

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

MARIA KAROLINA FREITAS PAULA DE SOUZA

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL:
ANÁLISE DAS DEMANDAS DE SAÚDE

Cachoeiro de Itapemirim

2017

MARIA KAROLINA FREITAS PAULA DE SOUZA

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL:
ANÁLISE DAS DEMANDAS DE SAÚDE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Reinaldo Faria Vieira.

Cachoeiro de Itapemirim

2017

MARIA KAROLINA FREITAS PAULA DE SOUZA

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE DAS DEMANDAS
DE SAÚDE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de
Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de outubro de 2017.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Reinaldo Faria Vieira

Prof.

Prof.

Até aqui nos ajudou o Senhor (1 Sm 7:12). Agradeço primeiramente a Deus, pois Ele é a base de toda a minha existência. À minha mãe, Sandra, por seu amor, incentivo e apoio incondicional. Obrigada por ser o meu ponto de equilíbrio e ter me possibilitado realizar esse sonho. Ao meu pai, Reinaldo (*in memorian*), por ser meu anjo da guarda e sempre guiar meus passos. Ao meu irmão Gabriel, por seu amor e cuidado. A todos os meus familiares pela torcida, oração e incentivo. Ao meu namorado, Wilson, por todo apoio, incentivo e paciência. Aos meus amigos Fabi e Davi pela parceria de sempre. À minha amiga Érika, pelo diálogo, paciência e troca de ideias. Ao meu orientador, Reinaldo Faria Vieira, pelo suporte, correções e incentivos durante a elaboração deste trabalho. Obrigada por sua serenidade e disponibilidade. E ainda, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação: muito obrigada.

“Nem os olhos viram, nem os ouvidos
ouviram, nem jamais penetrou em coração
humano o que Deus tem preparado para
aqueles que o amam”.
I Coríntios 2:9

LISTA DE SIGLAS

OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
SUS – Sistema Único de Saúde
TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
2.1	Topografia Constitucional	11
2.2	Características dos Direitos Fundamentais	11
3	EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	14
3.1	Do Direito à Saúde nas Constituições anteriores à CRFB/88	14
3.2	Do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988	16
3.3	O ordenamento infraconstitucional vigente sobre o direito à saúde.....	18
4	JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	21
4.1	Aspectos Gerais	21
4.2	Motivos ensejadores da judicialização do direito à saúde e o posicionamento dos Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES).....	22
5	RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL	30
5.1	Mínimo Existencial	30
5.2	Reserva do Possível.....	35
5.3	Mínimo existencial versus Reserva do possível	37
6	CONCLUSÃO	41
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1 INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define “saúde”, no preâmbulo da Constituição da Assembleia Mundial sobre o tema, como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, sendo certo que atingir o melhor estado de saúde possível, “constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

No Brasil, partiu-se dessa definição para a Constituição Federal trazer a saúde, em seu artigo 196, como um “direito de todos e dever do Estado”, sendo este “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Outrossim, a Carta Magna, em seu artigo 6º considera a saúde como direito social fundamental.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles dispostos no ordenamento jurídico com o objetivo de “satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, igualdade e a fraternidade” (BERNARDES e FERREIRA, 2015, p. 622).

O direito à saúde ainda está previsto em leis infraconstitucionais. A lei 8.080/90, em seu artigo 2º, garante a saúde como “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

A assistência prestada aos cidadãos deve ser integral, contemplando o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos exigidos em cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema, contemplando, ainda, o fornecimento de medicamentos e exames necessários, conforme prevê expressamente o art. 6º da Lei 8.080/90:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do sistema único de saúde (SUS):

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção. (BRASIL, 1990).

Outra, no entanto, não pode ser a conclusão a não ser a de que o Poder Público tem o dever de custear os medicamentos, tratamentos e exames necessários a fim de que se possa garantir o direito fundamental à saúde.

Ocorre que o governo tem apresentado grandes dificuldades em garantir o acesso à saúde a todos os seus cidadãos. E isso pode ser claramente verificado pelo número de demandas recebidas pelo Poder Judiciário de todo o Brasil, visando assegurar o direito em tela.

Diante de tais fatos, emerge jurisdicional e doutrinariamente a discussão em torno de dois princípios que se ligam diretamente à questão: o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, mostrando-se como argumentos contundentes apresentados por partes processuais diversas.

Desta forma, o presente trabalho irá analisar o mínimo existencial em contraponto com o princípio da reserva do possível, sendo estes dois argumentos largamente utilizados nas demandas de saúde. O primeiro, se demonstra como a base da vida humana, ou seja, trata-se do mínimo devido pelo Estado aos cidadãos para que estes possam ter seus direitos garantidos através de políticas públicas e prestações positivas, com o objetivo de se viver com dignidade. A reserva do possível, por sua vez, surge como limitador orçamentário para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se importante registrar que os direitos fundamentais são frutos de uma evolução histórica da humanidade, que muito lutou para chegar ao patamar em que hoje se encontra.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, tem-se como marco histórico a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual foi proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 10 de dezembro de 1948, cujo objetivo primordial é trazer como marco a importância da Dignidade Humana a todos os seres humanos, como se pode observar no seu preâmbulo, *in verbis*:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso: (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Os direitos fundamentais podem ser entendidos, nas palavras de Mendes e Branco (2017, p. 133) como “núcleo da proteção da dignidade da pessoa, sendo a Constituição Federal o local apropriado para sedimentar, positivar e apresentar essas normas asseguradoras das pretensões”.

O preâmbulo Constitucional possui como objetivo mais valioso perpassar e retratar com muita clareza quais são os principais objetivos trazidos em seu texto. Sendo

assim, de uma simples leitura de sua redação, vê-se que foi trazida a essência e relevância dos direitos fundamentais, senão vejamos:

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

Nesta esteira, a Carta Magna de 1988, a fim de garantir e tutelar tal direito, trata logo em seu 1º artigo, da relevância da Dignidade da Pessoa Humana, ao dispor como um dos fundamentos-base a serem almejados pelo novo Estado de Direito que a sociedade brasileira estava (e ainda está construindo).

Por tais razões, a fim de assegurar e buscar a tutela da Dignidade Humana, a Constituição Federal de 1988, descreve em seu Título II, o seguinte: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O capítulo visa resguardar direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, direitos políticos dentre outros, tudo com fito de concretizar a Dignidade Humana.

Quando se fala em Dignidade da Pessoa Humana, importante ressaltar que sua aplicação se dá por meio de medidas legais que devem ser adimplidas pelo Estado, dando condições mínimas para sua sobrevivência, afetando a todos os seres humanos. Ou seja, o Estado não deve medir esforços para garantir que os direitos fundamentais sejam propiciados aos cidadãos, conforme leciona Farias (1996, p.17):

(...) Os direitos fundamentais, entendidos como concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, hodiernamente cumprem uma função primordial: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. Vale dizer: quando mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.

Compreende-se, pois, que atual constituição pátria trouxe a previsão dos direitos fundamentais de forma indistinta e que esses direitos basilares não devem ser suprimidos, mas sim, sempre ser reforçados e implementados pelo Estado.

2.1 Topografia Constitucional

A Constituição de 1988 traz em seu título II a seguinte nomenclatura: Direitos e Garantias fundamentais. A Constituição de 1824 trazia a expressão Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos. A Constituição de 1891, utilizou a expressão Declaração de Direitos, tendo sido mantida na Constituição de 1934, que ainda acrescentou o título: “Dos Direitos e das Garantias Individuais”. Nas Constituições seguintes de 1937, 1946 e 1967, manteve-se a expressão Dos Direitos e das Garantias Individuais.

De todas as constituições citadas, a Carta Magna de 1988 inovou no sentido de trazer os Direitos e Garantias fundamentais para o início do texto constitucional, estando posicionada, topograficamente, no título II do texto legal.

Nas palavras de Nunes Júnior (2017, p. 726), no entanto, a mudança foi muito além da topografia, tendo atingido muito mais do que apenas a forma:

A mudança paradigmática da topografia do tema demonstra uma mudança não apenas formal, mas espiritual do constituinte originário, que coloca a pessoa humana no centro das preocupações, e não mais a organização do Estado, com suas competências e sua estrutura. A maior preocupação do Estado deve ser o bem estar das pessoas, os direitos de todos, como bem demonstra o Preâmbulo da Constituição de 1988(...).

Para colaborar com o entendimento acima colacionado, Ulysses Guimarães *apud* Nunes Júnior (2017, p. 726) nos ensina que a Constituição de 1988 “Introduziu o homem ao Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com mandado de injunção”.

Sendo assim, muito além do que a mudança meramente topográfica se vê uma nova era em que o homem passa a ser visto como centro das preocupações, uma vez que é detentor de direitos que devem ser garantidos pelo Estado através de políticas públicas.

2.2 Características dos Direitos Fundamentais

A Carta Magna de 1988 potencializou a importância dos valores descritos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elevando a proteção da vida, a integridade física e a saúde propriamente dita, à condição de Direitos Fundamentais, haja vista o fato de que estes bens são indisponíveis, imprescritíveis e inalienáveis.

É perceptível o fato de que uma vez reconhecidos os direitos tidos como fundamentais aos quais os seres humanos fazem *jus* em face ao Estado, compete a este ente regulá-los. Além de serem imprescritíveis, indisponíveis e inalienáveis, os Direitos Fundamentais são também invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares, na visão de Alexandre de Moraes (2009, p. 30). Nesta diáspora, Nunes Júnior (2017, p. 728) nos ensina que os “Direitos fundamentais são normas de conteúdo declaratório, previstas na Constituição. São posições de vantagem conferidas pela lei”.

Dentre as principais características dos Direitos Fundamentais, cabe resaltar e analisar a inalienabilidade e imprescritibilidade. Primeiramente, ao se falar em inalienabilidade, importante se faz trazer a baila à sua definição literal, a saber: característica ou condição que algo possui de não poder ser vendido; impenhorável ou incomunicável. Nesse sentido, introduzindo o termo no contexto de um direito fundamental, Mendes e Branco (2017, p. 147) ensinam que:

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação –, quer material – destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado pra si mesmo, física ou juridicamente.

Igualmente, percebe-se que instituto da inalienabilidade está intimamente interligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que não existe a ideia de que um ser humano possa ou não ter dignidade. Pelo contrário, todos são detentores de dignidade e cabe ao Estado criar políticas e meios para a sua execução.

Martinez-Pujalte *apud* Mendes e Branco (2017, p. 143) corroboram para esse entendimento, evidenciando que “da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade”.

Acerca da imprescritibilidade, tem-se que os Direitos Fundamentais não são afetados pelo instituto da prescrição, ou seja, eles são imprescritíveis e, o lapso temporal não retira do cidadão a possibilidade de exercer o seu direito fundamental. Nesse sentido Nunes Júnior (2017, p. 782):

(...) O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individuais, como é o caso. Se são sempre exercíveis, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente perda da exigibilidade pela prescrição.

Sobre o ponto de vista de Flávio Martins Alves Nunes Júnior, os direitos fundamentais são aqueles incorporados no ordenamento jurídico de um determinado País com o objetivo de serem encaminhados à pessoa humana, detentora do referido direito, sendo esse entendimento compartilhado por Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Nunes Júnior (2017, p. 728) de que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

Incumbe ao Estado disponibilizar meios adequados que possibilitem às pessoas uma vida condizente e com a dignidade que é cabível, por isso, se destacam as políticas voltadas aos Direitos Sociais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e a previdência social.

Nesta conjuntura, denota-se o fato de que se exige do Estado uma obrigatoriedade voltada a garantir um adequado padrão de vida, por meio do respeito ao que está apregoadado na Constituição Federal de 1988. Destacam-se, pois, as concepções de dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; sem preconceitos de todos os mais diversos modos que possam existir; dentre outros fatores.

Imperioso se faz enfatizar que os Direitos Fundamentais convergem em todas as camadas do Estado, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de todos os entes federados, e ainda, sejam eles da Administração Pública Direta ou Indireta. De tal forma, parte-se da premissa de que compete, portanto, ao Estado, como instrumento principal, buscar e tutelar pela efetivação dos Direitos Fundamentais.

Assimila-se, dessa forma que a efetivação desses direitos fundamentais não depende apenas de sua previsão normativa, mas, sim de medidas ações concretas por parte do Estado para a consecução dessas ações.

3 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

3.1 Do Direito à Saúde nas Constituições anteriores à CRFB/88

A primeira Constituição Brasileira foi outorgada por Dom Pedro I em 25 de Março de 1824 e recebeu o nome de “Constituição Política do Império do Brasil”, sendo que em seu contexto, não se preocupou em trazer a saúde como direito de todos e dever do Estado, limitando-se, apenas, em dizer que as atividades não poderiam desprestigiar a saúde do cidadão, senão vejamos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (BRASIL, 1824)

Esta Carta Magna não trouxe, no entanto, questões relevantes acerca da saúde pública, uma vez que a preocupação do momento foi de desenhar “um cenário oligárquico com o imperador no topo da pirâmide” (RIBEIRO e JÚLIO, 2010, p. 449), conforme bem demonstra Moura e Garcia (1994, p.02):

Como ocorrido no período anterior, no Brasil-império não se constata, também, uma real preocupação da administração colonial com as relações entre a saúde e a sociedade onde, apesar do controle sobre o espaço urbano, são tomadas medidas esporádicas, limitadas à normalização dos cemitérios, controle público do abastecimento de água, destinação de lixo e objetos de controle de doenças “pestilências”.

A Constituição de 1891, por sua vez, não trouxe nenhum resquício acerca do termo saúde, ou seja, não trouxe qualquer inclusão ou regulamentação do direito à saúde em seu escopo, contendo apenas, de acordo com Ribeiro e Júlio (2010, p. 449), direitos e garantias de liberdade, segurança e propriedade.

A terceira Constituição brasileira foi a de 1934 e, pela primeira vez, trouxe a saúde como algo a ser resguardado pelo Poder Público, mencionando em seu art. 10, II, a competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e assistências públicas.

De igual forma, mencionou ainda em seu artigo 138 que:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...)

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. (BRASIL, 1934)

Em 1937, instituiu-se a Constituição conhecida como “a Polaca”, que consagrou, em seu art. 16, inciso XXVII, a competência privativa da União para legislar acerca das normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

A Carta Magna de 1946 foi promulgada no período pós-Segunda Guerra Mundial e trouxe a mesma ideia do texto constitucional anterior, mantendo a União com competência privativa para legislar acerca da proteção e defesa da saúde, acrescentando que a legislação trabalhista deveria observar a higiene e segurança do trabalho, a salubridade nos locais de trabalho dos menores de quatorze anos e ainda, assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante (artigo 157, incisos VIII, IX, XIV).

Em 1967, houve a promulgação de uma nova Constituição, que também não apresentou maiores inovações acerca do que já havia sido dito nas constituições anteriores, mantendo a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, acrescentando, ainda, a competência para “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”, conforme inteligência do art. 8º XIV da referida Carta.

Nessa esteira, um fato que merece destaque foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, que manteve a competência da União trazida nas demais constituições, inovando, entretanto, acerca do repasse das verbas do Município para a União, conforme bem explicado por Ribeiro e Júlio (2010, p. 451):

Em 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 1, tomada, por alguns, como uma nova Carta Constitucional 37 que, cuidando de preservar o regime totalitário, novamente não trouxe a previsão do Direito à Saúde. Embora repetindo a tímida iniciativa sobre a competência legislativa da Constituição anterior, traz uma inovação no §4º do art. 25, determinando que os municípios apliquem seis por cento do repasse da União a título de fundo de participação dos municípios na Saúde.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que se mantêm até os dias atuais, é que a saúde passou a ser considerada como um Direito de todos os cidadãos e dever do Estado, sendo este último responsável em garantir políticas públicas eficientes com vistas a reduzir os riscos inerentes à saúde de toda a população.

3.2 Do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988, diferentemente das demais, trouxe logo em seu segundo título os direitos e garantias fundamentais, os quais os cidadãos são partes legitimadas para recebê-los, sendo a saúde considerada, pela primeira vez, como um direito fundamental.

Ao contrário das Constituições anteriores, que traziam apenas normas esparsas para tratar do direito à saúde, a “Constituição Cidadã”, por sua vez, se mostra bem diferente e complexa, uma vez que, conforme Figueiredo (2013, p.11), impõe-se “ao intérprete a tarefa de buscar a solução jurídica que melhor concretize, em termos de eficácia e efetividade, o conteúdo das normas constitucionais sobre saúde”, com o objetivo principal de proteger o ser humano e suas futuras gerações.

A nossa Carta Magna seguiu o exemplo de dois diplomas supremos, quais sejam: Carta italiana (1948) e Texto Português (1976), acompanhados ainda das Constituições da Espanha e da Guatemala, revelando, desta forma “a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, pois os contribuintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Lei maior” (BULOS, 2012, p.1424).

A nossa constituição, no entanto, abrigou a saúde de forma inovadora, apresentando-a como um direito fundamental com proteção diferenciada, conforme bem demonstra Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.2):

A nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico constitucional pátria.

Pela primeira vez, em uma Constituição Brasileira, foi reservado um capítulo específico para tratar dos direitos sociais, sendo que o art. 6º da Carta Magna

estabelece que o direito à saúde, além de outros tantos elencados, são direitos sociais, que se apresentam como “prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições da vida” (LENZA, 2014, p. 1182).

Na Magna Carta, além do artigo 6º, a saúde vem expressamente demonstrada nos artigos 196 e 200, sendo contempladas em todos eles as premissas básicas do Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam: universalidade do acesso, equidade, integralidade e, acima de tudo, a obrigação do Estado em tutelar o referido direito.

A saúde, no entanto, foi reconhecida como um direito social fundamental que deve ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos, através de políticas públicas sociais e econômicas que visam sua garantia efetiva, ou seja, o Estado é responsável em realizar ações positivas a fim de ver o direito à saúde assegurado, tudo isso de acordo com a inteligência do art. 196 da Carta Constitucional em análise:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

A fim de compreender o conteúdo do direito fundamental à saúde, alguns termos apresentados no artigo supramencionado mostram-se necessários ser esmiuçados. Sarlet e Figueiredo (2008, p.8) analisam essa fragmentação de forma dinâmica, então vejamos:

Seguindo as diretrizes do texto do artigo 196 da CF, tem-se a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”(…). Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas (...).

O termo saúde, no entanto, afasta-se da ideia de mera ausência de doença e passa a ser tratado de acordo com a orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS), tratando-se de um estado de “bem-estar físico, mental e social” que deve ser alcançado por todos os cidadãos.

Quanto às ações e serviços de saúde, estas são consideradas de relevância pública, cabendo ao Poder Público disciplinar sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo estes dois últimos atos conexos. Desta forma, conforme preceitua Bulos (2012, p. 1425) “o importante é garantir o direito à saúde através da prevenção, tratamento e recuperação do estado de higidez física e espiritual da pessoa humana”.

Acrescente-se, que, de acordo com o artigo 23, inciso II, da mesma Magna Carta, é competência comum da União, Estados e Município cuidarem da saúde e da assistência pública, ficando claro que quando se diz que a saúde é dever do Estado – República Federativa do Brasil –, não se exime a responsabilidade dos demais entes federativos, mas sim a considera solidária entre todos os entes.

3.3 O ordenamento infraconstitucional vigente sobre o direito à saúde.

O direito à saúde, além de estar positivado na Constituição Federal, encontra guarida também em âmbito legislativo, qual seja: Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Essa norma regulamentadora do direito à saúde – que em grande parte repete o texto constitucional para destacar e ressaltar seu objetivo – além de regular esse direito como fundamental, traz o Estado como responsável em prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º da Lei 8080/90). Além disso, os §§ 1º e 2º do referido artigo, demonstram a forma como o direito deve ser assegurado, além de listar os indivíduos que devem cooperar para efetivação desse direito. Senão vejamos:

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.

Por sua vez, o artigo 3º apresenta diversos direitos que estão diretamente relacionados ao direito à saúde, mencionando que este último possui como determinantes e condicionantes, dentre outros, “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

Com o advento da Lei 8080/90, o Estado passou a efetivar o direito à saúde através do Sistema Único de Saúde (SUS), que compreende um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º).

Nas palavras de Figueiredo (2013, p. 259), houve avanços na implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), que é considerado:

(...) um sistema de saúde público e universal, pautado pela igualdade de acesso e a integralidade de cobertura, organizado em níveis crescentes de complexidade e segundo uma estrutura descentralizada e regionalizada, sujeito ao controle social e aberto à participação da iniciativa privada (...)

O SUS pode ser classificado como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, uma vez que seus princípios básicos visam à democratização dos serviços de saúde, diante do caráter de universalidade e descentralização.

Assim, não restam dúvidas que a assistência prestada pelo Poder Público deve ser integral, contemplando o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos exigidos em cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema, contemplando, ademais, o fornecimento de medicamentos, conforme prevê expressamente o art. 6º da Lei 8.080/90, de seguinte teor:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do sistema único de saúde (SUS):

I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

(...)

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

Impõe-se, então, a ideia de que o Poder Público, em relação aos que se encontram em condições de vulnerabilidade e hipossuficiência financeira, tem o

dever de custear o tratamento, exames ou medicamentos necessários para assegurá-los o direito à saúde.

4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

4.1 Aspectos Gerais

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, apresenta a seguinte redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim, o Judiciário é incumbido de interceder pelos cidadãos entregando-lhes a tutela jurisdicional, no caso de ofensa aos seus direitos.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, conforme bem explicitado nos parágrafos anteriores. Entretanto, a situação em que se vive deixa claro que há um grande vazio entre as ações do Estado e a real efetivação desse direito, sendo que, a falta de políticas públicas e/ou sua má gestão, leva o cidadão a “judicializar” a sua demanda, a fim de garantir seu direito constitucionalmente assegurado.

Maria dos Remédios Mendes Oliveira (2013, p. 2), comunga dessa ideia ao nos explicar que:

Há uma lacuna entre o que expressa a Carta Magna e as demandas reais no cotidiano dos indivíduos, famílias e comunidades, sobretudo no tocante às necessidades de ações e serviços de saúde, levando o cidadão a procurar a via judicial para prevalecer o seu direito e obrigar o Estado a assegurá-lo. A partir da constatação dessa contradição, vários grupos sociais vêm buscando na Justiça o apoio no tocante a essas brechas entre o direito ideal e sua materialização no mundo real. Os fundamentos e alternativas legais para que o cidadão proponha ações judiciais com o objetivo de obter medicamentos e outros serviços de saúde, em face dos poderes públicos, permitem uma reflexão mais acurada desse fenômeno.

A intervenção do Poder Judiciário é legítima na medida em que a ausência de medicamentos e/ou insumos de saúde podem vir a gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação para aqueles que precisam de uma resposta urgente do Estado. O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, e ambos estão atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, e é por este motivo que o Estado, através do Judiciário, deve tutelar o direito à saúde.

É certo que, não cabe ao Judiciário brasileiro implementar políticas sociais e econômicas voltadas à saúde. Porém, cabe a fiscalização a fim de verificar se as políticas selecionadas pelos órgãos competentes atendem o acesso universal e

igualitário a todos os cidadãos que necessitam do sistema público de saúde. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 703)

O Judiciário não está trabalhando para criar normas que garantam o direito à saúde, mas sim, busca apenas concretizar um direito que está expresso na Constituição Federal e em Leis infraconstitucionais. Não se trata de interferência indevida, mas apenas efetivar um direito já exposto.

4.2 Motivos ensejadores da judicialização do direito à saúde e o posicionamento dos Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES)

Diversos são os motivos que levam os cidadãos ao Judiciário em busca do seu direito à saúde. Mendes e Branco (2017, p. 703), na obra Curso de Direito Constitucional, reuniram um rol de motivos que ensejam a judicialização da saúde, os quais serão apresentados adiante.

O primeiro motivo a ser analisado é quando existem problemas de gestão que impedem a distribuição dos medicamentos que se encontram discriminados na lista do SUS. Neste caso, os medicamentos são liberados pelo SUS, mas há falta de organização do ente responsável faz com que surja o fenômeno da judicialização, que conseguiria ser facilmente evitado se houvesse disciplina e respeito à legislação.

Nesse mesmo sentido, Mendes e Branco (2017, p. 703), mostram que cidadão não deve ser punido pela grave omissão, senão vejamos:

Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.

Por conseguinte, passamos a analisar o segundo motivo, que surge quando o SUS não fornece o medicamento prescrito pelo médico, mas disponibiliza um similar que trata da mesma patologia, que, por razões médicas, não pode ser utilizado pelo paciente.

Nesse sentido, decisões do TJES:

ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS – MUNICÍPIO DE LINHARES E ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – AÇÃO ORDINÁRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS - MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO - IMPRESCINDIBILIDADE E EFICÁCIA DO FÁRMACO – NÃO COMPROVAÇÃO - EQUOTERAPIA – IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA – CARRINHO DE BEBÊ E CADEIRA DE BANHO DE MARCAS ESPECÍFICAS – IMPOSSIBILIDADE DE ESPECIFICAÇÃO DE MARCAS – REFORMA DA SENTENÇA – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. 1. Não prospera a alegação do Município de Linhares quanto a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que todos os entes da Federação têm legitimidade passiva para figurarem nas demandas que versem sobre o direito à saúde. Aliás, é sabido ser dever comum das entidades federativas cuidar da saúde e assistência pública, à luz do disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal e, na mesma linha, a Lei Federal nº 8.080/90, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes, no *caput* do art. 2º, prevê que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Precedente do STF. 2. Denota-se dos autos que a autora, menor impúbere, é portadora de sequelas de Acidente Vascular Cerebral Isquêmico, tais como, deficiência na fala, déficit motor e dificuldade na digestão dos alimentos. Em razão de sua enfermidade, requereu judicialmente que fossem o Município de Linhares e o Estado do Espírito Santo compelidos a lhe fornecer a medicação Lacosamida (Vimpat), sessões de equoterapia e carrinho de bebê City Baby Jogger e cadeira de banho da marca Banhita. **3. Frise-se que não basta a prescrição médica receitando o remédio para se compelir o Poder Público a fornecê-lo. Em se tratando de medicamento não padronizado, como no caso dos autos, a concessão deste somente será permitida se cabalmente demonstrada sua indispensabilidade para a saúde do paciente e quando o mesmo não tiver obtido êxito no tratamento com medicação ofertada pela rede pública. Precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça.** 4. Na hipótese vertente, à fl. 63-63-verso, a recorrida acostou laudo médico, exarado por profissional com especialidade em neurologia, o qual afirmou a necessidade da paciente em fazer o uso do medicamento Lacosamida (Vimpat) para o controle das crises convulsivas, pois a mesma não apresentou boa resposta ao tratamento com outros anticonvulsivantes. Sucede, contudo, que tal medicação não se encontra contemplada na lista de medicamentos padronizados ofertados pela rede pública de saúde. Da análise detida dos autos, observa-se que os documentos médicos acostados não são aptos a atestarem a imprescindibilidade da medicação prescrita. Ademais, o laudo médico de apenas um profissional não pode ser considerado suficiente a comprovar a imprescindibilidade da medicação. 5. Noutra giro, há que se considerar a informação prestada pelo apelante, por ocasião do Parecer nº 596/15 da Secretaria de Saúde no Estado do Espírito Santo (fls. 93/94) que informou a existência de alternativas terapêuticas gratuitas na rede pública para a epilepsia como Lamotrigina, Vigabatrina, Gabapentina e Topiramato. 6. Não é adequado impor ao Estado do Espírito Santo e ao Município de Linhares o custeio de medicação não padronizada, quando há tratamentos eficazes, disponibilizados pelo Poder Público, para a enfermidade, ainda mais, quando não demonstrada a necessidade excepcional do remédio solicitado. Desse modo, impõe-se a reforma da r. sentença de origem. 7. Relativamente ao custeio de sessões de equoterapia, em que pese o comprovado estado de saúde da menor, tem-se que para a concessão do

aludido tratamento alternativo seria necessária a clara demonstração de que o mesmo se mostra indispensável para a saúde da paciente, o que, entretanto, não se verifica *in casu*. Na hipótese vertente, o próprio médico que prescreveu a equoterapia afirmou que observou que as crianças submetidas ao tratamento apresentam melhora na qualidade de vida, todavia aduz que se trata de um método empírico, não podendo precisar com base concreta ou científica (vide fl. 143). 8. Noutra giro, observa-se que em nenhum momento a recorrida desqualifica a opção dos tratamentos fisioterápico e pedagógico oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, os quais devem ser privilegiados em detrimento da terapia alternativa pleiteada. Precedentes do TJMG e do TJRS 9. Nesse passo, impõe-se a reforma da r. sentença no tocante ao tratamento de equoterapia, pois se trata de tratamento excepcional e de alto custo, não havendo justificativa de que este seria o único capaz de promover uma melhora na qualidade de vida da agravada. 10. No que tange à imposição de que os entes públicos custeassem à autora um carrinho de bebê e uma cadeira de banho de marcas determinadas, malgrado conste nos autos, à fl. 25, uma avaliação médica, atestando a necessidade de utilização de um carrinho de bebê e cadeira de banho de marcas específicas, não é cabível impor à Administração Pública fornecer os produtos das marcas solicitadas, em razão da possibilidade de existirem outros produtos semelhantes no mercado que atendam à necessidade da autora. 11. Desse modo, embora seja cabível a condenação dos entes públicos a fornecerem um carrinho de bebê e uma cadeira de banho com apoio de cabeça à menor, é inapropriada a exigência por parte da autora de marcas específicas. No entanto, registre-se a necessidade de que o carrinho de bebê se adéque às necessidades da criança, apresentando, portanto, suporte para seus pés, a fim de que suas pernas não fiquem sem sustentação, bem como que a cadeira de banho tenha apoio para cabeça. 12. Em virtude do provimento das apelações com a consequente reforma da sentença, verifica-se a sucumbência mínima dos entes públicos (relativa a concessão de fraldas e carrinho e banheira de bebê). Logo, não tendo a autora logrado êxito nos pedidos principais, impõe-se sua condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ficados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), com fulcro no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil de 1973, regramento vigente à época da prolação da sentença, tendo em vista a sucumbência mínima dos entes públicos. Registre-se, todavia, a suspensão da exigibilidade das verbas sucumbenciais em relação à recorrida, em virtude do deferimento da gratuidade de justiça às fls. 36/37. 13. Recurso do Município de Linhares conhecido e provido. Recurso do Estado do Espírito Santo conhecido e provido. Reforma da sentença para indeferir o pedido autoral relativo ao fornecimento do medicamento Lacosamida (Vimpat), ao custeio das sessões de equoterapia, bem como afastar a exigência relativa à marca específica do carrinho de bebê e da cadeira de banho. (TJES, Classe: Apelação, 30150010665, Relator : FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 09/05/2017, Data da Publicação no Diário: 17/05/2017) (grifos nossos)

ACÓRDÃO EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO – IMPOSSIBILIDADE – FÁRMACO DE ALTO CUSTO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INEFICÁCIA, DOS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Em que pese a gravidade da moléstia mental que acomete a recorrida e o seu histórico de agressividade, não é possível impor ao Estado do Espírito Santo a obrigação de fornecer o medicamento Invega Sustenna, cuja dose custa aproximadamente R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), na medida em que inexistente comprovação de que este é o único fármaco adequado ao tratamento da agravada. 2. O

Poder Público apenas deve ser obrigado a fornecer medicamento não padronizado quando for demonstrado cabalmente sua indispensabilidade para a saúde do paciente, bem como mediante a evidência de que as medicações oferecidas pela rede pública de saúde não são suficientes para o êxito do tratamento. Precedentes deste Tribunal. 3. O laudo emitido por médico particular tão somente atesta que o fármaco Risperidona não surtiu o efeito desejado no tratamento da agravada, sendo que o Sistema Único de Saúde (SUS) disponibiliza 04 (quatro) outros medicamentos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) para os pacientes portadores de esquizofrenia, o que impede a antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência neste momento. 4. Recurso conhecido e provido. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24169014461, Relator : FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/04/2017, Data da Publicação no Diário: 04/05/2017) (grifos nossos)

Dessa forma, ambos os julgados da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo ratificam que, nesses casos, o profissional da área da saúde deverá partir de um critério de ponderação e verificar a razoabilidade de se fornecer o fármaco não listado no SUS.

O terceiro motivo ensejador das demandas judiciais de saúde ocorre quando o tratamento pleiteado está em fase experimental e ainda não possui registro na ANVISA. Trata-se de uma situação mais delicada que merece especial análise por parte do Judiciário, uma vez que deverá analisar a necessidade do paciente levando em consideração o custeio do tratamento e sua eficácia duvidosa que pode trazer riscos à saúde do paciente.

As decisões do TJES trazem a existência uma grande divergência entre elas. Enquanto uma enfatiza que a ausência de registro da ANVISA constitui óbice para concessão da tutela jurisdicional, a outra caminha para a ideia de que a falta de registro não pode inviabilizar o fornecimento do medicamento, vez que isso feriria um os princípios básicos ao qual o SUS se submete, a saber: integralidade de assistência.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA - TUTELA DA SAÚDE - **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO E SEM REGISTRO NA ANVISA** - DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE NO CASO CONCRETO - INEXISTÊNCIA NA HIPÓTESE - RECURSO PROVIDO - REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA. 1. Nada obsta que em caso excepcionais o medicamento importado não registrado na ANVISA seja fornecido, desde que comprovada a ausência de outros medicamentos eficazes e demonstrada a sua imprescindibilidade para o caso ou em caso de risco de falecimento. Precedentes do TJES. 2. Na hipótese, trata-se de medicamento fornecido para tratamento de Epilepsia de criança de 10 anos de idade, isto é, de doença que não representa risco de vida imediato, em

princípio. 3. **Também não se tem devidamente demonstrada a imprescindibilidade de se fornecer medicamento não registrado na ANVISA, de modo a submeter a menor a riscos desnecessários, bem como impor ônus demasiadamente pesado ao Poder Público.** 4. Mesmo porque, consoante parecer do NAT - Núcleo de Assessoramento Técnico - deste e. Tribunal de fls. 143/146, há uma gama de fármacos liberados pela agência reguladora e ainda não utilizados no tratamento da criança, inclusive disponível na rede pública de atendimento, o que demonstra que não foram esgotadas todas as possibilidades de tratamento. 5. Recurso provido. Remessa necessária prejudicada. (TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 28150016500, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 27/03/2017, Data da Publicação no Diário: 07/04/2017) (grifos nossos)

ACÓRDÃO EMENTA. REMESSA NECESSÁRIA. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PARA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA. NECESSIDADE COMPROVADA POR DOCUMENTOS MÉDICOS. CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL. AFASTADA. SENTENÇA CONFIRMADA.** O direito à saúde, como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser assegurado por todos os entes da federação de forma solidária, de modo que o Estado tem o dever de promover e afirmar o direito fundamental à saúde. Assim, comprovada a necessidade, o Estado deve fornecer a parte autora o medicamento solicitado em laudo médico. **A ausência de registro do medicamento junto à ANVISA não pode inviabilizar o fornecimento integral do serviço público de saúde, por se tratar de uma das diretrizes essenciais ao funcionamento do SUS.** Ademais, a referida medicação tem sido utilizada em outros países no tratamento da mesma doença a qual o menor foi acometido. A cláusula de reserva do possível não pode servir como justificativa para que o ente público se escuse da realização de uma obrigação constitucionalmente estabelecida. Seria preciso comprovar que a medida causaria um efetivo desajuste nas contas públicas. Sentença confirmada. (TJES, Classe: Remessa Necessária, 51110000018, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR - Relator Substituto: RODRIGO FERREIRA MIRANDA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2016, Data da Publicação no Diário: 21/10/2016) (grifos nossos)

Dessa forma, percebe-se que distintas câmaras do TJES adotaram decisões diferentes sobre a questão. Nada obstante, embora o medicamento não esteja devidamente registrado pela ANVISA entende-se que havendo provas suficientes da eficácia trazida pelo tratamento e restando demonstrado o perigo de vida ante a não realização do tratamento, cabe ao Estado garantir o mínimo para que aquele cidadão possa receber uma resposta positiva de forma a garantir uma vida com dignidade. De outra banda, a ideia em comento não fere o princípio da reserva do possível, visto que o direito à saúde, que está umbilicalmente ligado ao direito à vida, é algo que deve sobressair, pois, se trata de direitos constitucionalmente assegurados.

Outra situação delicada é quando o medicamento está registrado pela ANVISA, mas não está na lista de medicamentos liberados pelo SUS e não há outro que consiga substituí-lo para tratamento do paciente. De igual forma, o cidadão bate às portas do Judiciário nos casos em que o medicamento se encontra na lista do SUS, mas é indicado para tratamento de doença diversa daquela que acomete o requerido. Nestes casos, Mendes e Branco (2017, p. 704) dizem que se passa a enfrentar a chamada “medicina baseada em evidências” que é adotada pelo Sistema Único de Saúde.

O Tribunal de Justiça do nosso Estado se manifesta no seguinte sentido:

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONTEMPLADO NA LISTA DO SUS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO FÁRMACO INTEGRANTE DO ROL DE MEDICAMENTOS FORNECIDOS PELO SUS. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. CONHECER E NEGAR PROVIMENTO. 1. A Constituição Federal assegura a todos a proteção à saúde de modo universal, igualitário e integral, cabendo ao Estado garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas que atendam as necessidades da população e visem à redução do risco de doenças e de outros agravos (art. 196, CF/88), cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197)MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.p. 722. 2. A Agravada goza de proteção conferida pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) que, neste sentido, assegura a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º), bem como lhe confere garantia prioritária no acesso à rede de serviços de saúde (art. 3º, parágrafo único, inciso VIII). 3. **A falta de inclusão de medicamento em lista prévia (REMEME) não tem o condão de impedir o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia grave, principalmente, quando comprovada a respectiva necessidade de medicamento específico, bem como sua prescrição por médico da rede pública, sob pena de piorar o estado clínico de saúde da paciente.** 4. Negar provimento ao Recurso. ACÓRDÃO (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 52159000190, Relator : ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 16/05/2016, Data da Publicação no Diário: 30/05/2016) (grifos nossos)

Sendo assim, o TJES tem entendido que a ausência de registro do medicamento na lista do SUS não deve impedir o fornecimento do fármaco àqueles que comprovam a necessidade de seu uso através da prescrição médica detalhada e fornecida pelo profissional da rede pública de saúde.

Os medicamentos de alto custo, por sua vez, também se encontram no rol de motivos que justificam as demandas de saúde. Trata-se de situação tão delicada

quanto àquela nas quais o fármaco ainda não foi registrado pela ANVISA, devendo-se levar em consideração os mesmos pontos levantados, a saber: custeio e eficácia. Isto, para evitar que a coletividade arque com o custo demasiadamente alto de um medicamento que pode vir a não surtir o efeito esperado no paciente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) em recente decisão ressaltou que – sempre que possível – deverá se dar preferência aos medicamentos disponibilizados e listados pelo SUS, não obstante, no entanto, o fornecimento de outros medicamentos não padronizados nos casos em que fique clara a impossibilidade de utilização pelo paciente, através de laudo médico específico. Senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0029218-55.2015.8.08.0000 IMPTE.: MÔNICA CRISTINA CASTILHO CALMON IMPTDO.: SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE RELATORA: DES^a. ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA A C Ó R D Ã O EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO. COMPROVADA NECESSIDADE DE USO DE FÁRMACO NÃO INSERIDO NO ELENCO DE MEDICAÇÕES PADRONIZADAS DO ESTADO. TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. 1) Apregoa o art. 198, parágrafo único, da CF/88, que o Sistema Único de Saúde é sustentado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes (art. 195, da CF/88). Por seu turno, a Lei nº 8.080/90 disciplina as atribuições e o funcionamento do SUS, impondo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de prestar serviços de saúde à população, revelando nítida responsabilidade solidária entre os aludidos entes federativos. Nesta perspectiva, defronte a omissão do Poder Público no cumprimento de norma constitucional fundamental, pode o cidadão lesado acionar o Estado-juiz, a quem competirá – segundo as balizas do caso concreto – ordenar a adoção das medidas necessárias à efetivação do acesso à saúde. 2) Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde geraria, a toda evidência, grave lesão à ordem administrativa e financeira, com potencial comprometimento das gigantescas estruturas do SUS. **Justamente por isso, há que se prestigiar, sempre que possível, o uso de medicamentos padronizados contidos no elenco da REMEME. Todavia, a advertência não obsta a concessão de medida judicial voltada ao fornecimento de fármaco diverso, desde que demonstrada – tal qual na espécie – a ineficácia da medicação ordinariamente disponibilizada pelo Poder Público.** Em síntese, o deferimento judicial de ordem para compelir o Estado a dispensar medicação de alto custo deve, necessariamente, cercar-se de cuidados e analisar, apuradamente, as circunstâncias de cada caso concreto, justificando as razões pelas quais se recomenda tratamento diverso daquele oferecido pelo SUS. 3) Na hipótese sub examine, a neurologista assistente da enferma atestou, de forma inequívoca, a necessidade de que a paciente faça uso do medicamento Aubágio (princípio ativo teriflunomida), pontuando as razões orgânicas que contraindicam o uso de outros fármacos. Por seu turno, o parecer emitido pelo Núcleo de Assessoramento Técnico do Poder Judiciário – NAT, confirma que o imunomodulador Aubágio tem registro na ANVISA e é indicado para reduzir a taxa de recidivas em pacientes com esclerose múltipla, notadamente nos casos em que não há resposta positiva

ao uso de outras medicações, a exemplo do interferon e do acetato de glatirâmer. **Malgrado tenha o referido Núcleo sugerido que a paciente faça uso do Natalizumabe, a referida medicação foi expressamente contraindicada pela médica que acompanha a enferma, profissional idônea e especialista na área de neurologia, de forma que resta demonstrada a necessidade de tratamento alternativo àquele oferecido pelo Sistema Único de Saúde.** 4) Ademais, o custo estimado do remédio é de R\$ 3.780,91 (três mil, setecentos e oitenta reais e noventa e um centavos) mensais, sem prova de que o eventual atendimento do pleito deduzido em Juízo teria o condão de provocar prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro da máquina pública. 5) Segurança concedida, para determinar ao impetrado que adquira e dispense em favor da impetrante o medicamento Aubágio (princípio ativo teriflunomida), na forma prescrita em laudo médico já acostado ao mandamus. ACORDA a egrégia Terceira Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, conceder a pretendida segurança, nos termos do voto da relatora. Vitória/ES, 13 de julho de 2016. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADORA RELATORA (TJES, Classe: Mandado de Segurança, 100150045225, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: SEGUNDO GRUPO CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Julgamento: 13/07/2016, Data da Publicação no Diário: 19/08/2016) (grifos nossos)

Percebe-se, no entanto, que quando se trata de medicamentos de alto custo o TJES entende que se deve priorizar, sempre que for possível, o uso dos medicamentos que estão contidos na lista do SUS. Entretanto, quando o médico prescreve medicamento diverso, através de laudo médico detalhado e específico que demonstre a necessidade de seu uso, a demanda não pode ser prejudicada.

5 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Quando se fala em “judicialização” de direitos fundamentais, imperioso se faz a análise do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que são largamente utilizadas como fundamentação das contestações, réplicas e sentenças processuais. Uma vem de encontro aos interesses do Poder Público e a outra, como apoio aos demandantes que buscam ver seus direitos efetivados.

5.1 Mínimo Existencial

Inicialmente, tem-se que os direitos fundamentais voltados a assegurar uma vida com dignidade foram primeiramente abordados na Alemanha. Com a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, recebeu destaque a discussão acerca da garantia do mínimo indispensável a uma vida digna que, oferece aos cidadãos condições mínimas para se manterem com dignidade. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p.05).

O primeiro doutrinador a tratar sobre a garantia do mínimo para se ter uma vida digna foi Otto Bachof, no início dos anos de 1950. Sarlet e Figueiredo (2008, p.05) fizeram a seguinte consideração acerca das reflexões de Bachof:

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também o mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Um ano após a ponderação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu “um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana”, sendo que o indivíduo/cidadão “deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 05).

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal em sua primeira decisão acerca do tema em comento, reconheceu que os direitos fundamentais deveriam garantir condições mínimas para uma existência digna. Sarlet e Figueiredo (2008, p.05), transcrevem um trecho dessa decisão:

(...) certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e emendar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Nesse sentido, o mínimo existencial traduz-se nas condições mínimas que são necessárias e indispensáveis para que se possa viver de forma digna, através das prestações estatais e implementações de políticas públicas para tanto. Nas palavras de Souza (2012, p. 535), o mínimo existencial “consiste, então, a um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado”.

Considerado como base da vida humana, o mínimo existencial teve sua primeira abordagem no Brasil com o artigo que fora publicado na Revista de Direito Administrativo intitulado ‘*O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais*’ de Ricardo Lobo Torres. Para Torres (1989, p. 29) o mínimo existencial dos direitos seria “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

O mínimo existencial não está expressamente previsto na Constituição e em nenhum ordenamento jurídico infraconstitucional Brasileiro. No entanto, encontra-se subentendido “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão” (TORRES, 1989, p. 29).

Este direito, porém, não se resume ao mínimo vital (direito à vida), pois ele engloba muito mais que isso, na medida que abarca direitos sociais como: educação, assistência aos desamparados, acesso à justiça e também, saúde. Nesse diapasão, Nunes Júnior (2017, p. 1056) entende que “o mínimo existencial dos direitos sociais corresponde ao conteúdo essencial desses direitos, ou seja, o núcleo irreduzível das normas definidoras de direitos sociais, que exigem por parte do Estado não apenas omissões, mas também ações”.

Pode-se analisar o mínimo existencial sob dois prismas: *status positivo* e *status negativus*. O primeiro *status* se revela no dever Estatal de realizar as prestações positivas a fim de efetivar o mínimo existencial dos direitos, enquanto o segundo é verificado na medida em que os direitos devem ser protegidos contra a intervenção Estatal, conforme bem leciona Torres (1989, p. 35):

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se coimplicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa.

Importante frisar que não é apenas o mínimo exigível desses direitos que se considera constitucional. O Poder Público não deve oferecer apenas o mínimo, devendo, por sua vez, assumir um “dever de meio” e implantar políticas públicas necessárias e suficientes para se garantir o máximo possível desses direitos, dentro de seus limites jurídicos e orçamentários (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1058).

O mínimo existencial se revela de grande valia, pois “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade” (TORRES, 1989, p. 30).

Destarte, conforme já mencionado anteriormente, o art. 5º, XXXV da CF, dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a Direito, cabendo ao Judiciário agir nos casos de omissão por parte do Poder Público. É sabido, no entanto, que não cabe ao judiciário realizar as atividades típicas dos poderes legislativo e executivo. Ocorre que, na ausência de ações por parte do poder público, o judiciário deve atuar. Nesse sentido, se manifestou o STF no RE 581.488 relatado pelo Ministro Dias Tofolli, o qual Nunes Júnior (2008, p. 1061) cita:

Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender a prestações minimamente essenciais à efetividade do direito fundamental social, abre-se o espaço para atuação jurisdicional (...) Mas há igualmente o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de mínimo existencial. Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública estabelecida e b)

é suscetível de ser logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal igualitário. (voto do Ministro Teori Zavascki)

É perceptível que ao se tratar do mínimo existencial se têm inúmeras críticas a sua judicialização, visto que, a intervenção jurídica acaba por parte de alguns doutrinadores, e ainda, os demais poderes (Executivo e Legislativo), por entenderem que o Poder Judiciário acaba violando a separação constitucional entre os poderes.

Por outro lado, o Poder Judiciário defende a judicialização em face da defesa do direito social e o cumprimento dos deveres estatais, mesmo que o Estado não tenha dotações orçamentárias destinadas para determinada área, como defende o Supremo Tribunal Federal – STF em trecho do voto Min. Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF, a qual Nunes Júnior (2017, p. 1058) cita, senão vejamos:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá instituir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz e conviver produtivamente com a reserva do possível.

O mínimo existencial, no entanto, é entendido como um direito que exige do Estado um conjunto mínimo de ações que visam garantir aos cidadãos condições de viver suas vidas com dignidade. Trata-se de um direito que está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida.

Outrossim, quanto a convivência entre mínimo existencial e reserva do possível, o STF e o TJES são pacíficos no seguinte entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO FORA DA LISTA SUS. IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO Oponível. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 196, CRFB. II. Diante da prova de que os medicamentos listados pelo SUS se mostraram ineficazes no tratamento da paciente deve ser deferido o fornecimento dos medicamentos prescritos por médico do SUS, como forma de melhoria da qualidade de vida do paciente. III. **O STF possui entendimento consolidado no sentido de que a reserva do possível deve ser afastada**

sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, public 19-12-2014). IV. Impossibilidade de majoração dos honorários advocatícios, a teor do previsto no art. 85, § 11, do CPC/2015, devendo incidir o regramento vigente ao tempo da publicação da decisão, consoante o enunciado administrativo nº 7, publicado pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 17/3/2016 V. Recurso conhecido e NÃO PROVIDO. (TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 35140399326, Relator : ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 06/06/2016, Data da Publicação no Diário: 16/06/2016) (grifos nossos)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197)** – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014) (grifos nossos)

Em síntese, conclui-se que a reserva do possível pode conviver com o Mínimo existencial desde que seja garantido aos cidadãos o mínimo indispensável para uma

existência digna e que não seja o primeiro limitador para o cumprimento dos direitos sociais.

5.2 Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível teve sua origem na Alemanha, em uma demanda ajuizada por estudantes que não tinham sido aceitos na Universidade em razão da limitação de vagas existentes. Trata-se da famosa decisão *numerus clausus*, que colocou em evidência dois pontos convergentes, quais sejam: o direito de escolher livremente a profissão em contraste com o número de vagas insuficientes para atender a todos.

Em sua decisão, a Corte Alemã, utilizou como fundamento inovador a teoria da reserva do possível, deixando claro que ao cidadão caberia pleitear apenas aquilo que o Estado poderia oferecer, dentro de seus limites orçamentários. Sendo assim, ao Estado não se exigiria a criação de vagas suficientes para atender a todos os cidadãos que desejariam adentrar nas Universidades, mas apenas aquelas que estavam dentro de suas possibilidades econômicas.

Desde então, a efetivação dos direitos sociais através do Estado passou a ser condicionada à teoria da reserva do possível, na qual estes direitos ficam condicionados à existência de recursos financeiros para realizá-los. Ressalte-se que a prestação dos serviços deve se manter nos limites da razoabilidade e proporcionalidade da situação financeira estatal. Nesse diapasão, Sarlet *apud* Nunes Júnior (2017, p. 1064):

A partir disso, a 'reserva do possível' (*Der Vorbehalt des möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais e prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Conforme já bem expressado, a Constituição de 1988 elevou os direitos sociais ao nível de direito fundamental, apresentando, dentre eles, o direito à saúde. Os direitos fundamentais, além de se revelarem como uma incumbência a ser executada pelo Estado encontram raízes no fundamento mais exímio da carta magna que é a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, essa teoria seguiu a essência da Corte Alemã e trouxe a ideia de que a promoção dos direitos fundamentais está diretamente relacionada com a realização de políticas públicas que visam à garantia e promoção desses direitos, tudo de acordo com as limitações orçamentárias do Poder Público.

É cediço que todas as ações do Estado envolvem custos que dependem dos recursos públicos, que, por sua vez, são limitados e é então que surge a reserva do possível, trazendo “limites fáticos, jurídicos e orçamentários que impedem o cumprimento imediato do direito social” (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1064).

Partindo dessa premissa, o Poder Público deve fazer escolhas com o intuito de definir quais políticas públicas serão implementadas, em razão da limitação orçamentária para concretização dos direitos fundamentais. Igualmente, o gestor público não pode elaborar políticas públicas de forma discricionária, mas, deve respeitar os parâmetros estabelecidos na Constituição.

Sarlet e Timm (2008, p. 8) lecionam nesse sentido:

E como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de *em que* gastar, é preciso ainda decidir *como* gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseja alcançar. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário.

Os direitos fundamentais são condicionados a existência de verbas, que, por sua vez, são adquiridas através da arrecadação tributária. Ocorre que esse montante recebido não é suficiente para atender todas as demandas, sendo que essa escassez pode vir a implementar limites à efetivação desses direitos.

No entanto, torna-se claro que por essa teoria não se deve pleitear aquilo que é financeiramente impossível para o Poder Público. Ocorre que, a reserva do possível também não pode ser utilizada pelo Estado como único argumento para não cumprimento dos direitos fundamentais, evitando-se assim, que este motivo passe a inviabilizar a realização desses direitos.

A utilização da reserva do possível não pode constituir óbice para garantir o mínimo essencial desses direitos, ou seja, a reserva do possível não deve ser aplicada

quando estiver se tratando de direitos fundamentais. Nesse sentido assim decidiu o STF:

(...) A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (...) Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, 2ª Turma, DJe 15-09-2011)

Desta forma, se por um lado existe a escassez de recursos que pode vir a ser limitador para efetivação dos direitos fundamentais, em contrapartida o Estado ao reconhecer os direitos sociais como fundamentais assume o múnus de efetivá-los em face de toda a sociedade.

5.3 Mínimo existencial versus Reserva do possível

O direito à saúde é constitucionalmente assegurado (art. 196, CF), sendo que as ações e serviços públicos devem ser organizados de modo a garantir atendimento integral ao cidadão (art. 198, II, CF), competindo ao SUS, além de outras atribuições previstas em lei, prestar assistência e garantir o acesso da população aos tratamentos necessários à recuperação de sua saúde.

Observa-se que, muitas das vezes, o poder público apresenta justificativa no sentido de alegar que as pretensões de saúde caracterizam burla à fila do SUS e violação ao princípio da igualdade. Ocorre que não merece guarida esse tipo de alegação, uma vez que sequer há comprovação da existência de uma fila, restando, por outro lado, evidenciado a necessidade do beneficiado receber o tratamento urgente, não podendo ser submetido à lista de espera.

Quanto a teoria da reserva do possível apresentada em fase de contestação, é sustentada pelas limitações orçamentárias do Poder Público, no sentido de que, diante da escassez do orçamento, caberia ao administrador a escolha das áreas prioritárias bem como o destino dos recursos disponíveis.

Essa linha de defesa da Fazenda Pública, contudo, não obterá êxito quando a matéria discutida englobar direitos inseridos no grupo do mínimo existencial, indispensáveis à proteção da dignidade da vida humana. Nesse rol, estão presentes os direitos fundamentais, como o direito à saúde e o direito à educação, os quais não podem ser relegados a segundo plano das políticas públicas diante da importância conferida pelo texto da CF/88.

A Suprema Corte já tratou o tema, posicionando-se pela inaplicabilidade da teoria da reserva do possível quando os direitos opostos aos Poder Público forem caracterizados como direito fundamentais. *Verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). **2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013) (grifos nossos)

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, sustenta que a observância dos direitos fundamentais pelo Estado é caracterizada pela vinculação, não autorizando o Poder Público a exercer sobre eles seu juízo de oportunidade e conveniência.

Nesse passo, a teoria da reserva do possível cederia diante da constatação do mínimo existencial. Senão, vejamos:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

(...)

5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012) (grifos nossos)

O STJ, ainda, justifica o motivo pelo qual o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado como óbice à determinação ao Estado de realização de determinadas políticas públicas. É o que se verifica adiante:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver

comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

(....)

(AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010) (grifos nossos)

As pretensões que versam sobre direito fundamental, imprescindível à garantia do mínimo existencial de seu titular, não pode lograr qualquer alegação da teoria da reserva do possível nem da ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, podendo a máquina pública ser impelida ao cumprimento de prestação imposta nesta demanda.

De fato, observa-se que a reserva do possível pode tranquilamente coexistir com o instituto do mínimo existencial, pois o primeiro atua como limite para invocação daquela, ou seja, a reserva do possível somente será acionada quando houver adequação proporcional entre a garantia do mínimo existencial e os direitos que este visa afetar.

Nessa esteira, o STF tem adotado o entendimento de que a reserva do possível pode ser utilizada para limitar o cumprimento dos direitos sociais, exceto quanto ao mínimo existencial desses direitos, não podendo, se alegar a reserva do possível ante as necessidades de cumprimento de demandas como o mínimo existencial em face da educação e da saúde, dentre outros direitos.

6 CONCLUSÃO

A saúde é um direito constitucional reconhecido e que traz como características intrínsecas a universalidade do acesso, equidade, integralidade e, acima de tudo, a obrigação do Estado em tutelar o referido direito mediante políticas públicas e prestações positivas.

O direito a saúde é fruto de uma evolução constitucional histórica, sendo que apenas com a Constituição de 1988 que a saúde passou a ser considerada como um Direito de todos e dever do Estado, recebendo o *status* de direito fundamental.

Outrossim, além da Carta Magna, o direito à saúde está expresso no ordenamento infraconstitucional, qual seja: Lei 8.080/1990, que dispõe acerca das condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes, além de trazer o Estado como responsável para prover as condições indispensáveis para a manutenção da saúde.

Apesar de todo o disposto nas legislações vigentes, o judiciário acaba por receber diversas demandas com o fim de ver assegurado o direito à saúde dos cidadãos, visto a não obtenção de um resultado positivo pela via administrativa.

Sendo assim, vários são os motivos que levam as pessoas a judicialização da saúde, sendo que no presente trabalho listou-se os seguintes: problemas de gestão que impedem a distribuição dos medicamentos que se encontram discriminados na lista do SUS; medicamentos não listados no SUS; tratamento ainda em fase experimental e sem registro na ANVISA; fármaco registrado pela ANVISA mas não listado no SUS, além dos medicamentos de alto custo.

Dados os motivos ensejadores da judicialização da saúde, observa-se que as jurisprudências do TJES analisadas, por unanimidade, consentem que, por se tratar de casos especiais, o deferimento do pleito está condicionado à demonstração da necessidade e imprescindibilidade do uso do fármaco pelo paciente.

Restou claro, pela análise dos julgados, que demonstrada a imprescindibilidade e necessidade para o uso do medicamento, deve este ser deferido e entregue pelo Estado ao paciente para tratamento de seu quadro clínico, sendo certo o direito à

saúde como direito público subjetivo de todos e pela correlata obrigação estatal de garantir e efetivar esse benefício.

A “judicialização” de direitos fundamentais, por sua vez, remete ao Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que são teorias largamente utilizadas como fundamentação das contestações, réplicas e sentenças processuais. Uma vem de encontro aos interesses do Poder Público e a outra, como apoio aos demandantes que buscam ver seus direitos efetivados.

O mínimo existencial, traduz-se como um conjunto de prestações positivas que deve ser oferecida por parte do Estado para garantir aos cidadãos o mínimo para se ter uma vida com dignidade. A reserva do possível, por sua vez, surge com as limitações orçamentárias por parte do poder público para garantir aos cidadãos a concretização dos direitos fundamentais.

Ocorre que, apesar de as duas teorias coexistirem, a reserva do possível não pode ser utilizada como limitadora dos direitos sociais (fundamentais), onde inclui-se o direito à saúde. Este, portanto, é entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal que entende pela inaplicabilidade deste princípio sempre que a sua invocação vier a comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Portanto, conclui-se que, conquanto existam limitações orçamentárias por parte do poder público, o direito à saúde deve ser garantido, sob pena de ferir o princípio maior da Carta Magna que é a dignidade da pessoa humana, além de ameaça, nos casos mais extremos, ao direito à vida.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves Ferreira. **Direito Constitucional**: Tomo I. 5.ed.Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da Republica Dos Estados Unidos do Brazil de 1891** (on line).

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da Republica Dos Estados Unidos do Brasil** (on line). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (on line). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (on line). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967** (on line). Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil** (on line). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

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. Palácio do Planalto. Presidência da República (on line). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). **Recurso Especial nº 1068731**.

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. Rio Grande do Sul, 17 de fevereiro de 2011. Publicado em 08/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Agravo Regimental no recurso**

Extraordinário nº 642536. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Ministro Luiz Fux. Amapá, 26 de fevereiro de 2013. Julgamento em 05/02/2013. Publicado em 27/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso De Mello. São Paulo, 14 de setembro de 2011. Julgamento em 23/08/2011. Publicado em 15/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745745**. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. Minas Gerais, 18 de dezembro de 2014. Julgamento em 02/12/2014. Publicado em 19/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Câmara). **Apelação / Remessa Necessária nº 35140399326**. Apelante :Estado Do Espirito Santo Apelado : Ester Pereira. Relator : Robson Luiz Albanez. Data de Julgamento: 06/06/2016. Data da Publicação no Diário: 16/06/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (2ª Câmara). **Agravo De Instrumento Nº 24169014461**. Agravante : Estado Do Espírito Santo. Agravado : Tammy Kato Pereira Relator. Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy. Data de Julgamento: 25/04/2017. Data da Publicação no Diário: 04/05/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (3ª Câmara). **Remessa Necessária nº 51110000018**. Remetente: Juiz de Direito da Vara Única de Pedro Canário. Relator: Samuel Meira Brasil Junior - Relator Substituto: Rodrigo Ferreira Miranda. Data de Julgamento: 11/10/2016. Data da Publicação no Diário: 21/10/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Câmara). **Agravo de Instrumento nº 52159000190**. Agravante: Estado Do Espírito Santo. Agravado: Anna Loss Punhal Da Silva. Relator : Arthur José Neiva De Almeida. Data de Julgamento: 16/05/2016. Data da Publicação no Diário: 30/05/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Câmara). **Apelação nº 30150010665**. Apelante: Município De Linhares e Outro. Apelado: Laysa Claudino Vieira. Relator : Fernando Estevam Bravin Ruy. Data de Julgamento: 09/05/2017, Data da Publicação no Diário: 17/05/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Câmara). **Apelação / Remessa Necessária nº 28150016500**. Apelante: Estado Do Espirito Santo. Apelado: Ministerio Publico Estadual. Relator : Manoel Alves Rabelo. Data de Julgamento: 27/03/2017, Data da Publicação no Diário: 07/04/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Segundo Grupo Câmaras cíveis reunidas). **Mandado de Segurança nº 100150045225**. Requerente.: Mônica Cristina Castilho Calmon Autoridade. Coatora: Secretário De Estado De Saúde. Relator: Eliana Junqueira Munhos Ferreira. Data de Julgamento: 13/07/2016. Data da Publicação no Diário: 19/08/2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** (on line). Disponível em :

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549**. Agravante: Município de Esteio. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Rio Grande do Sul, 08 de junho de 2010. Publicado em 21/06/2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Disponível em: < <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>>. Acesso em: 15 jun. 2017

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Sistema Único De Saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da Saúde**. Disponível em: < <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2514/1/000449234-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Ingo Wolfgang Sarlet. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acesso em 10 jul. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

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

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOURA, Erly Catarina de; GARCIA, Maria Alice Amorim. **Organização dos serviços de saúde no Brasil: seu desenvolvimento sob o angulo das politicas publicas setoriais**. Disponível em: < <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/cienciasmedicas/article/viewFile/1421/1395>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes de. **A judicialização da saúde no Brasil**. Disponível em: <

<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewFile/1276/1113> .
Acesso em 11. Jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 13 jun. 2017.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JÚLIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras**. Disponível em
<<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/2768>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>
Acesso em: 24 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos de Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em 11. Jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Disponível em: <
<file:///C:/Users/Windows/Downloads/6.O.1%20BARCELLOS.%20Constitucionalizacao%20das%20politicass%20publicas.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2017.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **A reserva do possível, o mínimo existencial e o Poder Judiciário**. Revista da Academia Brasileira de Direitos Constitucional, Curitiba, n.7, 2012. Disponível em <
<http://www.abdconst.com.br/revista8/reservaLucas.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial os direitos fundamentais**. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>>.
Acesso em 29 ago. 2017.