



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**LEONARDO RIBEIRO AZEVEDO**

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM O  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E  
TRATAMENTOS MÉDICOS**

Brasília

2018

**LEONARDO RIBEIRO AZEVEDO**

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM O  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E  
TRATAMENTOS MÉDICOS**

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito do Centro Universitário  
de Brasília – UniCEUB, como requisito para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dimitri Graco Lages Machado

Brasília  
2018

**LEONARDO RIBEIRO AZEVEDO**

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM O  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E  
TRATAMENTOS MÉDICOS**

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito do Centro Universitário  
de Brasília – UniCEUB, como requisito para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dimitri Graco Lages  
Machado

Brasília, de de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dimitri Graco Lages Machado

Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

## RESUMO

A presente monografia trata da questão da legitimidade das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos, uma vez que as atividades de elaboração, implementação, gestão e regulamentação do direito à saúde competem aos poderes Legislativo e Executivo. O presente trabalho nasce a partir da constatação do aumento exponencial no número de causas judiciais envolvendo o direito à saúde, especialmente através de pedidos de fornecimento de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por se tratar de um direito subjetivo público. Procedeu-se a análise dos principais julgados relativos ao tema no âmbito do STJ e STF, com a devida explanação acerca dos motivos que levaram a conclusão do respectivo Tribunal pelo fornecimento ou não de medicamentos ou tratamentos médicos, dentre os quais se verificam com frequência a cláusula da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível. Políticas Públicas. Legitimidade. Controle. Jurisdicional.

## **ABSTRACT**

This monograph deals with the question of the legitimacy of judicial decisions that determine the supply of medicines, since the activities of elaboration, implementation, management and regulation of the right to health are vested in the Legislative and Executive branches. The present study is based on the finding of an exponential increase in the number of lawsuits involving the right to health, especially through requests for the supply of medicines under the Unified Health System (SUS), since it is a public subjective right. The analysis of the main judgments related to the subject in the scope of STJ and STF, with due explanation on the reasons that led to the conclusion of the respective Court for the supply or not of medicines or medical treatments, among which the clause of the reserve of the possible and the theory of the existential minimum.

**Keywords:** Right to health. Existential minimum. Reservation of the possible. Public policy. Legitimacy. Control. Jurisdictional.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>BREVE INTRODUÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>9</b>
2.1	O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	10
2.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA .....	12
2.3	O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO.....	16
2.4	O ORÇAMENTO PÚBLICO E A CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL .....	25
2.5	A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO.....	30
<b>3</b>	<b>O DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS .....</b>	<b>33</b>
3.1	ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICA.	34
3.2	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL QUANTO AO DIREITO À SAÚDE.....	37
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente o compromisso do Estado de garantir aos cidadãos o pleno direito à saúde, garantia esta que deverá ser efetivada por meio de políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir o risco de doença e de outros agravos, bem como para permitir o acesso universal e igualitário às ações e serviços que visem a sua promoção, proteção e recuperação, conforme art. 196 da Lei Maior.

O direito à saúde é enquadrado como norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático, uma vez que estabelece programas e fins a serem alcançados pelo Estado. Ocorre que a preocupação em não esvaziar o conteúdo destas normas levou à conclusão doutrinária e jurisprudencial de que as diretrizes devem ser observadas independentemente da sindicabilidade do legislador ordinário.

Logo, não se trata de mera proclamação ideológica, sendo o direito à saúde dotado de eficácia que gera ao indivíduo um direito subjetivo negativo, possibilitando exigir do Estado uma abstenção nas condutas que forem contrárias ao direito à saúde, mesmo sem regulamentação legal.

Nesse sentido, em caso de omissão do Estado ou de insuficiência na prestação, o direito à saúde é passível de ser judicialmente tutelado, visto que todo direito fundamental é, antes de tudo, uma norma dotada de força normativa, cuja aplicação não se restringe a casos pontuais e específicos.

Para cumprir esse dever que lhe foi constitucionalmente imposto, o Estado se vale de uma complexa estrutura de atuação, a qual, apesar de demandar um elevado custo, vem se mostrando insuficiente e ineficaz, seja pela falta de investimentos, seja pelo regramento tido como excessivamente burocrático, dentre outros fatores que levam à precarização do sistema.

Em decorrência disso, tem-se notado um aumento considerável no número de ações judiciais a fim de compelir o Estado a prestar serviços públicos de

saúde, o que veio a causar enormes prejuízos aos cofres públicos, comprometendo o funcionamento do aparato estatal.

Por outro lado, é certo que o Judiciário não deve fechar os olhos à violação grave e recorrente por parte dos demais Poderes Públicos no que tange ao direito à saúde, sob o fundamento da reserva do possível e deixando a população ao relento, mesmo em relação ao “mínimo existencial”.

Assim, o objetivo deste trabalho é realizar uma análise acerca da legitimidade do controle jurisdicional no âmbito de políticas públicas de saúde, com a devida explanação dos limites deste controle e dos critérios que foram desenvolvidos ao longo dos anos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para a concessão dos pedidos de fornecimento de medicamentos.

Pretende-se analisar as peculiaridades do ativismo judicial que está bastante presente nas questões relacionadas às políticas públicas de saúde, demonstrando argumentos favoráveis e contrários a essa intervenção do Poder Judiciário, sem, contudo, ter a pretensão de exaurir o tema que se mostra de inegável importância e profundidade.



## 2 BREVE INTRODUÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A relação do constitucionalismo e os direitos fundamentais é patente, considerando que os dois principais objetivos do constitucionalismo são: a) limitação do poder e redefinição da organização do Estado; b) busca de reconhecimento e efetivação dos direitos e garantias fundamentais que, em um primeiro momento, buscou positivizar as liberdades individuais.<sup>1</sup>

Após o terror vivido na Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser o cerne do Estado Democrático de Direito e da interpretação dos direitos fundamentais, o que resultou em uma releitura do estudo constitucional a partir do que se entende por neoconstitucionalismo.<sup>2</sup>

O novo constitucionalismo permitiu a irradiação das normas constitucionais para todos os aspectos do direito, de forma a reafirmar a força normativa da Constituição, sobretudo de seus princípios jurídicos na consecução dos direitos fundamentais. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.<sup>3</sup>

Diante da superação do caráter meramente político da Constituição e o surgimento de sua força normativa e, portanto, vinculante aos Poderes Públicos, o

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 5.

Judiciário passou a exercer um importante papel na busca de efetivação dos direitos fundamentais, operando, assim, a judicialização da política.<sup>4</sup>

## 2.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

No século XVIII, a expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, após a revolução política que culminou na elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Na lição de Marcelo Campos Galuppo, direitos fundamentais são o resultado da constitucionalização interna de direitos humanos, estes, por sua vez, positivados em instrumentos internacionais.<sup>5</sup>

O reconhecimento de tais direitos se justificam pelo fato de que o homem, “além dos empecilhos da natureza, viu-se diante de opressões sociais e políticas, e sua história não é senão a história das lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas”.<sup>6</sup> É exatamente por serem o produto de um longo processo histórico de evolução da humanidade em busca do reconhecimento e consecução que os direitos fundamentais possuem a historicidade como característica e foram divididos em dimensões (ou gerações).<sup>7</sup>

A grande crítica ao termo “geração” diz respeito a errônea ideia de substituição de direitos de uma geração por outra. Em verdade, a introdução de novos direitos fundamentais deve ser entendida não só como uma soma de novos direitos aos já reconhecidos, mas também como a redefinição destes. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>5</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'.<sup>8</sup>

Inicialmente, os direitos fundamentais eram compreendidos como direitos de liberdade por retratarem uma posição de resistência perante o Estado, tais como direitos civis e políticos. Estas liberdades individuais foram classificadas como direitos de primeira geração ou dimensão, na medida em que as lutas populares e políticas reconheciam novos direitos.<sup>9</sup>

A atuação do Estado restringida a garantir a não-intervenção nas liberdades individuais se tornou insuficiente e a população começou a exigir uma conduta ativa dos poderes públicos, sobretudo na efetivação de direitos. Com o surgimento do Estado Social, há os direitos de segunda dimensão: sociais, culturais e econômicos, dentre os quais se inclui o direito à saúde.<sup>10</sup>

Nesse sentido e mais uma vez, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

[...] Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e nas Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55

É sob a perspectiva dos direitos sociais que este trabalho se propõe à análise do contexto de exigência de uma atuação positiva e eficaz por parte do Estado. No entanto, é importante mencionar que a classificação dos direitos fundamentais não se restringe à segunda dimensão.

A título complementar, os direitos fundamentais de terceira geração refletem demandas sociais decorrentes da preocupação com direitos difusos ou coletivos, isto é, direitos que tem “por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo de existencialidade concreta”.<sup>12</sup> Logo, são direitos que transcendem a individualidade, sendo justamente por isso chamados de direitos solidários ou fraternais.

Por fim, vale registrar que há um movimento no sentido de se reconhecer uma quarta dimensão de direitos fundamentais, os quais, segundo Paulo Bonavides, seriam resultado da globalização e da universalização no plano institucional dos direitos fundamentais, correspondendo aos direitos à informação, ao pluralismo e à democracia (direta).<sup>13</sup>

Ainda para Paulo Bonavides, o direito à paz se enquadra na quinta nova dimensão de direitos fundamentais relacionada com o espírito de humanismo e, portanto, ligado ao direito à vida e naturalmente indispensável à evolução das sociedades como um todo.<sup>14</sup>

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA

A expressão “eficácia” remete à questão da força normativa dos textos legais, ou seja, trata-se da aplicabilidade das normas. Nesse sentido, o presente tópico pretende se restringir ao estudo da eficácia das normas de direitos prestacionais, em especial o direito social à saúde, analisando suas consequências práticas.

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Idem*. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Preliminarmente, cumpre destacar que a eficácia jurídica se difere da eficácia social, uma vez que esta se relaciona com a materialização no mundo fático, concretizando a função social da norma. Em outras palavras, a eficácia social simboliza “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.<sup>15</sup>

A eficácia jurídica está ligada à aplicabilidade da norma vigente, referindo-se à “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma”.<sup>16</sup>

Em termos mais simples, a eficácia jurídica representa a possibilidade da norma jurídica ser aplicada nos casos concretos e, por consequência lógica, produzir seus efeitos jurídicos.<sup>17</sup> Assim, todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, pois sempre serão aplicáveis e capazes de gerar efeitos jurídicos, variando apenas o seu grau de aplicabilidade.<sup>18</sup>

Isto posto, o art. 5º, §1º da CF/88 apenas reforça que a aplicação das normas que definem direitos e garantias fundamentais deve ocorrer de forma imediata.<sup>19</sup> No entanto, é incontroverso que determinadas normas da Constituição não possuem plenas condições para produzir todos os seus efeitos jurídicos ao caso em concreto diretamente, dependendo, assim, da atuação do legislador ordinário para sua respectiva regulamentação. São chamadas de normas constitucionais de eficácia limitada, tais como as normas programáticas.<sup>20</sup>

Eros Roberto Grau defende que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, mesmo quando são considerados programáticos, não

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

<sup>17</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>18</sup> SILVA, op. cit.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>20</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

dependendo de regulamentação legislativa.<sup>21</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos fundamentais possuem eficácia apenas nos termos e na medida da lei, não sendo possível conferir interpretação distinta em razão da própria natureza desta norma jurídica.<sup>22</sup>

Em sentido contrário, Gilmar Mendes esclarece que não há como dispensar a atuação do órgão legiferante em determinadas ocasiões. Isso porque o art. 5º, § 1º da CF/88 representa um mandado de otimização, o qual obriga o Poderes Públicos a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, sendo que a aplicabilidade imediata dependerá necessariamente do dispositivo constitucional e o caso em concreto em questão.<sup>23</sup>

Assim, os direitos fundamentais, em comparação com as demais normas constitucionais, possuem maior aplicabilidade e eficácia, em decorrência do artigo 5º, §1º da CF/88, o que não exclui a possibilidade de que, mesmo entre os direitos fundamentais, este dispositivo seja aplicado em graduações diferentes, que irão depender de características como a forma de positivação, objeto e função de cada preceito.<sup>24</sup>

Quanto aos direitos sociais, estes podem ser enquadrados nas normas constitucionais de eficácia limitada de princípios programáticos, uma vez que estabelecem programas e fins a serem alcançados pelo Estado. Ocorre que a preocupação em não esvaziar o conteúdo destas normas levou a conclusão de que devem ser observadas independentemente da sindicabilidade do legislador ordinário.<sup>25</sup>

Isso porque as normas da Constituição possuem, ao menos, dois efeitos: a) positivo: revoga todo o ordenamento jurídico anterior no que for contrário; b)

---

<sup>21</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>22</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

impossibilita que a futura atuação legislativa seja contrária ao que a norma constitucional dispõe.<sup>26</sup>

Logo, direitos sociais não são meras proclamações ideológicas, sendo dotados de eficácia, que gera ao indivíduo, no mínimo, um direito subjetivo negativo. Isto é: “possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental”,<sup>27</sup> mesmo carecendo de ato concretizador do legislador.

Logo, a atuação do Poder Público está condicionada ao cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mesmo sem regulamentação por meio de lei. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

A primeira e mais básica forma de vinculação do órgão legiferante está no dever de guardar coerência e respeito aos direitos fundamentais no exercício da atividade legislativa. É de levar-se em consideração, ainda, que o legislador também deve, por star vinculado aos direitos fundamentais, elaborar normas que visam regular os direitos fundamentais que dependem de concretização legislativa.

A Administração Pública, em seu sentido mais amplo – incluindo aqui inclusive não apenas pessoas jurídicas de direito público, mas também de direito privado que disponham de poderes públicos ao tratar com o particular – está estritamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, sob pena de nulidade de seus atos.<sup>28</sup>

Tendo em vista o que já foi exposto, sob a perspectiva do comunitarismo e considerando que os direitos fundamentais são – e devem – ser dotados de efetividade, conclui-se que o Poder Público deve buscar a implementação da forma mais otimizada possível, o que pode ocorrer em graus a depender da situação em análise e da legislação aplicável.<sup>29</sup>

Assim, a assistência médico-hospitalar, com o fornecimento de medicamentos, realização de exames e cirurgias, por exemplo, deve ser promovida no

---

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 317.

<sup>28</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 350-351.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

maior grau possível considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, de forma a efetivar plenamente o direito à saúde que foi outorgado ao indivíduo pela ordem constitucional.<sup>30</sup>

O problema de pesquisa reside exatamente neste ponto. Embora seja dotado de eficácia jurídica, questiona-se quanto à possibilidade de o particular exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material relacionada ao direito à saúde, este assegurado pela própria Carta Magna.

### 2.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO

Como um típico direito social, isto é, de segunda geração, o direito à saúde exige do Poder Público o adequado cumprimento de seu desiderato democrático, garantindo a justiça distributiva e a igualdade entre os cidadãos por meio de prestações positivas sociais.<sup>31</sup>

A Constituição da Organização Mundial de Saúde, cuja organização internacional o Brasil é signatário, entende saúde como “o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades”.<sup>32</sup>

O início do processo de constitucionalização do direito à saúde no Brasil se deu a partir do movimento social pela reforma sanitária por volta de 1970, em busca de melhores condições de vida para a população.<sup>33</sup> Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 196 já passou a reconhecer que:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

---

<sup>30</sup> SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*.

Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>32</sup> OMS. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

<sup>33</sup> FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). *Reforma Sanitária*. Disponível em:

<<https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>>. Acesso em: 28 set. 2018.



de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

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

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

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

III - participação da comunidade.<sup>34</sup>

O direito à saúde representa bem a concepção de “direito achado na rua” que, por sua vez, significa interpretar o direito a partir da participação democrática nos espaços públicos, motivo pelo qual se utiliza o termo “rua”.<sup>35</sup> Em outras palavras:

Pode-se dizer ter sido essa experiência, carregada de ampla participação política dos sujeitos sociais e presença ativa na esfera pública – a rua – para formar opiniões, o fator que conduziu o problema da saúde, até aí visto apenas como uma carência da vida cotidiana, para integrá-lo à categoria de direito social positivado, inscrito na Constituição sob a designação geral de “saúde direito de todos e dever do Estado”.<sup>36</sup>

Com efeito, a legislação infraconstitucional também fez bem por bem reforçar a universalidade e fundamentalidade do direito à saúde como condição indispensável ao desenvolvimento humano, conforme art. 2º da Lei Orgânica da Saúde de 1990:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>35</sup> COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento*. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei 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

Da leitura dos dispositivos transcritos acima, percebe-se que o dever do Estado é entendido sob dois aspectos: o preventivo e o assistencial/curativo. O primeiro está associado não apenas à formulação, como também à execução de políticas sociais e econômicas com fins de redução de riscos de doenças e outros. Já o segundo, estabelece condições que tenham capacidade de garantir o acesso universal e igualitário aos serviços e às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.<sup>38</sup>

Com a vigência da referida Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), as condições para “a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”<sup>39</sup> foram devidamente previstas, inclusive com a proposta de funcionamento e organização do Sistema Único de Saúde.

O art. 6º da referida lei preconiza que os principais objetivos do SUS são:

- 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.<sup>40</sup>

Estes objetivos, dentre as várias atribuições previstas na Lei 8.080/90, serão atendidos através da “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”.<sup>41</sup>

---

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2018.

<sup>38</sup> ANDRADE, Ricardo Barretto de. *O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11015/1/2012\\_RicardoBarrettodeAndrade.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11015/1/2012_RicardoBarrettodeAndrade.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2018.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

O direito à saúde apresenta, ainda, *status* de relevância pública, já que está diretamente associado a redução de desigualdades e a promoção da dignidade da pessoa humana, estes considerados fundamentos e objetivos da República, previstos nos art. 1º e 3º na Constituição Federal de 1988.<sup>42</sup>

Desse modo, como os serviços públicos visam a assegurar o bem público, minimizando as carências regionais e individuais, reforçando o compromisso com a efetivação da dignidade humana, os serviços de saúde passam a se qualificar como mais do que ações públicas, mas ações de nítida relevância pública.<sup>43</sup>

Nesta perspectiva, o artigo 197 da CF/88 dispõe que:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.<sup>44</sup>

Com isso, a relevância pública dada à área de saúde acaba por justificar a atuação do Judiciário nos casos de flagrante desrespeito à norma constitucional pelos Poder Legislativo e Executivo, abrindo espaço para a judicialização das políticas públicas que anteriormente era inalcançável em razão do manto da discricionariedade.<sup>45</sup>

É possível aferir que a saúde se constitui em um dos bens mais valorosos do ser humano, devendo receber tutela protetiva estatal por ser característica inerente ao direito à vida. Mas o fato de estar prevista como um “direito” significa dizer que se trata de um verdadeiro direito subjetivo do indivíduo?

---

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>43</sup> CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *Avanços e Retrocessos do Direito à Saúde no Brasil: Uma Esperança Equilibrada*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16525/1/2014\\_JarbasRicardoAlmeidaCunha.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16525/1/2014_JarbasRicardoAlmeidaCunha.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RESP 271.286-8/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Inicialmente, cumpre esclarecer que direito objetivo é o ordenamento jurídico, isto é, são condutas que são postas à disposição do indivíduo que devem ser observadas pela sociedade como um todo. A partir do momento em que o titular do direito emite vontade de fazer valer o mandado jurídico que lhe foi outorgado pelo direito objetivo, surge o direito subjetivo.<sup>46</sup>

Quanto aos direitos a prestações positivas do Estado, como o direito à saúde, Robert Alexy elucida que:

Todos os direitos a prestações são relações trivalentes entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado. Se o titular de um direito fundamental *a* tem um direito frente ao Estado (e) a que este realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem frente a *a* o dever de realizar *h*. Cada vez que existe uma relação de direito constitucional deste tipo entre um titular de um direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem competência para impor judicialmente o direito.<sup>47</sup>

Percebe-se que os direitos sociais apresentam duplo caráter, concedendo ao titular do direito um direito subjetivo de exigir judicialmente do Estado a prestação positiva inerente, bem como constitui direito objetivo por fazer parte do ordenamento jurídico.<sup>48</sup>

A impossibilidade de se reconhecer os direitos prestacionais como direitos subjetivos se justificaria em razão da norma constitucional expressar apenas uma finalidade a ser alcançada pelo Estado, sem indicar os meios para tanto. Assim, o particular não teria direito a fruição de tais direitos, tampouco a possibilidade de exigí-los judicialmente, em virtude da indeterminação dos dispositivos que ospreveem.<sup>49</sup>

Nesta perspectiva do caráter programático, impossibilitando o reconhecimento judicial originário, J. J. Gomes Canotilho preconiza:

---

<sup>46</sup> COIMBRA, Rodrigo. *Reflexões sobre a noção de direito subjetivo frente à tutela dos direitos individuais e transindividuais*. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/259/194>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1993. p. 431.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em normas das regulações legais. Não existirá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Não existirá um direito fundamental à segurança social, mas apenas um conjunto de direitos legais sociais.<sup>50</sup>

Logo, a Constituição estabelece uma obrigação legiferante, isto é, impõe ao legislador ordinário a regulamentação destes direitos sociais, não sendo possível considerá-los como “meros programas” diante da força normativa e vinculante da Carta Magna.<sup>51</sup>

Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos entende que o direito à saúde configura um direito subjetivo público em razão da alocação obrigatória de recursos públicos, uma vez se trata de um direito indisponível garantido a todos pela Constituição, resultando em uma relação jurídica obrigacional entre o Poder Público e o indivíduo.<sup>52</sup>

Acompanhando este entendimento, o STF entendeu que:

O direito público subjetivo à saúde represente prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 434.

<sup>51</sup>*Ibidem*.

<sup>52</sup>RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>53</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RESP 271.286-8/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

Sem dúvida, trata-se de um julgado ímpar, dada a profunda análise acerca da efetivação do direito à saúde analisada sob a ótica da força normativa da Constituição que, embora tenha normas de caráter programático, vincula a atuação do Poder Legislativo e Executivo de tal maneira que a omissão injustificável destes tem o condão de configurar um comportamento inconstitucional.<sup>54</sup>

Em outras palavras, o reconhecimento meramente formal do direito à saúde não é suficiente, sob pena de transformar a norma constitucional em uma “promessa insequente”. Exige-se, portanto, a adoção de providências capazes de garantir plenamente a satisfação da ordem dada pela Constituição.<sup>55</sup>

No julgamento do pedido de suspensão da tutela antecipada nº 175/CE, o Min. Rel. Gilmar Mendes fez questão de ressaltar que o direito subjetivo à saúde não é absoluto:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.<sup>57</sup>

Assim, consignou-se que a concessão individual de medicamentos por meio do Judiciário, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do Sistema Único de Saúde, cuja análise dependerá do caso em concreto.<sup>58</sup>

Pouco tempo após, o STF foi novamente instado a se manifestar sobre o tema no julgamento do RMS 24.197/RS e foi concluído que o Estado possui o dever constitucional de promover políticas públicas eficazes ao tratamento mais adequado ao necessitado, não sendo suficiente a promoção de políticas como um todo. Por

---

<sup>54</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RESP 271.286-8/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

<sup>55</sup>*Ibidem*.

<sup>57</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175/CE*. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod\\_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>58</sup>*Ibidem*.

consequência, o Ministro Relator Luiz Lux concedeu a segurança por se tratar de um direito líquido e certo do impetrante.<sup>59</sup>

Adotando uma teoria mais restritiva de interpretação do direito a saúde na tentativa de conter a atuação judicial, o Ministro Teoria Zavascki expôs que:

Não existe, portanto, um direito subjetivo constitucional de acesso universal, gratuito, incondicional e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde. Há várias razões que determinam limites ao referido direito, a começar pela identificação do que seriam os meios adequados de proteção à saúde. Não são certamente apenas os que se dirigem a recuperar a saúde já comprometida (hospitalização, atendimento médico, fornecimento de medicamentos). Para a proteção da saúde concorrem, decisivamente, as medidas preventivas de toda a natureza (alimentação, moradia, saneamento básico, educação).

Ademais, conforme registram os especialistas, “Ainda que soubéssemos exatamente que políticas são capazes para se garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas. Nenhum país do mundo, nem mesmo o mais rico de todos, teria recursos suficientes para atingir esse objetivo. Isso porque, enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir.”<sup>60</sup>

Para o referido Ministro, a Constituição não assegura um direito subjetivo à saúde propriamente dito, mas sim um direito às políticas públicas sociais e econômicas voltadas a garantir o maior alto nível de saúde possível às pessoas de forma igualitária. Reforçou, ainda, que os direitos sociais dependem de conformação político-administrativa por parte do Poder Legislativo e Executivo, os quais possuem a função privativa de estabelecer os modos pelos quais estes direitos serão realizados.

Logo, o Judiciário estaria adstrito às violações de direitos por inexistência de políticas públicas que sejam suficientes para atender o minimamente exigido pelo direito à saúde, o que não significa dizer todo e qualquer medicamento “mas sim os considerados mais adequados do ponto de vista técnico, social e de

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS 24.197/PR*. Primeira Turma. Min. Rel.: Luiz Fux. Brasília, 4 de maio de 2010. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS\\_24197\\_PR\\_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XE MZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_24197_PR_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XE MZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>60</sup>Ibidem.

saúde pública, que sejam compatíveis com a força da nação e que permitam acesso universal e igualitário.”<sup>61</sup>

Conclui o Ministro Teori Zavascki que a existência de um dever estatal a prestações relativas ao direito à saúde não pode resultar em um “direito subjetivo universal e incondicionado que possa ser reclamado e efetivado por via judicial.” No entanto, foi considerado voto vencido.<sup>62</sup>

Pelo exposto, é possível aferir que as decisões judiciais acima comentadas partem de duas perspectivas. Os julgamentos que conferem o direito à saúde de forma líquida e certa ao paciente em desfavor do Estado assumem uma posição substancialista, pois permite a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações em favor de um indivíduo, tendo em vista a eficácia vinculante efetiva e imediata da Constituição.<sup>63</sup>

Já as posições contrárias ao direito subjetivo individual e favoráveis à atuação privativa do Poder Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas de saúde partem da premissa de um típico Estado Social que busca o maior alcance possível dos direitos fundamentais à sociedade.<sup>64</sup>

Por fim, a melhor conclusão parece ser no sentido de que o Poder Público, conforme previsão de diversos dispositivos constitucionais e legais, deve providenciar por todos os meios cabíveis, os serviços e as ações necessários à garantia

---

<sup>61</sup>BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS 24.197/PR*. Primeira Turma. Min. Rel.: Luiz Fux. Brasília, 4 de maio de 2010. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS\\_24197\\_PR\\_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_24197_PR_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>62</sup>Ibidem.

<sup>63</sup>CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>64</sup>Ibidem.



do pleno exercício do direito fundamental à saúde, essencial a todas as pessoas, sem qualquer tipo de distinção.<sup>65</sup>

No entanto, não se busca afirmar que os direitos sociais são direitos subjetivos individuais definitivos, uma vez que não se mostra razoável ou sequer possível exigir do Estado a efetivação do direito à saúde de forma incondicional. Cuidado de direitos subjetivos *prima facie*, pois busca conferir força vinculante ao direito à saúde para além de seu caráter programático, mas levando também em consideração uma ponderação de valores constitucionais de acordo com o caso concreto.<sup>66</sup>

#### 2.4 O ORÇAMENTO PÚBLICO E A CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme anteriormente visto, direitos sociais são direitos que demandam uma atuação positiva por parte do Estado e, portanto, dependem diretamente do orçamento público para que sejam efetivamente assegurados à sociedade.

Sem a pretensão de exaurir o tema relativo às previsões orçamentárias, alguns esclarecimentos são necessários para entender adequadamente o tema de ativismo judicial nas políticas públicas de saúde.

Em síntese, as leis orçamentárias determinam as despesas e receitas utilizadas no funcionamento estatal e na promoção de direitos através das políticas públicas, de forma a definir numericamente as prioridades que serão dadas às necessidades populares.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RESP 271.286-8/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014.

Os recursos públicos são organizados basicamente por três documentos orçamentários: Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme art. 165 da CF/88.<sup>68</sup>

De forma didática, Áquilas Nogueira Mendes e Fábio Ferreira Mazza esclarecem a função de cada uma destas leis:

PPA: É o principal documento legislativo em matéria de planejamento da ação governamental, estabelecendo as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como as despesas relativas aos programas de ação continuada. É a verdadeira síntese do planejamento e serve de orientação aos demais planos, aos programas de governo, e ainda orienta o orçamento anual.

LDO: com base na previsão da arrecadação, a LDO estabelece as metas, as prioridades de gastos, as normas e os parâmetros que vão orientar a elaboração da LOA para o exercício seguinte. Obrigatoriamente a LDO deve conter os anexos de metas e riscos fiscais, além de vir acompanhada também de anexo que contenha os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como as metas de inflação, sendo tais informações imprescindíveis para adequar a execução orçamentária ao que foi estabelecido na lei orçamentária anual.

LOA: é por meio da LOA que se cria um mecanismo que obriga o administrador público a prever com antecedência o que pretende realizar, uma vez que os orçamentos ficam vinculados ao planejamento das atividades governamentais e se consubstanciam em um documento. Assim, a destinação dos recursos passa a ser autorizada tão somente para o cumprimento dos objetivos pretendidos, tornando o planejamento inevitável.<sup>69</sup>

Do mesmo modo, na consecução do direito à saúde, a gestão econômica deve ser planejada e respeitada pelos Poderes Públicos, visto que só pode ser efetivado o que estiver previsto nas respectivas leis orçamentárias. Esse respeito é imprescindível pois os recursos públicos são finitos e devem ser utilizados de acordo com as prioridades fixadas.<sup>70</sup> Tal constatação fez com que o Poder Público alegasse a “reserva do possível” como meio de justificar suas omissões inconstitucionais.

---

<sup>68</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>69</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014. p. 51.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A “cláusula da reserva do possível” parte, então, da premissa de que os recursos públicos são limitados e, portanto, o Estado goza de discricionariedade na formulação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais de acordo com a prioridade dada ao caso em concreto e as previsões orçamentárias.<sup>71</sup>

É nessa linha que se insurge Luis Roberto Barroso:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.<sup>72</sup>

Daniel Sarmiento divide a cláusula da reserva do possível sob dois aspectos: a) fático: verdadeira disponibilidade de recursos financeiros no mundo dos fatos; b) jurídica: existência de autorização orçamentária de acordo com previsto no ordenamento jurídico.<sup>73</sup>

Ocorre que a necessidade de previsão orçamentária é entendida como uma regra dirigida principalmente ao administrador, motivo pelo qual a sua falta não impediu o Poder Judiciário de ordenar despesas aos demais Poderes na busca pela efetivação dos direitos fundamentais que, por sua vez, tem prevalência<sup>75</sup> à regra orçamentária.

Inclusive, o STF adotou expressamente esta posição no julgamento do Recurso Extraordinário nº 393175/RS, consoante trecho da ementa:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse

---

<sup>71</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>72</sup> BARROSO, Luis Alberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2018.

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>75</sup> RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010.

financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.”<sup>76</sup>

Todavia, impossível não notar que a tutela individual do direito de saúde é invariavelmente composta por ganhos e perdas. Nas palavras de Daniel Wang:

É preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Luiz Roberto Barradas Barata, então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo em 2005, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento, pelo Poder Judiciário, obrigava-o, entre outras coisas, deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política voltada para atenção básica da população mais carente. Ainda que essa afirmação seja de difícil comprovação, não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não pode ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos.<sup>77</sup>

Nesta perspectiva, a posição jurisprudencial da Suprema Corte não é acompanhada integralmente pela doutrina. Em sentido diametralmente oposto, Daniel Sarmento assevera:

[...] Não concordo nem com a orientação que transparece em algumas decisões judiciais, inclusive do STF, no sentido de que o juiz não deveria se preocupar com a existência ou não da previsão orçamentária para a realização de despesas atreladas aos direitos sociais, nem tampouco a concepção de que a ausência desta previsão constitui barreira insuperável para o Judiciário na adjudicação de direitos sociais. [...] a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de forma principiológica.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 393175/RS*. Min. Rel.: Celso de Mello. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>77</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul.2009. p. 317.

<sup>78</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

Com efeito, foi dado ao Poder Público (principalmente ao legislador) a incumbência de escolher as prioridades que serão desenvolvidas de acordo com a lei orçamentária, o que não significa dizer que a busca pela efetividade dos direitos sociais está condicionada por questões econômico-financeiras. Pelo contrário, a força normativa da Constituição impõe e vincula o Poder Legislativo, cabendo a atuação excepcional do Poder Judiciário em caso de abusiva omissão.<sup>79</sup>

Assim, não cabe ao Judiciário intervir em todas as situações em que direitos fundamentais estivessem sendo ameaçados. Como critério de atuação legítima, definiu-se um grave e iminente risco de violação aos direitos fundamentais através uma conduta (ação ou omissão) do Estado, tendo sempre em vista o mínimo vital.<sup>80</sup>

No âmbito das políticas de saúde, o STF já se manifestou no seguinte sentido:

A dimensão objetiva dos direitos sociais, incluído o à saúde, deve ser realizada por meio de políticas públicas e orçamentárias, a cargo do Legislativo e do Executivo, relativas à universalização e racionalidade das prestações estatais positivas. Todavia, revelada a dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária.<sup>81</sup>

Diante do reconhecimento do direito à saúde como um direito subjetivo *prima facie*, a alegação de reserva do possível não possui o condão de gerar a ineficácia deste direito incondicionalmente, mas tão somente exigir do intérprete a ponderação com demais valores em debate no caso em concreto.

Imagine-se, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Certamente, uma decisão desse tipo acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que existe dinheiro de sobra para a construção do

---

<sup>79</sup>SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

<sup>80</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 592581/RS*. Plenário. Rel. Min.: Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>81</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 255627/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 23 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada à reserva do possível. É preciso cuidado, portanto, ao se dar efetividade a um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos.<sup>82</sup>

A teoria do mínimo existencial surge com absoluta relevância na busca do equilíbrio na ponderação a ser realizada pelo Poder Judiciário, notadamente porque se volta à garantia de um piso mínimo de direitos às pessoas.

## 2.5 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Em um sistema jurídico composto por valores, é natural que haja a colisão de direitos fundamentais pertencentes a um titular com os direitos fundamentais de outros, podendo ser iguais ou distintos em cada caso em análise, ou até mesmo a colisão de direitos fundamentais com bens coletivos. Logo:

Ocorre colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e os direitos de liberdade de outros também devido aos custos financeiros decorrentes do cumprimento dos direitos fundamentais sociais, já que o Estado só pode distribuir aquilo que consegue arrecadar com os tributos sem lesionar os direitos fundamentais dos contribuintes e que, as colisões entre direitos fundamentais sociais e bens coletivos resultaria da absorção de grande parte do orçamento público para a realização de ambos, em face dos seus efeitos financeiros<sup>83</sup>

Assim, a conclusão acerca de quais direitos cada indivíduo possui de forma definitiva parte de uma ponderação de princípios pelo intérprete do ordenamento jurídico, sendo que o resultado deste processo deve assegurar o mínimo existencial à luz da dignidade da pessoa humana.<sup>84</sup>

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes:

Para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessária a implementação e garantia de um

---

<sup>82</sup> SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e a reserva do possível*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>83</sup> RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010. p. 56.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

piso mínimo de direitos. Esses direitos protegidos sobre tal rótulo voltam-se para o atendimento e concretização das necessidades básicas de um ser humano.<sup>85</sup>

Assim, a teoria do mínimo existencial pode ser dividida em duas dimensões: a) negativa: limita a prática de condutas por quaisquer pessoas, inclusive pelo Estado, que retirem do indivíduo condições mínimas de uma vida com dignidade; b) positiva: elucida um conjunto mínimo de direitos que devem ser efetivados para que se viva com dignidade.<sup>86</sup>

De forma contundente, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

[...] A denegação dos serviços essenciais a saúde acaba – como sói acontecer- por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.<sup>87</sup>

A aplicabilidade imediata conferida ao conjunto estabelecido pelo mínimo existencial possibilita o controle judicial de políticas públicas à luz da dignidade da pessoa humana, na medida em que dispensa a atuação do Poder Legislativo para efetivar os direitos fundamentais de segunda geração.<sup>88</sup>

Em que pese não depender de qualquer expressa previsão no ordenamento jurídico, a existência digna é também assegurada no art. 170 da CF/88, alçada como um dos princípios basilares da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 744.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 346

<sup>88</sup> FERNANDES, op. cit.

<sup>89</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

Mas ao contrário do que pode parecer, adotar a teoria do mínimo existencial não significa reduzir a atenção comportamento estatal no sentido de apenas garantir o mínimo, devendo, sempre que possível, aumentar o grau de proteção do direito em questão.

Nesta perspectiva, o princípio da vedação do retrocesso se apresenta como um verdadeiro limite material implícito, na medida impede que o legislador reduza ou retire o grau de proteção a determinado direito já existente no ordenamento jurídico, bem como impõe aos Poderes Públicos (sobretudo o Executivo) a concretização dos direitos sociais tendo como parâmetro o avanço social, não se limitando a garantir o *status* atual de proteção.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup>FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.



### 3 O DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS

Conforme anteriormente visto, é por meio dos direitos sociais que o Estado intervém na esfera individual para preservar condições mínimas de existência, atribuição dada ao legislador na elaboração de políticas públicas de realização destes direitos com certa discricionariedade, o que afasta o controle jurisdicional, salvo quando claramente desproporcionais.<sup>91</sup>

É exatamente nesta perspectiva de redução de desigualdades fáticas e sociais que os direitos sociais acabam apresentando uma necessária dependência com o orçamento público para implementação das políticas, momento em que a discussão acerca da “reserva do possível” surge com grande relevância.

A omissão abusiva do Estado e a alegação completamente genérica de impossibilidade de atender todas as demandas sociais fizeram com que o Judiciário se deparasse com uma série de processos com pedidos de fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos de saúde, resultando em uma postura mais ativa e interventiva nos demais Poderes Públicos.

A título exemplificativo, segundo relatório de demandas judiciais relativas ao direito à saúde, alguns dos Tribunais Estaduais que mais receberam foram:<sup>92</sup>

Tribunal Estadual	Número de ações
TJSP	44.690
TJAL	6.303
TJCE	8.344
TJDFT	2.575
TJES	8.991
TJMG	66.751
TJRJ	46.883
TJRS	113.953
TJSC	18.188

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>92</sup> CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Os dados foram divulgados pelo CNJ, estando atualizados até junho de 2014, sendo que não foram encontradas informações mais recentes no site relativas ao tema da presente monografia. De todo modo, o referido relatório informa que foram recebidas no total 330.630 (trezentos mil e trinta mil e seiscentos e trinta) ações de saúde nos Tribunais estaduais brasileiros.<sup>93</sup>

### 3.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ativismo judicial e judicialização das políticas são termos que, embora estejam interligados, não se confundem. Com clareza, Luis Roberto Barroso afirma que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>94</sup>

Com efeito, o ativismo judicial tem como premissa básica uma atuação mais ampla do Poder Judiciário na busca em conferir efetividade às normas jurídicas, rompendo a tradicional limitação da Teoria da Separação dos Poderes através da declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos com base em critérios mais

---

<sup>93</sup> CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>94</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018. p. 22.

flexíveis e não tão patentes, bem como com a imposição de condutas ao Poder Executivo na implementação de políticas públicas.<sup>95</sup>

O fornecimento de medicamentos por meio de decisão judicial se torna o exemplo mais notório de imposição de condutas ao Poder Público no âmbito das políticas públicas, o que por um lado faz com que o ativismo judicial tenha um aspecto positivo: atender as demandas da sociedade que foram esquecidas pelo Legislativo e Executivo.<sup>96</sup>

Isso porque, em que pese a Administração Pública seja responsável pelo fornecimento de assistência médica e farmacológica à população, as políticas de saúde atualmente em vigor não têm sido suficientes para garantir o acesso universal a uma vida saudável, seja porque não disponibiliza medicamentos a um determinado tratamento clínico ou porque os medicamentos disponíveis à população são obsoletos se comparados com os avanços tecnológicos na área farmacêutica.<sup>97</sup>

O autor Ramiro Nóbrega elucida que:

No sistema de saúde brasileiro predomina até hoje um modelo “hospitalocêntrico”. Nesse modelo, as atividades de atenção básica e de prevenção são secundárias. Os atendimentos de baixa ou média complexidade são realizados em hospitais, enquanto poderiam ser cumpridos em postos e centros de saúde. Como consequência, tem-se hospitais lotados e com baixa qualidade na prestação dos serviços. O acesso a medicamentos acompanha essa tendência.

Medicamentos essenciais que seriam melhor distribuídos e dispensados à população por meio de uma rede capilarizada de postos e centros de saúde, ficam mais restritos aos hospitais e farmácias centrais.

Outro problema de gestão está na aplicação dos recursos repassados fundo a fundo, que nem sempre são aplicados da forma prevista. Não é raro ver recursos destinados à compra de medicamentos serem remanejados para cobrir outras despesas dos governos locais.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: *Temas atuais de direito sanitário*. Org.: Maria Célia Delduque. Brasília: 2009.

<sup>98</sup> NÓBREGA, Ramiro. *Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil?*. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

Esta lacuna tem ensejado inúmeras demandas judiciais, nas quais se invoca face o Estado o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, Maria Célia Delduque e Silvia Badim Marques destacam:

Estudos demonstram que o número de ações judiciais que demandam medicamentos ao Estado vem crescendo de forma exponencial no Brasil. E que reiteradas decisões judiciais que se seguem, fundamentadas em dispositivos legais que garantem o direito à saúde sob a perspectiva integral e universal, acabam por conferir àqueles que acessam o Judiciário as mais diferentes prestações de saúde, focadas nas necessidades individuais postas nos autos. Essas decisões judiciais, por conseguintes, acabam por incidir, de forma reflexa, na política pública de saúde, destinada a garantir o direito social à saúde sob a perspectiva coletiva e distributiva.<sup>99</sup>

Outro aspecto negativo do ativismo judicial é a demonstração de que a democracia está sendo colocada cada vez mais em segundo plano, uma vez que os membros do Judiciário não são membros eleitos e, portanto, não representam propriamente a vontade do povo. Por consequência, só é possível existir democracia quando há um intenso e saudável debate político através dos órgãos eletivos.

Mais uma vez, a lição de Luis Roberto Barroso sobre o tema é esclarecedora:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 7.

<sup>100</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018. p. 28.

Não se pode olvidar que a situação colocada nas mãos do magistrado é extremamente delicada, uma vez que a maioria dos processos em busca do fornecimento de medicamentos envolvem questões de “vida ou morte” do autor.<sup>101</sup>

Mas a procedência desenfreada também abre cada vez mais espaço para a violação do direito à saúde:

Um exemplo aconteceu no Distrito Federal. A CPI da Saúde instalada na Câmara Legislativa identificou uma máfia que envolve empresas, médicos e supostos doentes. O esquema montado se inicia com a prescrição de um remédio de alto custo cuja venda no Brasil não é autorizada pelo Ministério da Saúde. A receita vem acompanhada de orientação para se procurar advogados, que acionam a Justiça e obrigam as secretarias de saúde a comprar o medicamento. O Judiciário foi utilizado para burlar a lei e testar em brasileiros medicamentos importados e não padronizados pela ANVISA. E tudo às custas do dinheiro público.<sup>102</sup>

Tendo isto em vista, deve-se compreender que o Judiciário nem sempre pode intervir, embora quase sempre esteja autorizado a tanto. Assim, decisões relativas ao fornecimento de medicamentos e às políticas públicas de saúde em geral que desconsideram o contexto em que estão inseridas acabam por colocar em risco todo o sistema de saúde, motivo pelo qual as intervenções do Judiciário somente devem ocorrer quando for absolutamente necessárias.<sup>103</sup>

### 3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

A abordagem teórica que foi apresentada até então se faz necessária para compreensão adequada do tema. No entanto, uma análise jurisprudencial irá fornecer elementos importantes para uma conclusão devidamente fundamentada quanto à correta intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

Foram selecionados os principais julgados do STJ e do STF no período de 1996 a 2018, levando em consideração a didática da ementa do acórdão a

---

<sup>101</sup>NÓBREGA, Ramiro. *Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil?*. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>102</sup>Ibidem. p. 315.

<sup>103</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

fim de esclarecer ao leitor com o máximo de clareza a aplicação prática do direito à saúde, bem como a profundidade que o caso foi analisado pelos respectivos Tribunais, priorizando julgamentos que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo e/ou tratamentos médicos.

Primeiramente, cumpre dizer que a Emenda Constitucional nº 29/00 introduziu a obrigação de aplicar recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde provenientes da seguinte forma:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)<sup>104</sup>

Percebe-se que os recursos públicos que custeiam o direito à saúde, advêm, principalmente, de impostos que são pagos por toda a coletividade. Com isso, o primeiro aspecto preponderante a justificar a não concessão de medicamentos por decisões judiciais diz respeito à falta de legitimidade do Judiciário. Nas palavras de Fabiano HolzBeserra:

É discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo naco se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.<sup>105</sup>

Em 1996, o STJ julgou um recurso em mandado de segurança no qual o recorrente buscava a concessão do *writ* para impor ao Poder Executivo o fornecimento

---

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>105</sup> BESSERA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da ADPF nº 45*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016. p. 4.

de um aparelho de marca-passo importado dos Estados Unidos, cujo valor girava em torno de 50 mil dólares à época.<sup>106</sup>

O recurso foi negado sob o argumento de que o direito à saúde não poderia ser considerado um direito subjetivo, diante do caráter programático e ausência de eficácia por não ter sido regulamentado pelo legislador ordinário. Inclusive, o Tribunal da cidadania reafirmou que inexistia direito líquido e certo no caso em questão, na medida em que o direito à saúde não se apresentaria como um direito que possui todos os requisitos necessários para o seu reconhecimento e exercício.<sup>107</sup>

Ademais, o Tribunal reafirmou a dependência econômico-financeira inerente aos direitos sociais e, considerando a ausência de autorização orçamentária, a impossibilidade de concessão do direito à saúde pleiteado era a última alternativa cabível. O conceito jurídico da “cláusula da reserva do possível” foi motivo determinante para a negativa.<sup>108</sup>

Nos anos 2000, o STF se deparou com um caso envolvendo políticas públicas de saúde. Tratava-se de um pedido de custeio de medicamento da doença metabólica denominada fenilcetonúria, cujo paciente era uma criança.<sup>109</sup> A ementa foi assim transcrita:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA.

---

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMA 6564/RS*. Primeira Turma. Min. Rel. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 de maio de 1996. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 195192/RS*. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. [...].<sup>110</sup>

Em sentido contrário ao que foi anteriormente defendido pelo STJ, neste julgamento o Tribunal Constitucional concluiu pela existência de direito líquido e certo à saúde, considerando as normas constitucionais e a legislação local quanto ao tema.<sup>111</sup>

O Min. Relator Marco Aurélio afirmou categoricamente que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Percebe-se que a tese da cláusula da reserva do possível não foi suficiente para afastar a obrigação do Estado em fornecer o medicamento.<sup>112</sup>

Em 7 de junho de 2004, o STF novamente recebeu um pedido de custeio de medicamento e tratamento de uma doença oftalmológica. O *writ* foi denegado sob o argumento de ineficácia técnica comprovada por várias instâncias, em uma nítida tentativa de se estabelecer critérios para o fornecimento de medicamentos pelo SUS, sob pena de colocar a política de saúde em grave comprometimento.<sup>113</sup>

A urgente necessidade de se estabelecer parâmetros para a concessão judicial de medicamentos ou tratamentos médicos se justifica porque:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de

---

<sup>110</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 195192/RS*. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>111</sup>Ibidem.

<sup>112</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 566471*. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>113</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 8895/DF*. Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 7 de junho de 2004. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiPqNaCuNncAhUHzkKHVstBE8QFjAAegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19603996%2Fmandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0%2Finteiro-teor-19603997%3Fref%3Djuris-tabs&usg=AOvVaw2\\_Itz5FrOVz8NNqS96TRmg](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiPqNaCuNncAhUHzkKHVstBE8QFjAAegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fstf.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19603996%2Fmandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0%2Finteiro-teor-19603997%3Fref%3Djuris-tabs&usg=AOvVaw2_Itz5FrOVz8NNqS96TRmg)>. Acesso em: 6 ago. 2018.



medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.<sup>114</sup>

Embora não tenha sido o voto vencedor, importante colacionar que o Ministro José Delgado se manifestou pela procedência da segurança sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial:

[...] Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão<sup>115</sup>

No julgamento da suspensão da tutela antecipada nº 175/CE, o Pleno do STF estabeleceu que o cidadão hipossuficiente possui o direito de receber medicamentos e tratamentos médicos por parte dos entes federativos, os quais têm responsabilidade solidária.<sup>116</sup>

A competência comum e solidária decorre do art. 23, II da CF/88, que prevê ser competência comum dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e

---

<sup>114</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2018.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 8895/DF*. Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 7 de junho de 2004. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiPqNaCuNncAhUHzlkKHVstBE8QFjAAegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fstj.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19603996%2Fmandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0%2Finteiro-teor-19603997%3Fref%3Djuris-tabs&usg=AOvVaw2\\_Itz5FrOVz8NNqS96TRmg](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiPqNaCuNncAhUHzlkKHVstBE8QFjAAegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fstj.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19603996%2Fmandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0%2Finteiro-teor-19603997%3Fref%3Djuris-tabs&usg=AOvVaw2_Itz5FrOVz8NNqS96TRmg)>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175/CE*. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod\\_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Municípios) o cuidado com a saúde e assistência pública, bem como advém da competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, por força dos arts. 24, XII, e 30, I e II da CF/88, sendo que aos Municípios cabe legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e estadual.<sup>117</sup>

Assim, a competência de todos os entes federativos em matéria de saúde exige que haja cooperação entre eles, nos moldes do art. 23, § único da CF/88:

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.<sup>118</sup>

Neste julgamento, o entendimento do Ministro Relator Gilmar Mendes foi extremamente claro ao reforçar, mais uma vez, a legitimidade de intervenção jurídica nas políticas públicas:

Cumprе assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao

---

<sup>117</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.<sup>119</sup>

Ainda em 2010, o STF novamente se debruçou sobre a questão do ativismo judicial e judicialização das políticas públicas no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE. O Min. Celso de Mello, ao tratar sobre o tema, consignou que:

(...) o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com a liberdades positivas, reais ou concretas. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito da violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.<sup>120</sup>

Note-se que o Ministro reconhece que a incumbência de cumprir os direitos sociais previstos na Constituição deve ser do Executivo e Legislativo, mas que, diante da falha destes, o Poder Judiciário deverá resguardar ordem constitucional.

Em 2012, o STF reforçou a obrigação dos entes federativos em fornecerem condições necessárias ao pleno gozo do direito à saúde:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175/CE*. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod\\_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE. *AgR na Suspensão de Liminar nº 47/PE*. Pleno. Min. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 30 de março de 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI550.530-AgR*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22083555/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-550530-pr-stf/inteiro-teor-110524027?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Recentemente, o STF foi chamado a analisar o tema de fornecimento de medicamentos de alto custo a paciente reconhecidamente hipossuficiente diante da recusa do Estado no julgamento do RE 566471 sob o ângulo da repercussão geral, o qual ainda não foi completamente finalizado.<sup>122</sup>

Em primeiro lugar, o Min. Rel. Marco Aurélio reconhece que:

A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.<sup>123</sup>

O fato do art. 196 da CF/88 ter mencionado que o direito à saúde será tutelado por meio de políticas públicas para assegurar o acesso igualitário e universal não é suficiente para afastar a apreciação judicial da questão. De fato, não cabe ao Judiciário apreciar o mérito das políticas públicas, sob pena de substituir o administrador. Mas o Judiciário pode – e deve – intervir nas situações em que for necessário para assegurar direitos fundamentais e combater injustiças, sobretudo quando o mínimo existencial está em risco.<sup>124</sup>

Nas palavras do Min. Relator:

Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.<sup>125</sup>

No caso em concreto, a teoria do mínimo existencial foi suficiente para afastar a alegação da reserva do possível, uma vez que “objeções de cunho

---

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 255627/RN. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 25 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

administrativo, de primazia da expertise da Administração Pública, não podem subsistir ante violações ao mínimo existencial”. Assim, a tutela judicial quanto ao mínimo existencial independe do alto custo dos remédios ou se estes estão incluídos nas listas das políticas públicas de saúde.<sup>126</sup>

No entanto, foram fixados critérios de aferição do mínimo existencial: “a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial.”<sup>127</sup>

A imprescindibilidade diz respeito à existência de laudos médicos que constatem o estado de saúde do paciente e sugere o uso do medicamento ora pleiteado, sendo considerado pelo médico absolutamente necessário ao aumento da expectativa de vida ou melhoria da qualidade. No entanto, cabe ao Estado comprovar a inutilidade do medicamento ou a existência de alternativas igualmente eficazes com o fim de afastar este critério em análise.<sup>128</sup>

Quanto à incapacidade financeira de aquisição, esta está relacionada ao paciente e seus familiares. Percebe-se, portanto, uma responsabilidade subsidiária do Estado em relação à família do paciente, nos termos do art. 229 da CF/88: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.<sup>129</sup>

Conforme o Tribunal Constitucional:

[...] Na busca do equilíbrio entre as facetas liberal e social do Estado, há de se entender o dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo, fora dos programas estatais de distribuição universal – mantendo-se, em atitude minimalista, restrito ao tema do recurso –, como subsidiário ao dever legal de alimentos da família. A solidariedade social, manifestada pelo custeio tributário dos serviços públicos, deve ser observada de forma sucessiva, neste caso, ao dever

<sup>126</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 255627/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 25 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>127</sup>Ibidem.

<sup>128</sup>Ibidem.

<sup>129</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

de solidariedade familiar, fundado na Constituição e disciplinado no Código Civil.

Cumpra ressaltar que o mínimo existencial dos membros da família, ainda que presentes os deveres de solidariedade familiar, deve ser respeitado. Ou seja, a obrigação destes, precedente à do Estado, vai até onde subsistir a capacidade financeira para custeio de direitos básicos – saúde, educação, alimentação, moradia – de si mesmos e de eventuais membros mais próximos da mesma família. A proposta a ser formulada não pode implicar trocas de tutela do mínimo existencial. Surge o dever solidário de cada parente quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente.<sup>130</sup>

Em 2017, o STF novamente se deparou com um interessante caso de pedido de custeio de procedimento cirúrgico não disponível na rede pública de saúde, este diferenciado em razão da convicção religiosa da paciente em não permitir transfusão de sangue. No entanto, este recurso extraordinário ainda está em fase de julgamento, tendo apenas a questão constitucional reconhecida.<sup>131</sup>

A União e os estados do Amazonas e Roraima foram condenados ao custeio de tratamento médico diferenciado sob o entendimento de que o direito à saúde e o direito à liberdade de crença devem ser exercidos e garantidos de forma compatível, assegurando a existência digna nos moldes do art. 1º, III, da CF/88.<sup>132</sup>

Nesse sentido, o Min. Rel. Luis Roberto Barroso disserta com maestria:

A questão constitucional trazida neste recurso extraordinário exige a determinação da extensão de liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma

---

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 255627/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 25 de setembro de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 979.742*. Plenário. Min. Rel. Roberto Barroso. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13133236>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde.<sup>133</sup>

O acórdão recorrido considerou que os referidos entes federativos estão em estado de omissão inconstitucional, pois não basta fornecer o sistema público de saúde, devendo também promover assistência médica de forma harmônica com as convicções religiosas dos pacientes. Mas o Tribunal Constitucional faz uma expressa ressalva: nenhum direito pode ser assegurado de modo incondicional, sob pena de levar a ruína qualquer sistema público universal e igualitário.<sup>134</sup>

Em 2018, em uma decisão recentíssima, o STJ acabou por firmar os seguintes requisitos cumulativos para a concessão de medicamentos em sede de recurso repetitivo:

- 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).<sup>137</sup>

No caso analisado, uma mulher foi diagnosticada com glaucoma e, após a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS, ingressou com ação judicial requerendo o fornecimento de dois colírios não incluídos na lista disponibilizada pelo SUS com base em laudo médico.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 979.742. Plenário. Min. Rel. Roberto Barroso. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13133236>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>134</sup>Ibidem.

<sup>137</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>138</sup>Ibidem.

O Poder Público alegou, em síntese, a impossibilidade de fornecimento de medicamentos que não estejam incluídos na lista disponibilizada pelo SUS ou, subsidiariamente, em listas dos respectivos entes públicos.<sup>139</sup>

Inicialmente, o Tribunal da cidadania reafirmou categoricamente a ausência de violação ao princípio da separação de poderes na intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas no âmbito da saúde, sob a justificativa de que este princípio foi concebido como garantia de direitos fundamentais, não podendo ser utilizado para justificar a violação dos mesmos.<sup>140</sup>

Quanto ao primeiro requisito, a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento é comprovada por laudo médico, sendo que a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS também tem o condão de preencher este requisito.<sup>141</sup>

O segundo requisito diz respeito a ausência de condições financeiras do paciente para arcar com o custo do medicamento, sob pena de comprometer a própria subsistência ou de sua família. Isso não significa dizer que se exige a declaração de pobreza ou miserabilidade, sendo suficiente a incapacidade de custear o tratamento médico.<sup>142</sup>

O último requisito impõe que o medicamento pleiteado já tenha sido aprovado pela ANVISA, por força da previsão legal do art. 19-T, II, da Lei 8.080/91 que dispõe sobre a vedação de produtos importados sem registro na ANVISA. Trata-se de uma condicionante razoável, na medida em que o registro tem por objetivo garantir a segurança necessária aos usuários dos medicamentos importados.<sup>143</sup>

Vê-se, que, a ausência de previsão em lista de fornecimento gratuito disponibilizado pelo SUS ou mesmo por quaisquer entes públicos não impede a decisão

---

<sup>139</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>140</sup>Ibidem.

<sup>141</sup>Ibidem.

<sup>142</sup>Ibidem.

<sup>143</sup>Ibidem.



judicial concessiva de dispensação, uma vez que regras burocráticas previstas em atos administrativos ou em outras normas de hierarquia infraconstitucional não podem prevalecer sobre direitos fundamentais.<sup>144</sup>

Da mesma forma, o alto custo do medicamento não foi considerado fator determinante para impedir o fornecimento dos colírios pleiteados pela paciente no referido julgamento repetitivo e, com mais razão, não deverá ser considerado nos futuros julgamentos afeto ao tema quando o usuário for considerado pessoa hipossuficiente.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>145</sup>*Ibidem*.

## 4 CONCLUSÃO

A origem do princípio da separação dos poderes é usualmente atribuída a Montesquieu, com o objetivo de conciliar o exercício do poder estatal com a existência de direitos individuais através do sistema de freios e contrapesos.<sup>146</sup>

No final do século XVIII, as revoluções francesa e americana reformularam o escopo principal do princípio da separação dos poderes para então servir como uma garantia contra o totalitarismo e permitir a reafirmação dos direitos em face do Estado. Assim, a divisão das funções do Estado hoje representa também uma garantia e proteção aos direitos fundamentais.<sup>147</sup>

É possível perceber que a Constituição brasileira, de fato, outorga aos Poderes Públicos (Legislativo e Executivo, principalmente) um “campo livre” na formulação de políticas públicas, incluída a atribuição de elencar as respectivas prioridades. O mérito administrativo seria, em tese, insuscetível de controle jurisdicional.<sup>148</sup>

Ocorre que não se trata de uma discricionariedade absoluta, pois é cabível a intervenção judicial para avaliar se a escolha feita pelo legislador foi feita de modo a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais, por força do art. 5º, § 1º da CF/88.<sup>149</sup>

Trata-se de um efetivo controle de legalidade por parte do juiz, já que a máquina estatal não pode se esquivar de suas obrigações legais e constitucionais sob o

---

<sup>146</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> RUBIM, Giuliano. *O controle jurisdicional do mérito administrativo*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwiFreSUK4vdAhWLFZAKHZraDIwQFjAEgQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdo wnload%2Findex%2Fid%2F523903&usg=AOvVaw11OmdfBQtsAtes5MdoZ8NA>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>149</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

manto do mérito administrativo, uma vez que a lesão ou ameaça a direito não podem ser ignoradas pelo Poder Judiciário nos moldes do art. 5º, XXXV da CF/88.<sup>150</sup>

Reafirmando o entendimento aqui exposto, o art. 37 da CF dispõe que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].<sup>151</sup>

Logo, qualquer ato que venha lesar ou ameaçar direito, mesmo os atos considerados discricionários e incluídos no mérito administrativo, podem e devem ser submetidos ao controle jurisdicional quando violarem ou ameaçarem direitos.<sup>152</sup>

Nesse mesmo sentido, o julgamento da ADPF nº 45 que, embora não seja diretamente relacionado ao tema do presente trabalho, é bastante esclarecedor:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do

---

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> RUBIM, Giuliano. *O controle jurisdicional do mérito administrativo*. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwiFreSUK4vdAhWLFZAKHZraDIwQFjAIegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdo\\_wnload%2Findex%2Fid%2F523903&usg=AOvVaw11OmdfBQtsAtes5MdoZ8NA](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwiFreSUK4vdAhWLFZAKHZraDIwQFjAIegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdo_wnload%2Findex%2Fid%2F523903&usg=AOvVaw11OmdfBQtsAtes5MdoZ8NA)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.<sup>153</sup>

Consoante já foi dito nesta monografia, não se mostra razoável a alegação de que separação dos poderes públicos foi violada, uma vez que esta foi especialmente concebida como uma forma de proteção e garantias aos direitos dos indivíduos e não com o intuito de blindar a atuação desarrazoada e inconstitucional do Estado.<sup>154</sup>

De fato, é bem verdade que a atividade jurisdicional tem como característica principal a sua neutralidade perante às partes e, embora seja usualmente afirmado que uma postura ativa do juiz é suficiente para a quebra da neutralidade, a opção por condutas extremamente conservadoras também possui este condão.<sup>155</sup>

Cabe ao Poder Judiciário interpretar o direito para além da legalidade estrita, buscando concretizá-lo também por meio de condutas ativas que, em um sistema democrático, assegura efetivamente os direitos fundamentais. A interferência judicial em políticas públicas não pode ser considerada ilegítima se observado a predeterminação dos direitos assegurados aos indivíduos segundo o princípio do *rule of law*.<sup>156</sup>

Mas a questão quanto ao direito saúde se mostra tão controversa em função de sua dependência financeira, inerente aos direitos fundamentais de segunda geração. Isso porque a concessão de medicamentos em ações individuais coloca em

---

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF* 45. Min. Rel. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

<sup>154</sup> RUBIM, Giuliano. *O controle jurisdicional do mérito administrativo*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwiFreSUK4vdAhWLFZAKHZraDIwQFjAIegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F523903&usq=AOvVaw1I0mdfBQtsAtes5MdoZ8NA>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>155</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

risco todo o planejamento orçamentário já definido para a realização das políticas de saúde, comprometendo ou até mesmo inviabilizando a realização destas<sup>157</sup>

Quanto à exigibilidade individual e coletiva do direito à saúde, Dalmo Dallari dispõe que:

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo.<sup>158</sup>

O Poder Judiciário deve ter em mente que a concretização do direito à saúde exige recursos financeiros, uma vez que a decisão judicial de procedência do pedido gera invariavelmente uma realocação do orçamento público para que seja cumprida pelo ente público sucumbente, prejudicando quem, em tese, seria o beneficiário originário do recurso.<sup>159</sup>

Portanto, deve-se tomar o cuidado para que a promoção indiscriminada do direito à saúde pelo Estado-juiz seja inviabilizada em razão do fim dos recursos financeiros públicos disponíveis. Assim, a alegação de reserva do possível não deve ser completamente desconsiderada, mas tão somente apreciada com atenção e devidamente comprovada pelos entes públicos.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014.

<sup>158</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

<sup>159</sup> MAZZA, op. cit.

<sup>160</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Fernando Mânic sintetiza com clareza o posicionamento que deve ser adotado pelo juiz:

Nesse processo de ponderação, a racionalidade econômica – traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos – incorpora-se à racionalidade do juiz, de modo a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade. Desse modo a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são limitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.<sup>161</sup>

É por isso que no conflito entre direitos fundamentais, a observância do princípio da concordância prática ou da harmonização se mostra absolutamente necessária. Para José Patrício Pereira Melo:

Deve-se buscar no problema a ser solucionado, em face da constituição, a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.<sup>162</sup>

E é exatamente nesta análise de prevalência e otimização de direitos fundamentais, com o intuito de permitir a coexistência entre o direito individual e coletivo à saúde, que os Tribunais brasileiros buscaram desenvolver critérios para a concessão de medicamentos, pois a adoção de qualquer conduta extrema, seja improcedente ou procedente, acabaria por colocar em risco a vida das pessoas.<sup>163</sup>

Isso porque a concessão judicial indiscriminada de fornecimentos de medicamentos acaba, pela via reversa, privilegiando aqueles que tem acesso ao Poder Judiciário que, por motivos de desconhecimento de seus direitos ou de recursos

---

<sup>161</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-170, jul./set. 2007. p. 169.

<sup>162</sup> MELO, José Patrício Pereira. As diferenças entre o princípio da proporcionalidade, e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização. *Revista Direito e Dialogicidade*, Ceará, v. 1, n. 1, p. 9, 2010.

<sup>163</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014.

financeiros para arcar com as custas do processo, não corresponde ao total da população brasileira.<sup>164</sup> Dito de outro modo:

Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.<sup>165</sup>

Por outro lado, a total impossibilidade de se fornecer medicamentos pela via judicial desconsidera a realidade brasileira que convive diariamente com o descaso dos Poderes Públicos na formulação de políticas públicas eficazes e com a corrupção que está impregnada no país, deixando o povo completamente desamparado. Assim, a omissão inconstitucional também acabaria por atingir o Judiciário.

Com isso, o contexto do controle jurisdicional de políticas públicas de saúde deve também levar em consideração as “características (físicas, psicológicas e genéticas) de cada indivíduo e ao ambiente (social, político ou econômico) em que ele está inserido” sem, contudo, ignorar a perspectiva comunitária do direito à saúde “que convive com aquela e guarda relação com o princípio isonômico”.<sup>166</sup>

Mas uma coisa é certa: desenvolvimento destes parâmetros jurisdicionais relativos ao direito à saúde deve ser feito de forma legítima, isto é, através de uma reflexão democrática.<sup>167</sup> Ora, é inegável a importância do tema, uma vez que toda a sociedade será afetada pelas decisões judiciais que buscam a efetividade do direito à saúde.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz defende uma discussão ampla e pública na qual a própria sociedade definirá os critérios de acordo com suas

---

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2018. p. 27.

<sup>166</sup> MAZZA, op. cit., p. 48.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 255627/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 25 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

expectativas e prioridades, sob pena de transmutar a discricionariedade dos demais Poderes ao Judiciário.<sup>168</sup>

Isso porque a relativização do conteúdo do direito com o desenvolvimento de critérios em uma única instância, sem a participação da população, acaba por colocar em xeque a própria segurança jurídica:

Logo, as condutas que antes somente deveriam ser lidas a partir de uma dupla opção (ou são lícitas ou são ilícitas) caem em uma zona gris, cuja definição não ficará a cargo de um legislativo democrático, mas da racionalidade e da (pretensa) sensibilidade de um magistrado (ou corpo de magistrados no caso de um tribunal).<sup>169</sup>

Logo, o Estado Democrático de Direito exige condições progressivas de participação e de inclusão no processo de tomada de decisão por todos aqueles que serão afetados. Ou seja, democracia significa participação em igualdade de direitos e de oportunidades pela sociedade nos processos deliberativos.<sup>170</sup>

Em uma típica perspectiva discursiva da democracia, Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica com maestria:

Os cidadãos não podem limitar-se à condição de destinatários da normatividade estatal, devendo passando à condição de coautores da mesma. Assim, os direitos de liberdade de expressão e de participação podem vir a sustentar o espaço de esfera pública, ao controlar a legitimidade jurídica através de foros permeáveis à ampla discussão. Logo, a Constituição passa a ser entendida como mecanismo de organização de procedimentos de garantia do fluxo de comunicação de argumentos para a justificação de ações estatais, de modo que elas só se legitimem se entendidas como justas, de forma recíproca entre a maioria e a minoria, em qualquer arena de debate. A Teoria Discursiva do Direito procura demonstrar que a legitimidade do Direito repousa em normas jurídicas que criem obrigações, que tanto a maioria quanto a minoria estejam dispostas a aceitar.<sup>171</sup>

Nessa mesma perspectiva, Álvaro Ciarlini defende a busca de um equilíbrio entre a posição substancialista e a procedimentalista. A primeira gera um grave risco ao sistema público de saúde, pois concede o direito subjetivo individual à

---

<sup>168</sup> CRUZ, Álvaro de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>169</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 256.

<sup>170</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>171</sup> SOUZA, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 5.



saúde sem critérios, enquanto a segunda deixa os direitos sociais ao relento, com primazia das liberdades.<sup>172</sup>

Para tanto, o referido autor esclarece:

Desta feita, embora tenha a última palavra, o Juiz empreenderá um processo dialógico e dialético de busca de soluções para os graves problemas sociais, a partir de uma compreensão mais realista de seus horizontes e, certamente, fundamentado em planos de solução orientados por um consenso democrático radical (portanto, conflituoso) acerca de seus critérios.<sup>173</sup>

O juiz deve, então, buscar a participação daqueles que serão diretamente afetados pela sua decisão para definir as prioridades do tratamento ao direito à saúde, através das opiniões técnicas de profissionais do ramo, bem como da sociedade civil.<sup>174</sup>

A proposta do “Direito Achado na Rua” também pode ser utilizada de forma bastante produtora, na medida em que o ordenamento jurídico é interpretado a partir dos movimentos sociais, isto é, da própria sociedade, abandonando-se a ideia de que o Estado é a única fonte produtora do Direito. Mais uma vez, o reforço a democracia é medida que se impõe.<sup>175</sup>

Em sentido complementar, Daniel Sarmiento trabalha com uma espécie de “teste da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes”. Este teste tem como fundamento o princípio da igualdade, uma

---

<sup>172</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>173</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento*. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

vez que “não se pode exigir do Estado que se forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.<sup>176</sup>

Isso porque o direito à saúde foi positivado pela Constituição de 1988 como um direito de segunda geração, cuja finalidade precípua é garantir a justiça distributiva e a igualdade entre os membros da sociedade por meio de prestações positivas do Estado.<sup>177</sup>

Tendo em vista a ideia de universalização do direito à saúde, Daniel Wang aduz:

Argumentar o contrário seria defender que o sistema público de saúde no Brasil pode dispor para todos os seus cidadãos todos os melhores tratamentos para todos os problemas de saúde existentes, o que é irreal até mesmo para os países mais desenvolvidos. Apenas a título de exemplo, Fabíola Vieira e Octávio Ferraz calcularam que se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde.<sup>178</sup>

É de se concluir pela inexistência de uma supremacia absoluta do direito fundamental à saúde. Mas isso não significa dizer que a falta de recursos financeiros seja um obstáculo intransponível ao julgador.<sup>181</sup> O Judiciário não deve se abster de julgar casos de políticas públicas de saúde em que a omissão dos demais poderes é abusiva, sobretudo porque o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, na medida em que não há como viver sem condições mínimas de saúde.<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>178</sup> WANG, Daniel WeiLiang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009. p. 312.

<sup>181</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Águilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014.

<sup>182</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Logo, não deve se perder de vista que o mínimo existencial deve ser garantido pelo Poder Público independentemente de regulamentação legal ou previsão orçamentária, por força do fundamento básico do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana, nos moldes do art. 1º, III da CF/88.<sup>183</sup>

Deve-se apenas tomar o cuidado para que a promoção indiscriminada do direito à saúde pelo Estado-juiz não inviabilize o sistema público de saúde sob a perspectiva coletiva, em razão do fim dos recursos financeiros públicos disponíveis. Assim, a alegação de reserva do possível não deve ser completamente desconsiderada, mas tão somente apreciada com atenção e devidamente comprovada pelos entes públicos.<sup>184</sup>

Uma outra solução à controvérsia dos limites da atuação do Poder Judiciário foi apresentada por Marcos Gouvêa:

[...] Não seria inviável - tendo em vista a essencialidade da prestação em tela, repita-se à exaustão - que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa específica (art. 170 do Código Tributário Nacional), mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação.<sup>185</sup>

O autor supracitado propõe a compensação tributária como forma de incentivo às empresas farmacêuticas no fornecimento de medicamentos, uma vez que dificilmente aceitariam este encargo com a simples promessa de pagamento pelo ente

---

<sup>183</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>184</sup> CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>185</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

público que, antes de tudo, já não estava sequer cumprindo com as políticas públicas de saúde impostas constitucionalmente.<sup>186</sup>

Porém, a dificuldade prática de tal proposta é reconhecida pelo próprio autor: a compensação tributária depende de lei específica autorizativa do ente competente para o respectivo tributo. Mas não deixa de ser interessante o fato de que o fornecimento de medicamentos por uma empresa farmacêutica com o posterior benefício de compensação fiscal seria uma excelente solução à crise de efetividade do direito à saúde.<sup>187</sup>

Pelo exposto, conclui-se que a Teoria Discursiva do Direito se apresenta como a melhor e mais viável solução à crise ao direito à saúde que assola os tribunais brasileiros, visto que permite o desenvolvimento de critérios que serão aceitos e considerados justos pela maioria e minoria diante da ampla participação de ambas.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup>Ibidem.

<sup>187</sup>GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>188</sup>SOUZA, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. *O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

<[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11015/1/2012\\_RicardoBarrettodeAndrade.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11015/1/2012_RicardoBarrettodeAndrade.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Alberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

Disponível

em:<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BESSERA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da ADPF nº 45*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 22 jun. 2016. p. 4.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Lei 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMA 6564/RS*. Primeira Turma. Min. Rel. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 de maio de 1996. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 550.530-AgR*. Rel. Min. Joaquim Barbosa,. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22083555/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-550530-pr-stf/inteiro-teor-110524027?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/PE. *AgR na Suspensão de Liminar nº 47/PE*. Pleno. Min. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 30 de março de 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 45*. Min. Rel. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 8895/DF*. Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 7 de junho de 2004. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiPqNaCuNncAhUHzlKKhVstBE8QFjAAegQIABAB&url=https>>

%3A%2F%2Fstj.jusbrasil.com.br%2Fjurisprudencia%2F19603996%2Fmandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0%2Finteiro-teor-19603997%3Fref%3Djuris-tabs&usg=AOvVaw2\_Itz5FrOVz8NNqS96TRmg>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS 24.197/PR*. Primeira Turma. Min. Rel.: Luiz Fux. Brasília, 4 de maio de 2010.

Disponível em:

<[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS\\_24197\\_PR\\_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_24197_PR_1288245134180.pdf?Signature=RuK17ytkkFol8rkMWGJdfQPpALo%3D&Expires=1534617475&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd409a6726cc91465a55800e75207b62)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 195.192/RS*. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 255.627/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 23 de fevereiro de 2001. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RESP 271.286-8/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de setembro de 2000.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 393.175/RS*. Min. Rel.: Celso de Mello. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 566.471*. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 592.581/RS*. Plenário. Rel. Min.: Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 979.742*. Plenário. Min. Rel. Roberto Barroso. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13133236>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175/CE*. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod\\_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2127862/mod_resource/content/1/STF%20AgReg%20STA%20175%20%28Relatorio%20e%20Voto%20Min%20Gilmar%20Mendes%29.pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008\\_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1069/3/2008_AlvaroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.



COIMBRA, Rodrigo. *Reflexões sobre a noção de direito subjetivo frente à tutela dos direitos individuais e transindividuais*. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/259/194>>.

Acesso em: 6 ago. 2018.

CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais*. Disponível em: <

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento*. Disponível em:

<<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

CRUZ, Álvaro de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *Avanços e Retrocessos do Direito à Saúde no Brasil: Uma Esperança Equilibrista*. Disponível em:

<[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16525/1/2014\\_JarbasRicardoAlmeidaCunha.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16525/1/2014_JarbasRicardoAlmeidaCunha.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: *Temas atuais de direito sanitário*. Org.: Maria Célia Delduque. Brasília: 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-170, jul./set. 2007.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, fev. 2014.

MELO, José Patrício Pereira. As diferenças entre o princípio da proporcionalidade, e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização. *Revista Direito e Dialogicidade*, Ceará, v. 1, n. 1, p. 9, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NÓBREGA, Ramiro. *Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil?*. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OMS. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010.

RUBIM, Giuliano. *O controle jurisdicional do mérito administrativo*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwiFreSUK4vdAhWLFZAKHZraDIwQFjAIegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F523903&usg=AOvVaw11OmdfBQtsAtes5MdoZ8NA>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e a reserva do possível*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

SOUZA, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcia/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcia/Primeira-Seção-define-requisitos-para-fornecimento-de-remédios-fora-da-lista-do-SUS)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WANG, Daniel WeiLiang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009.