha às proposições de Nagibe (2008, p. 28), que determina que, ainda que seja constatado o descumprimento de direitos que são essenciais, aquele que julga o processo “não está permitido a provocar intervenção judicial.” É necessário, portanto, identificar se a intervenção é uma possibilidade importante e, para além, se ela resultaria na concessão de outras vantagens e não de prejuízos para a sociedade.

Por esse motivo, o papel do Poder Judiciário é imprescindível para a garantia do direito social à saúde no plano individual, entretanto, a judicialização da saúde deve estar restrita, geralmente, nas demandas coletivas, visto que dessa forma poderia estimular os diálogos institucionais e a igualdade no serviço à sociedade.

De forma contrária, a realidade demonstra que o Judiciário é carregado de demandas individuais em que as discussões incidem sobre os serviços de saúde pública. Um fator que evidencia essa afirmativa diz respeito às estatísticas do ano de 2015 e 2016 do Conselho Nacional de Justiça, que enfatizavam a tramitação de 200.090 requerimentos individuais para a oferta medicamentosa (CNJ, 2016).

A fim de ilustrar essa situação, tem-se a concessão de medicamentos de alto custo, que estão inclusos no tratamento de câncer na medula óssea, como é o caso da Lenalidomida, estabelecida enquanto última ferramenta somente nos casos em que o tratamento padrão não corresponde mais às necessidades do indivíduo. Contudo, mesmo que tenha sido aprovada em diferentes nações, a ANVISA ainda não a registrou, impossibilitando seu uso seja no Sistema Único de Saúde, ou em outros planos médicos utilizados no Brasil (CNJ, 2016).

Por causa disso, Sousa (2017, p. 15) esclarece que:

Além disso, segundo informações fornecidas pelo Ministério da Saúde, somente com os 10 (dez) medicamentos mais caros que foi condenada a fornecer, a União gastou R\$ 957,7 milhões no ano de 2015, enquanto em relação aos outros medicamentos também fornecidos em processos judiciais, o gasto chegou a R\$ 1,2 bilhão, o que corresponde a quase 7% do orçamento previsto para compras de medicamentos e insumos em 2016. Desta lista vale dizer que 8 (oito) deles, apesar de não terem similares no mercado, também não estão dentre os oferecidos pelo SUS enquanto que 3 (três) deles nem foram aprovados pela ANVISA.

Dessa forma, utilizando-se dos dados identificados anteriormente, a Fazenda argumenta que há reserva do possível intencionado se distanciar do fornecimento dos medicamentos. Em síntese, este princípio integra a limitação da disposição estatal em efetivar as demandas individuais, visto que os recursos públicos são escassos. Com isso, percebe-se o quanto é inconcebível o fundamento neste princípio, uma vez que frente a isso, tem-se o princípio do mínimo existencial. Conforme o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1[...] O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. [...]. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, 2019)

Nesse sentido, o caminho a ser superado representa que essas decisões são inviáveis de serem argumentadas e demandam um olhar mais direto e atento do sistema jurídico, devendo o juiz, com sabedoria, determinar quais as situações em que haverá prejuízo para uma decisão desfavorável. Ainda assim, é passível de análise que a saída para essa demanda e de outras circunstâncias que o Judiciário possa intervir, se relaciona com a ponderação de interesses, devendo ser observado caso a caso (STJ, 2019).

Conseqüentemente, o julgador pode se ver encurralado nas situações em que há imprevisibilidade do caso, a exemplo dos momentos em que há pacientes em risco de vida requerendo, como única saída, um tratamento experimental. Nesse momento quais são as possibilidades? Como o julgador poderá escolher e determinar sua ação? Mesmo que seja um exemplo, pode se tornar realidade, levantando outras demandas judiciais em que o juiz não encontre

uma solução imediata (STJ, 2019).

Ainda, não se pode olvidar do abarrotamento de demandas que possui o Poder Judiciário, contribuindo para sua morosidade, assim, determinar por negar direitos é, com toda a certeza, mais fácil do que ofertá-los. O embasamento das decisões em um ou outro momento e o tempo que o julgador leva para estabelecer de uma forma ou de outra tem impactos significativos no processo decisório. A constante pressão em que estão submersos os operadores do direito para decidir rápido, compromete a matéria de suas deliberações e até mesmo o seu rumo, o deferimento ou indeferimento (STJ, 2019).

Com isso, mediante a todo o cenário supracitado, evidencia-se que, atualmente, os juízes estão introduzidos em uma grande questão, uma vez que os cidadãos decidiram determinar ao Poder Judiciário a saída de demandas que envolvam um valor incomparável: o direito à vida.

Portanto, quando instado, o Poder Judiciário tem o poder-dever de propiciar o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso signifique afronta ao princípio constitucional da separação de poderes ou traga desarmonia ao orçamento público. Levando em consideração as circunstâncias do caso específico, cabe ao juiz apontar ao Poder Público um prazo sensato para o cumprimento da obrigação estabelecida na Constituição, sem que fiquem prejudicados os programas governamentais delineados nas leis orçamentárias.

3.3 ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL NA PANDEMIA DE COVID-19

A COVID -19 teve repercussão não somente no setor da saúde, mas também em outros campos de direitos fundamentais, tais como assistência social, trabalho, emprego, economia e tributação. Assim, para inibir, ou ao menos suprimir, a propagação do vírus, a infecciosidade das pessoas e o crescimento concomitante da pandemia, as autoridades sanitárias de diversos países suspenderam as atividades nas fronteiras, aeroportos, escolas, eventos e estabelecimentos comerciais que poderiam promover aglomerações.

Diante disso, tendo em vista a conjuntura de calamidade pública, foram editados decretos municipais, estaduais e federais e, ocasionalmente, algumas leis. Avanci esclarece que apesar de algumas medidas imporem restrições às liberdades individuais, requerendo, em tese, uma lei, o decreto legislativo acabou sendo considerado regra válida, dada sua celeridade (AVANCI, 2021).

Ainda conforme o autor, em relação aos decretos, os desembolsos públicos, que contemplam o governo federal, estadual, municipal e o Distrito Federal, passaram de US\$ 971 bilhões em 2019 para US\$1.271 bilhões. Esse aumento deu-se unicamente em virtude do estado de

emergência que autoriza a aprovação de medidas extraordinárias nos gastos, o denominado “Orçamento de guerra” (AVANCI, 2021).

A Emenda Constitucional nº 106/2020 dispõe sobre um regime específico para as finanças no ano de 2020, bem como para os contratos públicos, arrecadação por tributos, licitações e ainda a responsabilidade do governo com essa flexibilização da rigidez orçamentária. Esta Emenda significa, sobretudo, a ausência de aferir uma fonte de financiamento para novos gastos, facilitando a execução e reajustes de contratos públicos e maleabilizando o critério para contratação direta, com dispensa de licitação (BRASIL, 2020).

Entretanto, apesar de várias ações terem sido tomadas pelo Poder público no combate à pandemia, elas não foram suficientes para impedir a proliferação do vírus no Brasil. Lamy ressalta a ineficiência dos governantes na estrutura nacional de recursos, de distribuição de insumos e de monitoramento de resultados, na qual deveria ser ocupada, idealmente, pela Administração Federal, mas a responsabilidade foi direcionada aos gestores estaduais e municipais, gerando consecutivos comprometimentos da unidade de coordenação, danos na regulação e inúmeras mortes (LAMY, 2020).

Diante dessa realidade, muitos buscaram o Poder Judiciário para tornar seus direitos uma realidade, ponderando entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Cabe ao judiciário, assim, equacionar o problema, não interferindo, todavia, na autonomia dos entes públicos de planejar e executar as políticas públicas.

A fim de passar informações à população e permitir o acompanhamento das ações em torno da pandemia do coronavírus, o STF criou a plataforma "Painel de Ações COVID-19". A plataforma possibilita acompanhar informações mantidas atualizadas sobre todos os processos em andamento no STF em que há requerimentos envolvendo a pandemia, além das deliberações tomadas pelo Tribunal a respeito do assunto. Como é apresentado pela ferramenta, até outubro de 2021, o STF divulgou 12.735 decisões atinentes a COVID – 19. Dos dados publicados, 5689 processos são relativos a demandas de elevada complexidade, grande impacto e repercussão (STF, 2021).

O acesso a tais informações possibilita acompanhar a evolução dos casos e seus desdobramentos, assim como auxilia os juízes a lidarem com essas demandas de forma mais rápida perante a população, afastando decisões conflitantes e fornecendo meios para resolver os impasses. Diante da crise gerada pela pandemia de COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação nº 66 de 13/05/2020, de forma a assegurar melhores efeitos à sociedade durante o período excepcional de pandemia do novo coronavírus, recomendando em seu item 3º a todos os juízos com competência para julgamento sobre o direito à saúde que examinem, com maior

apreço, levando em consideração as disposições da LINDB, enquanto perdurar o estado de calamidade pública no país (CNJ, 2020).

A LINDB, em seus dispositivos 20 a 23, instrui a observância aos efeitos práticos, jurídicos e administrativos da decisão do juiz. Nesse panorama, cumpre afirmar que o Poder Judiciário deve levar em consideração o que determina a medicina e as outras ciências da área nos processos conexos à judicialização da saúde. É de conhecimento geral as dificuldades do Poder Público em administrar a saúde, sendo necessário, muitas vezes, fazer escolhas complexas, com limitações financeiras e com necessidades intermináveis. No entanto, não é possível abalizar os problemas da administração apenas à má utilização de recursos públicos, tendo em vista que diante de uma pandemia, mesmo transferindo recursos de outras áreas, ainda não é o bastante para combater uma crise sanitária de forma eficiente (BRASIL, 1942).

Salienta-se, de acordo com Amorim, a relevância de o Poder Judiciário avaliar os limites fáticos para a prestação de tratamentos de saúde, sobretudo no que tange às questões financeiras, tendo em vista que mesmo um número ínfimo de procedimentos pode acarretar repercussões significativas no sistema de saúde. O autor deu como exemplo o medicamento Zolgensma aplicado em casos de atrofia muscular espinhal (AME). O valor unitário do remédio equivale a cerca de R\$ 10 milhões. Ele ressalta que esse custo é superior ao gasto anual da maior parte dos municípios do país. É preciso, assim, verificar não somente o impacto orçamentário de cada concessão individual, mas também a consequência agregada a milhares de processos semelhantes (AMORIM, 2021).

Em setembro de 2021, o Poder Judiciário, ao deferir uma liminar para a compra de do referido medicamento para uma criança de dois anos, embasou seu entendimento na possibilidade de um dano irreparável ao indivíduo que corre risco de vida e na probabilidade de um direito, amparado pela garantia constitucional dos direitos fundamentais. Assim, o Poder Judiciário se sobressai em situações como essas, tendo em vista o alcance das decisões judiciais na aplicação de políticas públicas de saúde, tendo em vista que exerce função crucial na concretização dos direitos fundamentais da sociedade (TRF4, 2021).

Ainda em vista do quadro apresentado, de elevada demanda por UTIs, bem como por medicamentos e diferentes tratamentos de saúde, a pandemia de COVID-19 revelou sérias deficiências estruturais do sistema de saúde brasileiro, agravando uma crise que já existia e impulsionando a judicialização da saúde.

De acordo com Santos e Guimarães, os piores impactos da pandemia de coronavírus até o momento indicam um grave comprometimento da democracia e sua capacidade de se reafirmar como a referência lícita para o exercício do poder. Dessa forma, no que toca ao SUS, essa inibição à

concretização do interesse coletivo se expressa através de processos privatistas que obstam a completa realização de seus objetivos públicos e universais (SANTOS; GUIMARÃES, 2020).

Nesse cenário, o Boletim Covid-19 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aponta para algumas decisões judiciais que tratam diretamente do direito à saúde em pleitos ajuizados ao longo da pandemia, bem como a função exercida pelo Poder Judiciário diante do atual contexto (TJ-RJ, 2020).

A Recomendação nº 31, aprovada pelo CNJ em 2010, apresenta um conjunto de orientações para amparar, sobretudo, os juízes a tomarem decisões mais céleres na solução de litígios que envolvam o direito à saúde. A recomendação aponta que os magistrados usem a maior base de dados possível sobre o caso, através do envolvimento da comunidade médica e científica e dos gestores públicos na procura de uma solução, uma vez que cada caso tem singularidades que devem ser levadas em conta ao conceder ou indeferir os requerimentos de tutela antecipada (CNJ, 2010).

Isto acontece pois, como aponta Caldeira (2016), fundamentar tais requerimentos somente no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como no direito à saúde, conduz à conclusão de que toda e qualquer ação relativa a essas pretensões será deferida. Nessa toada, importante examinar o entendimento a seguir, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. Pretensão de transferência do requerente, internado em UTI covid-19, na rede particular, para a rede pública de saúde, em razão de carência de recursos para custear a internação Liminar indeferida Ausência de requisitos legais Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. É inviável a concessão de medida liminar em mandado de segurança, para transferência do requerente, internado em UTI covid-19, na rede particular, para a rede pública de saúde, em razão de carência de recursos para custear a internação, se inexistente situação de risco do direito à saúde (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto nº 22.171. Agravo de Instrumento nº 2078372- 94.2021.8.26.0000).

O caso em tela refere-se a um agravo de instrumento pleiteado em face de decisão que indeferiu a transferência do requerente da UTI do hospital particular para uma unidade intensiva de um hospital público, em virtude de possível impossibilidade de arcar com os procedimentos relativos ao seu tratamento.

Em análise criteriosa ao julgado atentamente, percebe-se que não houve acolhimento ao agravo de instrumento, tendo, dentre os motivos, a impossibilidade de atender à demanda, isso por conta da falta de recursos para os custos de internação, levando-se em consideração o colapso do sistema público de saúde após mais de um ano de enfrentamento do novo coronavírus. Outrossim, o ilustre magistrado considerou que, no caso em discussão, não há risco à vida do autor, uma vez que

já se encontra internado em UTI de COVID-19. Logo, seu direito à saúde não está sendo ofendido por ato omissivo do Estado.

Ainda, enfatizou que a situação de inúmeros Municípios, como é o caso de Bauru, é de total precariedade do sistema de saúde, decorrente da escassez de leitos de UTI, no SUS e na rede privada. Dessa maneira, tendo vaga para o autor, não é cabível falar em transferência para a rede pública, mediante determinação judicial, o que apenas obstaria a organização de recursos já escassos.

Logo, é notável que há critérios a serem levados em conta pelo juiz quando perante tais requerimentos, tomando como base, sobretudo, o atual contexto de crise e a restrição dos recursos públicos, pois deve-se ter em mente a capacidade do Estado de cumprir tais decisões, mas sempre em consideração ao princípio do mínimo existencial.

Assim, percebe-se que a pandemia tem causado danos graves para toda a população e ainda não se sabe os efeitos que essa crise sanitária poderá provocar a longo prazo. Portanto, é preciso que haja uma cooperação mútua entre todos os níveis de governo, de forma que sejam encontradas novas soluções para assegurar os direitos fundamentais da sociedade, de forma a evitar que os conflitos sejam levados à justiça, para que as decisões não prejudiquem ainda mais o já precário sistema público de saúde brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do presente estudo possibilitou investigar análises sobre a obrigação do Estado em fornecer tratamentos e medicamentos à população, a fim de assegurar o direito à saúde de todos. Para isso, observou-se toda conjuntura do fenômeno da judicialização da saúde e suas consequências para o sistema jurídico nacional e para a vida em sociedade. O direito à saúde é considerado pelo texto constitucional de 1988 um direito fundamental social, no entanto, tal determinação não impede que se encontre percalços de ordem política e econômica para a sua plena efetivação, especialmente em um período de calamidade pública no país, como ampliado pelo novo coronavírus.

Desta feita, o SUS, disposto como instrumento de concretização da saúde no país, em razão de sua má administração, apresenta diversas deficiências, particularmente óbvias, sendo mais notória com a pandemia de COVID-19. Por conseguinte, o cidadão tem recorrido ao Poder Judiciário, intencionando que os julgadores passem a atuar de modo a suprir a ausência e inação do Poder Executivo. Assim, observou-se que o fenômeno da judicialização da saúde acabou por apontar erros na gestão e anomalias no sistema de saúde. Os motivos são, especialmente, processos que envolvam a concessão do acesso a medicamentos. As demandas são em sua maioria individuais, a exceção das ações civis públicas.

Dessa forma, percebe-se a existência de várias vulnerabilidades apuradas, que dificultam o acesso aos serviços de saúde, bem como a efetivação da prestação dos serviços. Dentre elas, está a carência de estrutura, o SUS é o maior sistema público de saúde do mundo, todavia sofre com constantes problemas de superlotação, falta de insumos, medicamentos e de equipamentos. Além disso, a desigualdade regional é outro obstáculo à efetividade do direito à saúde, pois a maioria dos recursos financeiros do SUS é concentrada nas grandes cidades, deixando as pequenas e médias cidades com estruturas ainda mais deficitárias.

Verificou-se que quando se fala do direito à saúde, apesar de englobar inúmeros conflitos, o que está sendo tutelado é o direito à vida. Desse modo, o princípio da reserva do possível não pode ser estimulado puramente para eximir a efetivação do referido direito, pois o Estado possui o dever de garantir o direito à saúde a todos os indivíduos que dele necessitarem, tendo em vista que a relevância da existência da tutela à saúde é incontestável, sendo sempre almejada a elaboração de uma sociedade que alcance o mínimo essencial para se viver com dignidade humana.

Com base na CF/88, constatou-se que o status de direito fundamental alçado à saúde deverá ser promovido pelo Estado, sendo assim, não recai à Administração Pública, quando diante de matérias relativas à saúde, alegar reserva do possível de forma indiscriminada, pois o direito à saúde se encontra vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurado por via constitucional o “mínimo existencial” para uma vida digna, isto é, o mínimo de dignidade aceitável para um cidadão brasileiro. Assim, verifica-se que as questões que envolvem a vida dos indivíduos, sobretudo no caso do fornecimento de medicamentos de alto custo, frequentemente ligados a casos mais complexos, não podem ser deixadas de lado sob argumento de escassez de recursos, a fim de se elevar, concretamente, a dignidade humana.

No auge da pandemia do novo coronavírus, houve crescimento nos processos judiciais, sobretudo por conta de leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTI) e intervenções médicas. Contudo, levando em consideração a atual realidade do sistema de saúde nacional e sua precariedade, também é preciso que os magistrados exerçam maior cautela ao decidir sobre tais pleitos, dado que deve ser avaliada a possibilidade de sua efetivação e os impactos que sua concretização trará para a população como um todo.

Portanto, em que pese às omissões estatais, é possível concluir que a sociedade não pode ficar à margem de falhas e más gestões públicas, que se demonstram insuficientes para elevar os direitos que o próprio Poder Público consagrou como fundamentais e, desse modo, na colisão dos direitos à vida e à saúde com os princípios da separação de poderes e da reserva do possível, sobrepõe-se o direito à vida, tendo em vista que o poder estatal possui o dever de assegurar um mínimo essencial para a existência digna da sociedade brasileira.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMED. Associação Brasileira de Medicina Diagnóstica. **Outras doenças não esperam a pandemia de COVID-19 passar para se manifestarem**. 2020. Disponível em: <https://abramed.org.br/1237/outras-doencas-nao-esperam-a-pandemia-de-covid-19-passar-para-se-manifestarem/#:~:text=Em%20tempos%20de%20pandemia%2C%20n%C3%A3o,crise%20de%20sa%C3%BAde%20vvida%20atualmente>. Acesso em: 27 jun. 2022.

AMORIM, Poliana Torres de. **Medicamentos de alto custo e a judicialização da saúde**. Centro Universitário UNIFACIG. Manhuaçu, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da USP. vol. 103. 2008.

AVANCI, Thiago Felipe de Souza. **Teoria pós positivista dos direitos fundamentais: dialética entre economia, ecologia e filosofia**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

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

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BLIACHERIENE; Ana Carla, SANTOS, José Sebastião do (org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Repetitivo 1657156.** 1ª Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.04.2018. Acesso em: 20.07.2021. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada em decisão que determina fornecimento de medicamentos. **Ag STA 175/CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016 ano base 2015.** Departamento de pesquisas judiciárias. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros.>> Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. STJ. 2ª Turma. **REsp n.1041197/MS 2008/0059830-7,** Rel.: Min. Humberto Martins, 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020.** Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm> Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de ações Covid-19.** Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877#:~:text=Recomenda%20aos%20Tribunais%20a%20ado%20%C3%A7%C3%A3o,envolvendo%20a%20assist%C3%Aancia%20%C3%A0%20sa%C3%BAde.&text=DJE%2FCNJ%20n%C2%BA%2061%2F2010,4%2D6>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 66, de 13 de maio de 2020.** Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318#:~:text=Recomenda%20aos%20Ju%C3%ADzos%20com%20compet%C3%Aancia,de%20pandemia%20da%20Covid%2D19>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Justiça Federal. **TRF4 determina que União forneça medicamento à criança com AME.** Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=16082> Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Boletim Especial COVID-19.** Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/web/guest/boletim-especial-covid-19>> Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2078372-94.2021.8.26.0000.** Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1285664137/agravo-de-instrumento-ai-21585320920218260000-sp-2158532-0920218260000/inteiro-teor-1285664162>> Acesso em: 30 jun. 2022.

CALDEIRA, A. P. **De como a sentença não pode constituir um “grau zero” de sentido na judicialização do direito à saúde.** Revista de Direito da Faculdade Guanambi. v.2, 2016.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Planos de Saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos.** Editora Forense, Rio de Janeiro. 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. Edição E-book. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. BALBANI, Arthur. LUTAIF, Michel. **A responsabilidade do Poder Judiciário ante a crise sanitária da Covid-19.** Disponível em: <www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-pos-graduacao-responsabilidade-poder-judiciario-crise-covid-19>. 2020. Acesso em: 27 jun. 2022.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRANCO, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAMY, Marcelo. **Temas avançados de direito da saúde**. Vol. 2. Casos difíceis/coordenação Marcelo Lamy.1. ed. São Paulo: Matrioska Editora, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 8ª Ed. São Paulo: Método. 2005.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Felix. **A pandemia da COVID-19 no Brasil e os processos estruturais**: uma abordagem para litígios complexos. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 3, 2020.

MENDES, Ministro Gilmar. **STA 175-CE**, em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB), 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**: manuais universitários. São Paulo: Editora Almedina. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2013.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Editora JusPODIVM, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 11ª Ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Flávia Silva de. **Controle social no sistema único de saúde SUS**: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde. 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/4402/3318>. Acesso em: 07 jun. 2022.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamile Coutinho. **Direito à saúde**: da (in)efetividade das políticas públicas à saúde judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. Vol. 1. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Tiradentes. Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2022.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16ª Ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Belo Horizonte: Del Rey, Minas Gerais, 2005.

- ROCHA, José De Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- ROMA, Zillá Oliva. **Tutela jurisdicional e direito à saúde: análise crítica**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de São Paulo. 2016.
- ROMANELLI, Daniela da Silva. **Democracia e direitos políticos**. São Paulo: Instituto de Direitos Políticos, 2005.
- ROMANO, Rogério Tadeu. **Covid-19 e responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi. São Paulo, 2020.
- SACRAMENTO, Bruno. **Direito fundamental à saúde: reflexões sobre sua efetivação no âmbito judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Virtualbooks, 2015.
- SANTOS, R. T.; GUIMARÃES, J. R. **Democracia sem sentimento de república: o SUS nos tempos da COVID-19**. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, n.1. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SOUSA, Marcelle. **Gastos com remédios mais pedidos na justiça para o SUS é de quase 1 bi**. UOL Notícias. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>> Acesso em: 25 jun. 2022.
- SOUSA, Marília Nascimento de. **Direitos Humanos fundados na Lógica de Mercado: análise do discurso da reserva do possível nos casos previdenciários das Cortes Superiores do Brasil**. Tese. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2022.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. In: Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. 2001.

STURZA, Janaina Machado; BARRIQUELLO, Carolina Andrade; LEVES Aline Michele Pedron. **Soluções jurídicas na contemporaneidade**: Possibilidades e limites para a efetivação dos direitos humanos. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2018.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.