



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ANTONIO MOTTA ORDUNHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: MÍNIMO EXISTENCIAL X
RESERVA DO POSSÍVEL**

Rio de Janeiro
1º semestre / 2022

ANTONIO MOTTA ORDUNHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: MÍNIMO EXISTENCIAL X
RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Carlos Vasconcellos dos Reis

Rio de Janeiro
1º semestre / 2022

ANTONIO MOTTA ORDUNHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: MÍNIMO EXISTENCIAL X
RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Carlos Vasconcellos dos Reis

Data de Aprovação: 22/08/2022

Banca Examinadora:

Prof. José Carlos Vasconcellos dos Reis

Profa. Laila Maria Domith Vicente

Mestranda Vivian Tavares Fontenele

Rio de Janeiro
1º semestre / 2022

Dedico este trabalho aos meus pais, irmãs, namorada e amigos, que tanto me deram suporte durante esta árdua jornada.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o papel do Poder Judiciário brasileiro diante do conflito entre os princípios do mínimo existencial, que assegura a todo e qualquer cidadão no país um rol de elementos básicos a fim de garantir a manutenção de sua dignidade, e o princípio da reserva do possível, que desobriga o Estado de adotar quaisquer condutas que ultrapassem as suas limitações logísticas e orçamentárias. Para tal, traçará o contexto histórico deste direito no país, bem como examinará o ordenamento jurídico pátrio a fim de compreender de que forma estes princípios se encontram positivados – ou não – no país e, além disso, colacionará breve pesquisa jurisprudencial acerca do assunto para que se possa compreender o atual posicionamento predominante dos principais Tribunais. Portanto, em síntese, a análise tentará verificar as consequências positivas da intervenção judicial nos demais poderes e negativas dos excessos praticados pelo poder Judiciário nestas demandas que versem sobre direito à saúde no conflito entre Administração Pública e administrados, inclusive com o enfoque do agravamento ocasionado pela pandemia do novo coronavírus, para que, ao final, tente se depreender como está a atual conjuntura desta problemática e de que forma pode ser mitigada.

Palavras-chave: Princípio do mínimo existencial. Princípio da reserva do possível. Judicialização. Saúde.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the role of the Brazilian Judiciary in the face of the conflict between the principles of the right to basic conditions of life, which assures every citizen in the country a list of basic elements in order to ensure the maintenance of their dignity, and the principle of possible reserve, that release the State from the obligation to adopt any conduct that exceeds its logistical and budgetary limitations. To this end, it will outline the historical context of this right in the country, as well as examine the national legal system in order to understand how these principles are included – or not – and, in addition, will bring brief jurisprudential research on the subject so that one can understand the current predominant position of the main courts. Therefore, in summary, the analysis will try to verify the positive consequences of judicial intervention in the other powers and negative sums of the excesses practiced by the judiciary in these demands that discuss the right to health in the conflict between public administration and the administered, including with the focus of the aggravation caused by the pandemic of the new coronavirus, so that, in the end, try to understand how is the current conjuncture of this problem and how it can be mitigated.

Keywords: Right to basic conditions of life. Principle of possible reserve. Judicialization. Health.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07.
2	DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	10.
3	PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	14.
3.1	CONCEITUAÇÃO	14.
3.2	DISPOSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	16.
4	PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	19.
4.1	CONCEITUAÇÃO	19.
4.2	DISPOSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	21.
5	CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS	24.
5.1	A PROBLEMÁTICA	24.
5.2	AGRAVAMENTO COM A PANDEMIA DE COVID-19	26.
6	ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	28.
6.1	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	28.
6.2	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOS EFEITOS PRÁTICOS	31.
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38.
8	REFERÊNCIAS	40.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar o papel teórico e a atuação prática do Poder Judiciário brasileiro no cenário cada vez mais recorrente de embate entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, sobretudo com a agravante da pandemia de COVID-19 e seus desdobramentos no país, para que, ao final, possa se compreender de que forma a judicialização das demandas sociais relacionadas à área da saúde tem efetivamente influenciado este contexto de conflito.

Para tanto, o estudo será iniciado examinando o desenvolvimento histórico da saúde no Brasil desde o início do debate acerca deste tema até a consolidação normativa como direito fundamental de todos os cidadãos e as ferramentas empregadas pela Administração Pública para que tal direito seja verdadeiramente assegurado à população, como, a exemplo, a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Contextualizado o assunto, passará a se esmiuçar especificamente o primeiro princípio deste tema: o mínimo existencial.

O supramencionado princípio, também reconhecido por mínimo vital, trata-se de um conjunto de elementos básicos indispensáveis para que se possa garantir que todos os cidadãos possuam qualidade de vida minimamente digna. Portanto, em síntese, consiste em um desdobramento direto do princípio da dignidade da pessoa humana, norte do ordenamento jurídico pátrio, servindo como uma forma de definição específica dos direitos e garantias que deverão, ao ver da Constituição Federal, ser sempre disponibilizados pelo poder público aos seus administrados.

Logo em seguida, buscará analisar o ordenamento jurídico brasileiro como um todo para identificar de que forma este princípio foi positivado no país, observando, para tal, os dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e tratados internacionais.

No terceiro capítulo, por sua vez, o enfoque passará ao contraponto do assunto no qual anteriormente se debruçou, abordando, neste momento, o princípio da reserva do possível e suas consequências práticas para o país.

Assim como feito em tópicos anteriores, a análise irá partir, primeiramente, do conceito propriamente dito, isto é, uma tentativa de definição do que essencialmente se trata e prevê este princípio.

A reserva do possível, em resumo, consiste na ideia de que o Estado somente será compelido a agir quando a conduta a ser tomada estiver em concordância com o

princípio da razoabilidade e com os seus limites orçamentários e logísticos, ou seja, é uma prerrogativa estatal para se resguardar da obrigação de cumprir toda e qualquer demanda que lhe fosse pugnada com fundamento em algum dos direitos fundamentais, exigindo, em última instância, que só seja obrigado a agir quando se tratar de algo de fato possível.

Em seguida, tentará se traçar a sua origem, utilizando-se de um exame cronológico do assunto para se compreender o surgimento desta temática nos debates ao redor do mundo até a sua chegada ao Brasil e, então, de que forma foi adotada pelos principais Tribunais, doutrinadores e, em última instância, pelo conjunto normativo do país.

Enfim, elucidadas as duas bases necessárias para o prosseguimento do tema, será introduzido o objeto principal deste estudo: o embate entre ambos os princípios.

A aplicação prática destes princípios, por mais que não sejam integralmente opostos e inconciliáveis, tem demonstrado ser cada vez mais desafiadora para a Administração Pública, que, tendo em vista o aumento do rol de direitos fundamentais e a inversamente proporcional estagnação da infraestrutura nacional, por vezes se vê em uma posição de impossibilidade de garantir aos seus administrados o que lhes deveria ser assegurado, situação que, por óbvio, se repete quando analisada apenas a situação da saúde no país.

No mais, tal problemática será também verificada sob a ótica da pandemia de COVID-19, que assola o planeta desde 2020¹ e, especial e infelizmente, o Brasil, escancarando ainda mais esta problemática e levando ao limite a incongruência entre a quantidade de pessoas demandando alguma forma de atendimento médico ou hospitalar e a capacidade do Estado de suprir estas necessidades.

À vista disto, buscará se compreender o papel do Poder Judiciário neste embate entre mínimo existencial e reserva do possível ou, em última instância, no conflito entre cidadão e Poder Executivo, e quais são os resultados práticos desta constante judicialização das demandas envolvendo a saúde.

Todavia, apesar de tal atuação demonstrar ser inevitável, será analisada também a sua perspectiva desproporcional e distante de fornecer resoluções efetivamente satisfatórias ou concretas, fomentando questionamentos acerca de uma

¹ Pandemia do novo coronavírus foi decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e anunciada pelo seu diretor-geral, Tedros Ghebreyesus, em 11/03/2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em: 07 de agosto de 2022.

eventual inobservância a tripartição dos poderes, da judicialização excessiva no país e, dentre outras questões, das limitações que deveriam ser impostas ao Poder Judiciário especialmente quando atuando como agente fiscalizador dos demais poderes.

Por fim, exposto todos os pontos importantes para o questionamento levantado, tentará se diagnosticar de que forma o judiciário de fato deveria atuar nestes cenários a fim de gerar o maior proveito à sociedade, mas sem impactos negativos ou exigências impossíveis aos demais poderes, tampouco ferindo a tripartição dos Poderes estabelecida na Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988).

2 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Apesar de amplamente reconhecido nos dias de hoje como um dos principais temas de trabalho, preocupação e demanda para a Administração Pública, independentemente do grupo político que esteja no exercício do poder, outrora, a saúde era assunto meramente secundário no país.

Desde a época ainda como colônia portuguesa até meados do século XX, a história da saúde pública brasileira se caracterizava por condutas carentes de qualquer coordenação, caracterizando-se por interesses totalmente pontuais e sempre em esferas regionais.

Exemplificando perfeitamente esta perspectiva, insta recordar o dispositivo presente na Constituição Imperial de 1824, o qual restringia a saúde ao mero conceito de socorros públicos, como se verifica a seguir:

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.
(...)
XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

De igual modo, importa rememorar o disposto na Constituição de 1891, primeira elaborada já sob o regime republicano, que, por sua vez, limitava-se a implicar a saúde como parte integrante da segurança individual, como segue:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Assim, nítido que, reitere-se, apesar de já figurar como assunto constitucional, a saúde sequer possuía tratamento individualizado no ordenamento.

Ocorre, no entanto, que o constante aumento demográfico dos municípios brasileiros, ainda mais quando contraposto com a estagnação da infraestrutura das cidades à época, exigia cada vez mais uma atuação não só mais contundente e ampla do poder público, mas também mais eficiente, a fim de enfim estabelecer uma relação mais próxima e coesa com a sociedade.

Todavia, é justamente nos moldes da problemática supramencionada, principalmente quanto à desconexão entre Administração e administrados, que se originou a chamada Revolta da Vacina, ocorrida em 1904 na cidade do Rio de Janeiro,

à época capital da república, em um cenário em que, diante da morte de mais de quatro mil habitantes² vítimas de varíola, o Poder Público aprovou projeto de lei versando sobre a obrigatoriedade de vacinação, o que, complementado pelas demais reformas urbanas unilateralmente praticadas pelo governo, fomentou a mobilização social e sua insurreição em prol da revogação de tais mudanças.

Evidenciada a realidade insustentável da saúde no país, tanto pelos parâmetros médico-científicos, como pelo aspecto puramente social, aliada ao interesse na modernização do país, restou clarividente a necessidade de se alterar a abordagem a ser utilizada e aprofundar a atuação estatal na área da saúde de modo a se viabilizar maior agilidade, coordenação e eficiência nas medidas de prevenção e combate às mazelas enfrentadas pela sociedade.

Desta forma, a cronologia histórica da saúde brasileira³ tem como marco o ano de 1920, no qual é criado por Carlos Chagas o Departamento Nacional de Saúde Pública⁴, que, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 14.189, de 26/05/1920 e aprovado pelo Decreto nº 14.354, de 15/09/1920, constituiu marco significativo no progresso brasileiro, vez que enfim se buscou aplicar uma política de saúde uniforme, centralizada e abrangente.

Em continuidade, no ano seguinte, ampliou-se as atividades de cooperação entre o governo federal e os estados por meio do Decreto nº 15.003, de 15/09/1921, que restou conhecido como a Reforma Carlos Chagas.

Ademais, ainda prosseguindo com a institucionalização da saúde pública no país, com o início da Era Vargas em 1930, adveio, enfim, a criação do Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública⁵, ao qual foram transferidos os serviços relacionados à saúde pública na alçada nacional.

Além do acima frisado, este mesmo período destacou-se também pela promulgação da Constituição de 1934, que, dentre suas outras inovações, caracterizou-se por estabelecer competência concorrente entre a União e os Estados para tratar da saúde e assistências públicas, bem como por fazer referência ao direito

² Apud BASTOS, Arthur de Souza. JÚNIOR, Ricardo Oliveira da Silva. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. Disponível em: <<https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-constitucional/a-evolucao-do-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em: 09 ago. 2022.

³ BRASIL, Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica#:~:text=Em%201988%2C%20nova%20ordem%20jur%C3%ADica,o%20direito%20individual%20e%20social.>>. Acesso em 08 ago. 2022.

⁴ Lei nº 3.987, de 02/01/1920

⁵ Decreto nº 19.402, de 14/11/1930

à saúde na área trabalhista, sendo considerada, portanto, como a Carta constitucional que mais havia abordado o tema até então, como segue:

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

No entanto, o diploma constitucional acima teve breve longevidade, tendo em vista que fora substituído pelas Constituições de 1937, durante o Estado Novo, de 1946, já após a retomada do regime republicano e democrático, e 1967, promulgada no decurso da Ditadura Militar, que se assemelham por possuírem, quanto à saúde, dispositivos definindo a matéria como sendo de competência exclusiva da União, de modo que simbolizaram grande estagnação na evolução normativa e social do tema no país, destacando-se neste intervalo, apenas, a criação do específico Ministério da Saúde, ocorrida em 1953⁶.

Pois bem, após o término do período ditatorial brasileiro em 1985 e o início do processo de redemocratização do país, convocou-se, por meio da Emenda Constitucional nº 26, a Assembleia Nacional Constituinte que originou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), positivando, enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana e, à vista disso, o rol de direitos fundamentais, o qual foi consignado como cláusula pétrea e, pela primeira vez na história do país, englobou a saúde.

Para mais, a Carta Magna vigente não se reduziu a genericamente assegurá-lo, tratando também de buscar alternativas detalhadas para garantir a sua efetivação perante a sociedade, conforme se verifica na Seção II, que compreende os artigos 196 a 200, intitulada “DA SAÚDE” e dentre os quais há de se apontar a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei nº 8.080, de 19/09/1990, que

⁶ Lei nº 1.920, de 25/7/1953

instrumentalizou o sistema de saúde pública universal, efetivando, assim, o determinado pelo art. 196, *in verbis*:

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.

Portanto, nota-se que com o decorrer das décadas, o direito à saúde foi paulatinamente sendo desenvolvido no país, partindo de uma ótica totalmente secundária até se tornar uma prioridade constitucionalmente prevista, operacionalizada, intransmissível pelo Estado e, em tese, de acesso universal.

3 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1 CONCEITUAÇÃO

Consoante o que foi brevemente elucidado em tópico anterior, o princípio do mínimo existencial ou mínimo vital consiste, em resumo, em um rol de elementos básicos imprescindíveis e indispensáveis que todos os indivíduos têm direito a acessar a fim de viabilizar, ao menos, uma mínima qualidade de vida.

Preceitua Luis Roberto Barroso sobre tal princípio:

(...) corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.⁷

Todavia, nota-se que este núcleo essencial de direitos fundamentais não se restringe à uma simples interpretação literal do que seria um mínimo vital, na medida em que não busca meramente preservar a vida da população, mas sim, como já exposto, garantir que seus cidadãos tenham qualidade e dignidade em suas vidas.

Em outras palavras, certo é que o limite mínimo ao qual o poder público deve se ater não é simplesmente assegurar a sobrevivência de seu povo, devendo, de igual modo, viabilizar os subsídios estruturais, sociais e culturais para que possam viver em dignidade.

Acerca deste prisma, insta destacar o brilhantemente exposto por Miguel Ekmekdjian, doutrinador argentino:

Se realizarmos uma enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea. Implica uma transposição de lugares. De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade em um ser inerte, em uma pedra, ou em um vegetal. Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente de um enfoque biológico), nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era vida a dos escravos tratados como animais que servem para trabalhar e reproduzir-se? Biologicamente sim, mas eticamente não.⁸

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Parecer: Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 63, 2008, p. 320-344

⁸ Apud NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Direito ao mínimo existencial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire

Desta forma, importa reiterar: o princípio de mínimo existencial supera uma ótica de necessidades meramente biológicas da população ou, nas palavras de Daniel Sarnento, “o mínimo não pode se limitar às condições necessárias à sobrevivência física”⁹, demandando uma abrangência mais ampla e profunda de políticas e serviços públicos.

Portanto, nítido que se trata de princípio intrinsecamente correlacionado ao da dignidade da pessoa humana, norte da CRFB/1988 e previsto em seu art. 1º, inciso III¹⁰; sendo certo que busca justamente instrumentalizar os meios necessários para que essa possa ser garantida. Desta forma, objetiva traçar o piso mínimo que deverá ser ofertado pelo Estado nos diferentes campos da vida humana para que os cidadãos tenham sua dignidade não apenas respeitada, mas fomentada.

Então, demonstrada a necessidade de observância ao mínimo existencial, não restam dúvidas que incuso também está o direito à saúde, fixando, por conseguinte, a exigência de disponibilização, pelo poder público, de fácil acesso a saúde a todos os seus indivíduos sem qualquer distinção.

Entretanto, é inquestionável que não basta a simples consignação do direito à saúde dentre o rol de direitos fundamentais a serem assegurados, sendo necessário, como já mencionado anteriormente, que seja descrita como se dará a efetivação de tal princípio, isto é, quais serão os instrumentos empregados para se alcançar este fim, e é justamente deste ponto que decorrem os principais questionamentos concernentes ao tema.

Apesar de alguns serviços possuírem obrigatoriedade pacífica no senso comum, como, por exemplo, a necessidade de se ofertar atendimento básico, como praticado nas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), algumas áreas como o auxílio farmacêutico e os tratamentos específicos e de patologias mais raras levantam divergências se, de fato, são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna

(coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/512/edicao-1/direito-ao-minimo-existencial>. Acesso em 08 ago. 2022

⁹ SARNENTO, Daniel. O Mínimo Existencial. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 p. 1657

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

sob uma ótica generalizada do país.

Em síntese, a hesitação é gerada pela seguinte dúvida: quais seriam os serviços que realmente deveriam ser ofertados ou financiados pelo poder público para que a saúde no país fosse considerada universal e digna?

De prontidão, frisa-se: não há como apresentar um guia taxativo.

Em que pese existirem pontos gerais que devem estar normativamente previstos, como será mais bem abordado em seguida, é patente que o legislador jamais seria capaz de prever todas as situações passíveis de ocorrer, tampouco teriam capacidade técnica para tal ou o Estado estaria apto a arcar com todos estes cenários, de modo que, não obstante o zelo e importância desta temática, sempre será circundada de questionamentos e conflitos.

À vista de tudo que fora destacado, resta claro que o direito à saúde é, sim, previsto como um dos direitos fundamentais integrantes do mínimo existencial e que, portanto, é – e, em se tratando de cláusula pétrea constitucional, deverá continuar sendo – garantia de todos os indivíduos no país, mas suas especificidades deverão ser analisadas de forma mais ampla e técnica.

3.2 DISPOSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio acima exposto tem como um de seus primeiros e mais importantes alicerces a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948, a qual, por meio de seu art. 25, estabeleceu:

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No entanto, foi explicitamente mencionado pela primeira vez apenas em 1975, pelo Tribunal Constitucional Alemão que, em suma, entendeu que o Estado deveria não só garantir aos indivíduos hipossuficientes condições básicas para uma sobrevivência, como também teria de adotar meios para que pudessem ser inseridos na sociedade, propiciando, então, uma existência humana minimamente digna.

Seguidamente, no Brasil, precisamente com relação ao direito à saúde, a

promulgação da CRFB/1988 trouxe, além do já citado art. 196, o dispositivo previsto no art. 6º, que definiu, *in verbis*:

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

Ademais, o princípio em especial foi também reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), consoante entendimento fixado pela Ministra Carmen Lucia:

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.¹¹

Desta forma, o direito à saúde, analisado como parte integrante do mínimo vital, passou, desde então, a ser classificado como direito fundamental de todos os indivíduos no país, ou seja, concretizando-se como bem jurídico constitucionalmente tutelado e de obrigação indisponível do Estado.

Em complemento à isto, a fim de operacionalizar esta atuação, concebeu-se a criação do SUS, sendo regulamentado pelos demais artigos presentes na Seção II, da CRFB/1988 e nas normas infraconstitucionais posteriormente publicadas, dentre as quais há de se ressaltar a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19/09/1990), que tratou de estruturar o SUS, determinar as suas atribuições, definir as matérias competentes a cada ente da federação e elencar os seus princípios norteadores, dentre os quais se destacam como clara e evidente decorrência do mínimo vital e da dignidade da pessoa humana os seguintes incisos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 684445. SP, Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 17/05/2012. Acesso em 08. ago 2022.

- (...)
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- (...)
- VIII - participação da comunidade;
- (...)

Ademais, também cumpre ressaltar que, em virtude do disposto no art. 87, parágrafo único, inciso II, da CRFB/1988¹², compete ao Ministro da Saúde expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos relacionados ao tema da saúde no Brasil. Portanto, integram também o ordenamento jurídico pátrio os diferentes atos normativos praticados por este órgão, que, em regra buscam estabelecer enunciados mais específicos e relacionados a situações práticas, como, por exemplo, a relação nacional de medicamentos essenciais, a instituição de políticas nacionais de atenção à determinadas doenças ou a aprovação de diretrizes para atenção integral a pessoas diagnosticadas com determinadas patologias, bem como os incentivos financeiros de custeio para cada programa.

Portanto, ainda que, como já frisado, seja impossível prever todas as situações em que a assistência à saúde seja necessária ou incluir todos esses eventuais cenários em políticas públicas, nota-se que o mínimo existencial se encontra amplamente previsto nos diferentes elementos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

¹² Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

4.1 CONCEITUAÇÃO

Conforme aludido no capítulo introdutório, o princípio da reserva do possível, em suma, trata-se de uma prerrogativa estatal que busca condicionar a adoção de políticas públicas à necessidade de, previamente, observar-se os elementos logísticos e orçamentários que podem vir a limitar à Administração Pública, bem como examinar a razoabilidade do pedido formulado.

Sobre este ponto, melhor esclarecem Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.¹³

Ademais, ainda sob o prisma fortemente influenciado pela doutrina alemã, especialmente na figura de Konrad Hesse¹⁴, a reserva do possível surge também como uma afirmativa para evitar a inclusão desarrazoada de direitos no texto constitucional, na medida em que, por óbvio, o Estado jamais será capaz de suprir a integralidade das infinitas demandas passíveis de postulação pela sociedade, de modo que, uma positivação impensada inevitavelmente ocasionaria normas vazias, não passando de meras promessas frustradas e que sequer gerariam algum real benefício à sociedade ou quaisquer outros efeitos práticos.

Complementando esta visão, importa ressaltar o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, que esclarece: “a expressão reserva do possível procura identificar o

¹³ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 09 ago. 2022.

¹⁴ Apud ISMAIL FILHO, Salomão. Reserva do possível não é somente cálculo matemático. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/mp-debate-reserva-possivel-nao-somente-calculo-matematico>>. Acesso em: 09 ago. 2022..

fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”¹⁵.

Do mesmo modo, a reserva do possível se caracteriza, além do já exposto, pela íntima correlação com os nortes da proporcionalidade e razoabilidade, vez que, para que seja o Estado compelido a conceder a pretensão formulada pelo indivíduo não basta estar a postulação em concordância com o orçamento público, devendo, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, estar dentro dos limites do que pode ser razoavelmente exigido da sociedade¹⁶.

Certo é que, ainda que o Estado possua os recursos mínimos necessários para suprir o reclamo a ele apresentado, não deve automaticamente o fazer, sendo incontroverso que o desembolso da verba pública precisa estar alinhado com os princípios constitucionais supramencionados, ou seja, a concessão das pretensões sociais não pode se fundamentar em mera questão de viabilidade matemática dentro do orçamento público.

Em contrapartida, também há de ser ressalvado que não deve – ou sequer poderia – este princípio ser insinuado como simples forma de se mascarar a má administração e gestão de recursos pelo poder público.

Ora, evidente que “não se podem exigir prestações materiais de quem não tem condições financeiras de supri-las ou executá-las” (ISMAIL FILHO)¹⁷, no entanto, sabe-se que integra o rol de deveres estatais justamente o planejamento e arrecadação para que haja condição financeira necessária para assegurar os direitos fundamentais de seus cidadãos, principalmente, como já exposto, quanto ao seu mínimo existencial.

Ou seja, a Administração Pública, ainda que possua a prerrogativa da reserva do possível, não pode a utilizar como forma de se eximir de suas obrigações junto à população.

Em relação a este tópico, questiona José Joaquim Gomes Canotilho:

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277.

¹⁶ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 09 ago. 2022..

¹⁷ ISMAIL FILHO, Salomão. Reserva do possível não é somente cálculo matemático. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/mp-debate-reserva-possivel-nao-somente-calculo-matematico>>. Acesso em: 09 ago. 2022.

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica¹⁸

Em outras palavras, a carência dos cofres públicos, isoladamente, jamais deverá ser aceita como justificativa para a precariedade na disponibilização dos direitos fundamentais.

Assim sendo, infere-se que, para que se possa recorrer à tal princípio, deve-se, primeiramente, demonstrar ter sido realizada uma efetiva análise econômica do direito, ou seja, ainda de acordo Salomão Ismail Filho, deve a Administração Pública comprovar que “foi investido tudo o que era possível, pelo governante, à luz da arrecadação financeira da entidade pública em questão”, atestando, desta forma, que de fato era o Estado incapaz de praticar qualquer ação mais satisfatória do que a que foi feita.

Portanto, a reserva do possível não pretende validar irrestritamente a negligência da Administração Pública nas suas obrigações com os administrados, mas sim buscar, de forma razoável e proporcional, um equilíbrio entre os deveres do poder público e a realidade organizacional, orçamentária e logística na qual se encontra.

4.2 DISPOSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Do mesmo modo ocorrido com o princípio do mínimo existencial, a reserva do possível é originária da doutrina alemã e foi explicitamente reconhecida pela primeira vez apenas em 1972, também pelo Tribunal Constitucional Alemão que, ao analisar as normas que regulamentavam o ingresso de alunos nos cursos superiores de medicina nas universidades do país, entendeu pela possibilidade de se restringir o acesso, tendo em vista que, diante do exaurimento da capacidade de ensino de tais cursos, não seria razoável simplesmente despender verba pública para viabilizar o acesso incondicional de todos os seus cidadãos, garantindo, então, uma chamada cláusula de reserva do possível ao Estado.

Transportando tal conceito ao Brasil, como indicado no ponto anterior, percebe-se o surgimento de diferentes correntes doutrinárias sobre o tema, dentre as quais se

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. P. 481.

pode verificar a destinação quanto ao foco principal, na medida em que algumas se debruçam majoritariamente quanto a questão da razoabilidade da pretensão individual em face do poder público, enquanto outras, atentando-se mais aos gargalos de infraestrutura e a flagrante desigualdade social no país, buscam tratar dos aspectos mais práticos e interligados às questões orçamentárias e logísticas.

De todo modo, independentemente do enfoque utilizado para se analisar ou de eventuais controvérsias, não restam dúvidas que essa cláusula estatal já se encontra enraizada no país, ultrapassando o mero âmbito doutrinário e alcançando também os principais Tribunais ao redor do país e, por conseguinte, a vida dos cidadãos brasileiros.

Sobre estes principais pontos, o STF firmou, em 2004, posicionamento importantes para a compreensão e aplicação deste teoria no país, unificando os requisitos apresentados pela doutrina, conforme se verifica no fragmento a seguir colacionado:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo¹⁹.

Desta forma, a teoria da reserva do possível teve seus requisitos essenciais devidamente estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que, justamente por não ser admitida em sentido amplo, fica o Poder Público condicionado a comprovar a existência destes requisitos para que possa efetivamente fazer uso desta prerrogativa.

Ou seja, em outras palavras, a sua aplicação demanda uma análise de caso a

¹⁹ STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191

caso para que se verifique – ou não – o seu cabimento.

Contudo, cabe mencionar que, em se tratando de matéria extremamente complexa e abrangente do direito brasileiro, ainda mais quando analisando temas sensíveis como o direito à saúde, certo é que a verificação dos requisitos esclarecidos acima não se dá de forma mecânica e simples, muito pelo contrário, como será mais bem abordado a seguir, as limitações de sua atuação e as obrigações estatais estão em constante divergência e conflito, exigindo soluções cada vez mais interdisciplinares entre os três Poderes.

5 CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS

5.1 A PROBLEMÁTICA

Recapitulando os conceitos antes apresentados neste trabalho, tem-se que o princípio do mínimo existencial consiste no estabelecimento de um conjunto de elementos básicos necessários para se garantir que todos os indivíduos possam viver de maneira digna, enquanto a teoria da reserva do possível, por sua vez, é uma construção doutrinária adotada pelos Tribunais para impedir que o Poder Público seja arbitrariamente impelido a assentir todas as pretensões de sua população, determinando, para tal, que estas reivindicações estejam sempre dentro de um limite de razoabilidade e que sejam factíveis diante do planejamento orçamentário estatal.

Ocorre, no entanto, que, apesar de não serem integralmente incompatíveis, tendo em vista a complexidade do tema, sobretudo quanto ao direito à saúde, estes ideais estão em recorrente conflito.

Explica-se.

Conforme apontado em seu capítulo específico, o mínimo vital é dotado de pontos claramente em senso comum, isto é, que o simples bom senso social é suficiente para impedir eventual discussão sobre a inclusão ou manutenção destes serviços no rol de obrigações estatais, como, por exemplo, a necessidade do Estado ofertar as principais vacinas à sua população ou prestar atendimento de emergência nas UPAs.

Ocorre, no entanto, que é manifestamente impossível prever e estipular normativamente todas as possíveis situações nas quais os indivíduos em uma sociedade poderiam precisar de apoio do serviço universal de saúde, logo, invariavelmente existirão lacunas no ordenamento jurídico, mesmo em se tratando de casos de gravidade substancial.

Destarte, sempre haverão casos nos quais alguns cidadãos precisarão postular diretamente junto à Administração Pública algum serviço de saúde, seja com relação a exames, tratamentos ou fornecimento de medicamentos.

Ainda assim, sabe-se que o Estado possui papel de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, logo, neste cenário em específico, é o responsável por analisar, arrecadar, organizar e estruturar o sistema de saúde para que este seja suficiente para atingir todo o seu povo, conservando, assim, a sua saúde

e, conseqüentemente, contribuindo para a dignidade da pessoa humana.

Porém, como recém apontado, ainda que seja um direito fundamental e de todos os cidadãos, é inexigível que o Estado esteja preparado para receber todas as pretensões da população concernentes à saúde, promovendo, justamente nestas lacunas, o debate acerca do limite de sua atuação.

Em suma: os recursos públicos são finitos, enquanto as demandas sociais serão sempre infinitas.

Sobre este prisma, portanto, surgem os questionamentos relativos à reserva do possível, não como simples forma de desobrigar o Estado a garantir os direitos fundamentais, mas sim buscando se discutir qual seriam as formas mais eficientes de realizar a garantia destes direitos.

Neste tema, frisa Luis Roberto Barroso:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.²⁰

Em outras palavras, ainda seguindo os ensinamentos do ilustre operador do direito citado acima, o debate crítico não é sobre um conflito entre o direito à saúde dos indivíduos contra o direito ao planejamento logístico e financeiro do Estado, mas sim, em última instância, uma oposição do "*direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros*".

A complexidade do assunto parte justamente da dificuldade em se deduzir quais políticas públicas adotadas pela Administração surtirão mais efeitos positivos na sociedade de um modo geral, mas conservando o mínimo universal.

Ora, levando-se em consideração a obrigação estatal em conservar a todo custo a dignidade da pessoa humana, deve o Poder Público buscar solucionar todos os problemas trazidos individualmente pela sua sociedade, contudo, ciente da insuficiência de recursos públicos, também deve objetivar a adoção de políticas sociais com enfoques gerais, de modo a maximizar o custo benefício.

Nítido, desde já, que a problemática mais uma vez não aparenta possuir uma única resposta correta, tampouco alguma solução simples.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Parecer: Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 63, 2008, p. 320-344

Neste cenário conflituoso, então, é que o Estado se vê em uma posição de, direta ou indiretamente, ter de privilegiar alguns serviços em detrimento de outros, conseqüentemente, beneficiar parcela da sociedade em prejuízo das demais, seja por seu próprio despreparo, seja por escassez dos recursos públicos necessários.

5.2 AGRAVAMENTO COM A PANDEMIA DE COVID-19

Como se não bastasse a situação já embaraçosa na qual se encontrava o sistema público de saúde brasileiro, evidentemente não há como se ausentar de mencionar o agravamento proporcionado pela pandemia do novo coronavírus, que desde o início de 2020 assola o mundo e, de forma especialmente severa, o Brasil.

De acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Saúde²¹, até às 17 horas e 25 minutos do dia 09 de agosto de 2022, o país apresentou um total de 34.066.000 (trinta e quatro milhões e sessenta e seis mil) casos confirmados de contaminação do vírus e 680.531 (seiscentos e oitenta mil, quinhentos e trinta e um) óbitos confirmados, significando uma taxa de letalidade para a doença de 2% (dois por cento).

Além disto, conforme dados fornecidos pelas secretarias de saúde estaduais e do distrito federal e analisados pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ)²², a pandemia de Covid-19 ocasionou o maior colapso sanitário e hospitalar da história brasileira, alcançando patamar igual ou superior a 80% (oitenta por cento) de ocupação dos leitos disponíveis no SUS.

Para mais, se não já suficientes os números alarmantes acima elencados, insta recordar que o colapso da saúde atingiu o país de forma totalmente abrupta, de modo que sequer houve tempo hábil para alguma preparação mínima ou estabelecimento prévio de políticas de contenção, controle e combate à doença.

Haja vista este cenário caótico, o acesso à saúde, não obstante seguir sendo direito fundamental constitucionalmente previsto, passou a ser ainda mais desigual e de difícil acesso pela população em geral.

O Estado, por sua vez, também se viu em uma posição ainda mais fragilizada e de impotência, tendo em vista que, se anteriormente já era necessário priorizar parcelas sociais em detrimento de outras, na conjuntura de pandemia a escolha de

²¹ Dados atualizados em tempo real pelo sítio eletrônico <https://covid.saude.gov.br/>

²² Dados disponíveis em <https://portal.fiocruz.br/noticia/observatorio-covid-19-aponta-maior-colapso-sanitario-e-hospitalar-da-historia-do-brasil>

pacientes hospitalizados, por exemplo, chegou a ser literal²³, enquanto, por vezes, sequer foi capaz de realizar qualquer escolha, ante a enxurrada exponencial de novos casos.

Assim, o conflito entre mínimo existencial e reserva do possível alcançou patamares extremos no país, atingindo níveis em que a prerrogativa estatal sequer era aplicada de forma intencional, muito pelo contrário, o Poder Público reconhecia a necessidade de se acolher os indivíduos contaminados e buscar conter a disseminação do vírus, no entanto, não encontrava meios para tal, ainda mais se observada a diminuição da verba pública ocasionada pelos fortes impactos da pandemia nos demais setores.

Portanto, apesar de evidentemente se tratar de cenário de crise excepcional, ultrapassando o que se consideram necessidades sociais usuais, a pandemia do novo coronavírus escancarou a problemática que busca se expor neste trabalho, levantando questionamentos acerca da real efetividade do direito à saúde como parte integrante do mínimo vital quando contraposto à teoria da reserva do possível no Brasil.

²³ BERTONI, Estêvão. As 'escolhas de Sofia' dos médicos nas UTIs lotadas pela covid. Nexo. 30 mar. 2021. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/03/30/As-%E2%80%98escolhas-de-Sofia%E2%80%99-dos-m%C3%A9dicos-nas-UTIs-lotadas-pela-covid> > Acesso em 10 ago. 2022

6 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

6.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Evidenciado o problema que se enfrenta no Brasil e já tendo sido repetidamente apontado ao longo deste trabalho que a judicialização é uma das principais ferramentas utilizadas como forma de exame e tentativa de solução deste óbice, importa, antes de se debruçar especificamente sobre a maneira que tem sido praticada, esclarecer o seu arcabouço teórico.

Recorda-se que ao final do período ditatorial militar brasileiro, que perdurou de 1964 a 1985, tornou-se flagrante a necessidade de promulgação de uma nova constituição federal para que se pudesse efetivamente romper com os laços da opressão e, então, consolidar os conceitos essenciais ao estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

Nestes moldes, sob este viés de ruptura com a ditadura e de enfoque na defesa dos direitos fundamentais individuais, bem como ao reencontro com os ideais democráticos outrora menosprezados, foi preparado o texto constitucional que após aprovação, gerou a renomada Constituição Cidadã de 1988.

Pois bem, dentre os seus principais pontos concernentes à defesa da democracia, nota-se, já de início, o dispositivo presente em seu art. 2º, que determina que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Em complemento a isto, explicita, em seu art. 60, § 4º, inciso III, que não poderá ser objeto de deliberação qualquer proposta que busque abolir a separação entre os poderes.

Desta forma, basta breve leitura do diploma normativo em comento para se verificar que o Poder Constituinte não poupou esforços para enraizar de forma fixa e imutável a tripartição dos poderes no país, objetivando conservar o equilíbrio institucional, inibindo, assim, que episódios como o de 1964 voltassem a ocorrer.

Para conseguir estruturar a divisão do poder no país, então, partiu-se de duas noções chaves, a primeira consiste na especialização funcional, isto é, a compartimentação da unidade de poder de acordo com as funções que foram designadas para cada; enquanto a segunda, por sua vez, tratava-se da ideia de independência orgânica, ou seja, na vedação de qualquer subordinação entre os

poderes.

Especialmente quanto à especialização funcional, foi atribuída a cada poder uma área de atuação primeira, que restou denominada como sendo o seu rol de funções típicas, que resumidamente, foram: ao Legislativo, a função de produzir o regramento jurídico que será aplicado no Estado; ao Executivo, o papel de, observando o regramento jurídico criado, administrar o país e seus cidadãos, e; ao Judiciário, a incumbência de, também com fulcro nas normas estabelecidas, julgar as causas envolvendo seus cidadãos ou o próprio Poder Público.

Acontece que, como mencionado anteriormente, o objetivo maior da tripartição entre os poderes era assegurar o equilíbrio entre as instituições, inibindo a subordinação entre elas e, portanto, conservando a própria democracia, entretanto, certo é que, para que este fim seja alcançado, a independência entre tais poderes não pode ser compreendida de forma absoluta, vez que, para que se assegure que todos os poderes estão cumprindo para com as suas obrigações, deve haver fiscalização constante entre os próprios.

Sobre a independência entre os poderes, aponta José Afonso da Silva:

“De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”²⁴

Agregando ao conceito do sistema de contrapesos e freios institucionais e retomando a preocupação com o passado ditatorial não tão distante, assevera Alexandre de Moraes:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.²⁵

Dessarte, verifica-se que, a exemplo da temática referente ao gozo ao direito à

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 112.

²⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

saúde quando confrontado com a cláusula da reserva do possível, cenário marcado pela interferência do Poder Judiciário nas atividades do Poder Executivo, a intervenção de um poder no outro encontra, sim, amparo no ordenamento jurídico pátrio, desde que, por óbvio, possua justificativa plausível e não ultrapasse a limitação legal.

Porém, ocorre que a judicialização do direito à saúde neste contexto passou a se intensificar cada vez mais com o decorrer dos anos, deixando de lado o papel de excepcionalidade e pontualidade, nos moldes esclarecidos acima, e, na prática, passando a ser utilizada como instrumento automaticamente invocado para basicamente qualquer caso de contrariedade popular quanto ao retorno estatal de suas pretensões.

Deslindando esse cenário, frisa-se:

A progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para sua efetivação. A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde.

(...)

No entanto, nos últimos anos, o Judiciário buscou se debruçar de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem buscado fazer que este ato não seja necessariamente uma decisão “solitária”. O crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica.²⁶

Portanto, como será questionado no tópico seguinte deste trabalho, surgem questionamentos se o atual panorama, na verdade, não consiste em forma, ainda que em menor grau, de usurpação de competência, de modo que deixa o Poder Executivo de conseguir estruturar as políticas sociais que entende serem necessárias, uma vez que a função típica de administrar o país, originalmente atribuída apenas ao Executivo, passa a ser desempenhada também pelo Judiciário e sua força coercitiva.

²⁶ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.p.9.

6.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOS EFEITOS PRÁTICOS

A fim de exemplificar a temática trazida acima e demonstrar qual o atual posicionamento predominante na Jurisprudência brasileira, colaciona-se compilado de fragmentos coletados em importantes decisões acerca do assunto nos Tribunais ao redor do país.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

“é pacífico o entendimento do STF no sentido de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.” (STF - RE: 1309689 TO 0022239-10.2019.8.27.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 25/02/2021, Data de Publicação: 02/03/2021)

APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO À SAÚDE. EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO RESERVA DO POSSÍVEL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PROVA TÉCNICA NÃO IMPUGNADA. 1. É solidária entre os entes da Federação e tem assento constitucional a responsabilidade pelo fornecimento dos produtos e serviços públicos de saúde, o que não tolera exceções por lei e tampouco por normas administrativas, as quais se limitam a distribuir responsabilidades internamente e não servem de fundamento para negar direitos perante os interessados (STF, SL 47 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJ 30.04.2010). 2. É papel do Poder Judiciário delimitar o núcleo duro dos direitos fundamentais, apontando quais produtos ou serviços de saúde são essenciais. Nesse contexto, o direito à saúde é judicialmente exigível da Administração, não apenas por omissão administrativa (em que o dever de prestação está prevista em lei), mas também por omissão legislativa, sempre que a essencialidade da prestação (mínimo existencial) estiver demonstrada. Porém, com efeito, o fenômeno da judicialização da saúde pública nem sempre diz respeito à jurisdição constitucional, porque grande parte dos conflitos referentes à oferta de produtos ou serviços de saúde se relaciona com a efetivação, pela Administração, de políticas de saúde já existentes em lei (STF, Segunda Turma, AI 734487 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ. 20.08.2010 3. A ?reserva do possível- (unter dem Vorbehalt des Möglichen), segundo um precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 33, 303), diz respeito a direitos de beneficiar-se de prestações do Estado já existentes, dos denominados direitos fundamentais derivados (grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe), como por exemplo, os de participar de vagas existentes em universidades públicas, e que se pode

razoavelmente exigir da sociedade, ou seja, dentro dos recursos orçamentários. Isso não se confunde com os direitos fundamentais originários, que obrigam o legislador a criar prestações ainda não existentes. Nesse contexto, a falta de orçamento público não obsta a exigibilidade judicial do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, tratando-se de prestações de saúde vinculadas à lei (direitos fundamentais derivados), a reserva do possível deve ser observada, nos limites do orçamento, mas, neste caso, compete à Administração comprovar - e não apenas alegar - que o orçamento não comporta a satisfação da pretensão do demandante. 4. O princípio da igualdade a ser observado pela Administração não serve de justificativa para negar direitos subjetivos. Realmente, conceder a um cidadão um direito que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo, rompe com a ideia de igualdade. Porém, o erro está na Administração não estender esse benefício e não no Judiciário reconhecer o direito. 5. Prova técnica quanto a necessidade do produto ou serviço de saúde não impugnada no recurso apresentado. 6. Negado provimento à Apelação e à Remessa Necessária. (TRF-2 - APELREEX: 00214938820054025101 RJ 0021493-88.2005.4.02.5101, Relator: RICARDO PERLINGEIRO, Data de Julgamento: 10/04/2012, 5ª TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 23/05/2012)

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MEDICO. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE. CIRURGIA ORTOPÉDICA. JÁ REALIZADA NO DECORRER DO PROCESSO. 1. Reserva do possível não significa a impossibilidade de judicialização de direitos sociais, mas simplesmente que a carência de recursos. e os custos das demandas devem ser consideradas em um cotejo com as necessidades dos titulares dos direitos sociais. 2. A medicina baseada em evidências traz a lume uma posição teórica e moral de que os médicos devem aliar a sua experiência médica com os conhecimentos teóricos balizados pela literatura médica mais atual. 3. Apelação conhecida e desprovida. (TRF-4 - AC: 12395 SC 2008.72.00.012395-4, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 10/11/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/02/2010)

No contexto de nosso país, onde o orçamento público é escasso e inúmeros direitos sociais não são efetivados a contento, é compreensível a judicialização que vem ocorrendo. Porém, imprescindível que a falta de razoabilidade na outorga do direito à saúde seja combatida, justamente para tornar o sistema de saúde pública viável e aplicável na sua plenitude, atingindo a universalidade e igualdade a que se propõe, prioritariamente ao hipossuficiente. Assim, nas questões envolvendo saúde deve o Poder Judiciário pautar a sua atuação com base em dois critérios norteadores, quais sejam, o princípio da reserva do possível, e os critérios de repartição de competências prevista constitucionalmente e em leis ordinárias. (STJ - AREsp: 1709005 SE 2020/0130341-2, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 15/12/2021)

Já evidente por esta pequena amostragem que, como também salientado em capítulo anterior, a Jurisprudência brasileira se pacificou quando à viabilidade de interferência do Poder Judiciário com o fito de buscar garantir o acesso à saúde à parte proponente das ações, afirmando que esta conduta não consiste em ofensa à repartição dos poderes ou em inobservância a independência de cada um destes.

Contudo, ainda que seja reconhecida a possibilidade de judicialização das pretensões ligadas à saúde, é importante pontuar que isto não significa inferir que o

Judiciário deva poder atuar arbitrariamente nas demandas, assumindo por completo a função de administrador do país.

É sabido que as políticas públicas destinadas à saúde são pensadas e aplicadas pelo Executivo por meio de diversos estudos e análises prévias para que se possa maximizar o retorno obtido pelo investimento da parcela da verba pública direcionada ao combate àquele problema. Ademais, justamente em virtude de o orçamento público ser finito, mas estar diante de uma infinidade de pretensões, não deve o orçamento estatal ser desarrazoadamente gasto, sob risco de, em razão do desejo institucional em tentar garantir a saúde em sua extensão máxima, acabar por esgotar ou diminuir a quantidade insuficiente a porção destinada à situação.

Em síntese, portanto, o Judiciário não deveria simplesmente arbitrar como o Executivo deveria se portar na garantia dos direitos fundamentais sem que haja uma análise sob uma ótica macro da questão, a fim de não ocasionar o benefício de alguns em detrimento da maioria.

Sobre este tema, insta juntar marco jurisprudencial do STF que perfeitamente ilustra a preocupação aqui exposta:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (...) inalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. (STF - SS: 3073 RN, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 09/02/2007, Data de Publicação: DJ 14/02/2007 PP-00021)

Assim, há de se atentar às consequências práticas dos atos do Judiciário, uma vez que, por óbvio, acaba por afetar não só os indivíduos postulantes ao direito, mas

também a sociedade de um modo geral, que, dependendo do caso concreto, pode ver sua maioria se beneficiar daquela nova garantia ou, em virtude da destinação da verba pública e da atenção institucional ao novo problema surgido, entender ter sido prejudicada em prol da satisfação de uma minoria.

Portanto, há de se reiterar, mais uma vez, que inexistente resposta simples, infalível ou genericamente aplicável para o questionamento relativo a judicialização da saúde no cenário de conflito entre mínimo existencial e reserva do possível, sendo necessário, repita-se, verificar-se as consequências de cada posicionamento firmado pelos Tribunais.

Indubitável que, apesar de substancialmente complexo, o emprego da Judicialização tem gerado efeitos práticos diretos e indiretos na sociedade, sejam positivos, sejam negativos, os quais são de importante análise para que possa se entender este fenômeno de forma mais profunda e ampla.

De início, tem-se como consequência primeira aquela que, em um primeiro momento, era literalmente o que se buscava: a fiscalização dos Poderes Executivo e Legislativo quanto ao uso injustificado da cláusula da reserva do possível.

Certo é que o desenvolvimento cada vez maior do sistema de freios e contrapesos entre os poderes propicia à população maior garantia do equilíbrio institucional e do devido cumprimento das obrigações de cada um.

Logo, como observado no capítulo da disposição no ordenamento jurídico do princípio da reserva do possível, verifica-se que a judicialização do assunto impediu o Estado, na figura do Poder Executivo, de se eximir de suas funções de garantidor dos direitos sob a justificativa de suposta impossibilidade prática de o fazer, vez que, para a validade desta argumentação, exigiu-se que fosse comprovado cabalmente que todo o investimento e mobilização possíveis foram feitos, impedindo o mero desapeço público para com os direitos fundamentais de sua população.

Todavia, evidente que, para que se possa usufruir dos benefícios ocasionados pela judicialização, o indivíduo deve ser ao menos capaz de a postular, o que, infelizmente, não é a realidade de grande parcela de brasileiros.

Ainda que o aumento substancial das ações judiciais referentes a saúde no Brasil²⁷, em superficial análise, ateste para um maior acesso à via judicial da

²⁷ De acordo com levantamento de dados publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, houve um, crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

população, é sabido que esta possibilidade ainda se restringe a minoria dos cidadãos no país.

De acordo com a Pesquisa Nacional de Defensoria Pública realizada em 2021:

(...)atualmente 86.113.341 habitantes não possuem acesso aos serviços jurídico-assistenciais oferecidos pela Defensoria Pública da União, em violação ao art. 134 da CRFB e à diretriz do art. 98 do ADCT. Dentro do quantitativo indicado, 78.151.410 são habitantes economicamente vulneráveis com renda familiar de até 3 salários mínimos, que potencialmente não possuem condições de realizar a contratação de advogado particular para promover a defesa de seus direitos.²⁸

Desta forma, no cenário que se desenhou no país no qual a efetivação do direito à saúde demanda, em muitos dos casos, ajuizamento de ação judicial, cerca de 78.151.410 (setenta e oito milhões, cento e cinquenta e um mil e quatrocentos e dez) habitantes não teriam acesso.

Quanto a esta disparidade, questiona Luis Roberto Barroso:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.²⁹

Não obstante, como crítica final, além do agravamento da desigualdade social, também há de se questionar a eventual desestruturação das políticas públicas geradas pela interferência desmedida do Poder Judiciário, que obviamente acarreta resultados totalmente ineficazes e insatisfatórios.

Como pontua Daniel Sarmento, esta crítica se fundamenta:

(...)no sentido de que os juízes não teriam capacidade técnica para decidir na área, que envolve políticas públicas complexas, e de que o processo judicial, pelas suas limitações, não seria o ambiente adequado para intervenções nessa seara, de modo que as decisões jurisdicionais, ainda quando muito

content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf >. Acesso em 10.ago.2022.

²⁸ Disponível em: <<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2021-eBook.pdf>>. Acesso em 11.ago.2022

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Parecer: Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 63, 2008, p. 320-344

bem intencionadas, podem prejudicar, ao invés de promover, a efetivação dos direitos sociais.³⁰

Pois, verifica-se, novamente, a preocupação do Poder Público com a judicialização excessiva, na medida em que o processo judicial, ainda que conduzido de maneira bem intencionada, por vezes apresenta limitações técnicas que o impedem de gerar resultados eficientes às partes e ao restante da sociedade.

Em outros termos, a efetivação do direito à saúde ultrapassa o simples desejo institucional em o fazer, demandando do Poder Público uma estratégia bem montada de como será pensado, sustentado e, enfim, ofertado à sociedade, não sendo possível, portanto, a solucionar por simples apresentação de comando judicial coercitivo que deixe de analisar as particularidades, causas e efeitos daquela decisão.

Deste modo, a tutela jurisdicional deve sempre se atentar à linha tênue entre não permitir o desrespeito ao direito constitucional à saúde, mas não promover impacto orçamentário desarrazoado ao ponto de danar as atividades já planejadas por parte do poder público e que precisam ser efetivadas por uso de determinadas políticas públicas ou, ainda, centralizar o acesso efetivo à saúde unicamente aos casos de judicialização, sob pena de agravar ainda mais o já precário cenário de desigualdade na sociedade.

Assentando esta complexa problemática, portanto, cita-se os ensinamentos de Daniel Carlos Neto:

Somente considerando cada caso concreto colocado em julgamento que será possível determinar, em última instância, a judicialidade de cada situação. Com efeito, é preciso saber reconhecer que, como um direito fundamental, o direito a saúde não é absoluto e, por isso, é passível de restrições quanto à sua aplicação pelo Poder Judiciário. É nesses limites que reside o maior desafio, pois para garantir o direito à saúde, deverá o Judiciário adentrar nas políticas públicas, ora estabelecidas pelo Executivo sem possibilitar ao direito fundamental individual, se sobrepor aos direitos de toda uma coletividade e ir além da própria CRFB³¹.

Em síntese, então, torna-se clarividente que, como repetidamente salientado ao curso deste trabalho, não há como se produzir uma resposta definitiva quanto à interferência judicial no âmbito de embate entre mínimo existencial e reserva do

³⁰ SARNENTO, Daniel. O Mínimo Existencial. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 p. 1670

³¹ CARLOS NETO, Daniel; Impactos da Judicialização na Saúde Pública. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento – Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Vol. 01, Ed. 01, Ano 01, pp: 15-20, Março de 2016. ISSN:2448-0959

possível, sendo certo que o exame deve ser feito minuciosa e especificamente a cada caso concreto apresentado à justiça do país para que, assim, tente se identificar a melhor conduta a ser tomada não só para beneficiar os litigantes, mas que seja refletida na sociedade como um todo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o que fora exposto, insta tecer alguns comentários finais.

Apesar das críticas à judicialização excessiva e as suas consequências na sociedade, não restam dúvidas que esse é em um movimento não só já estabelecido e enraizado na cultura jurídica do país, como em constante intensificação no Brasil, sobretudo após o início da pandemia do novo coronavírus, de modo que o enfoque do debate não deve mais ser a possibilidade ou não desta interferência, mas sim de que forma ela deve ser conduzida pelos operadores do direito.

A já citada pesquisa intitulada “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências”³², publicada pelo CNJ em 2015, levanta, ao seu final, alguns pontos a serem debatidos como forma de contornar os óbices presentes, aperfeiçoando a interferência do Judiciário neste tema, dentre os quais entendo estar presente a principal insinuação acerca da problemática.

É primordial o estabelecimento e fomento de um espaço de diálogo institucional entre os três Poderes. Como é sabido, apesar da tripartição de acordo com as especializações funcionais, os três Poderes são norteados pelos mesmos princípios e devem compartilhar dos mesmos objetivos para o país, o que, obrigatoriamente, precisa incluir a realização dos direitos fundamentais na maior extensão possível.

À vista disso, a questão da saúde não deve ser tratada como sendo de competência exclusiva de um e apenas passível de interferência dos demais, mas sim como uma temática imprescindível e geral, possibilitando, então, um debate em igualdade entre os três Poderes para que o atual cenário de assincronia e sua consequente desestruturação de políticas públicas seja transformado em um contexto de ações conjuntas e, portanto, mais eficazes, não apenas para remediação, como também quanto à prevenção.

Desta forma, é possível que as decisões judiciais estropeiem a fundamentação meramente literal dos textos constitucionais e infraconstitucionais, sendo caracterizadas também por elementos técnico-científicos, orçamentários, estruturais, logísticos, sociais, entre outros.

No mais, parafraseando a referida pesquisa, há de se incentivar também os mecanismos participativos da população na concepção e definição dos parâmetros e

³² Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf> >. Acesso em 10.ago 2022.

medidas relativas à saúde aplicados no país, com o intuito de promover ainda mais a eficiência destas políticas e assegurar a participação democrática no processo decisório, elemento indispensável para a consolidação do Estado democrático de direito e que, portanto, deve ser assegurado como parte integrante do mínimo existencial.

8 REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.p.9.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277.

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer: Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva**. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 63, 2008, p. 320-344.

BASTOS, Arthur de Souza. JÚNIOR, Ricardo Oliveira da Silva. **A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**. Disponível em: <<https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-constitucional/a-evolucao-do-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em: 09 ago. 2022.

BERTONI, Estêvão. **As ‘escolhas de Sofia’ dos médicos nas UTIs lotadas pela covid**. Nexo. 30 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/03/30/As-%E2%80%98escolhas-de-Sofia%E2%80%99-dos-m%C3%A9dicos-nas-UTIs-lotadas-pela-covid>> Acesso em 10 ago. 2022

BRASIL. Constituição (1824). Lex: **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1891). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1969). Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. Constituição (1988). Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago.2022.

BRASIL. **Decreto nº 14.189**, de 26 de maio de 1920. Da regulamento para a execução do decreto legislativo n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920, que criou o Departamento Nacional de Saude Publica. Diário Oficial da União - Seção 1 - 3/6/1920, Página 9349

BRASIL. **Decreto nº 14.354**, de 15 de setembro de 1920. Approva o regulamento para o Departamento Nacional de Saude Publica, em substituição do que acompanhou o decreto n. 14.189, de 26 de maio de 1920. Coleção de Leis do Brasil - 1920, Página 244 Vol. 3

BRASIL. **Decreto nº 15.003**, de 15 de setembro de 1921. Faz modificações no regulamento aprovado pelo decreto n. 14.354, de 15 de setembro de 1920. Diário Oficial da União - Seção 1 - 4/10/1921, Página 18737

BRASIL. **Decreto nº 19.402**, de 14 de novembro de 1930. Cria uma Secretária de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Educação e Saude Publica. Diário Oficial da União - Seção 1 - 18/11/1930, Página 20883.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Diário Oficial da União - 28/11/1985.

BRASIL. **Lei nº 1.920**, de 25 de julho de 1953. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 29/7/1953, Página 13193

BRASIL. **Lei nº 3.987**, de 02 de janeiro de 1920. Cria o Departamento Nacional de Saúde Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/1/1920, Página 437.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União - 20/9/1990.

BRASIL, Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da>

ISMAIL FILHO, Salomão. **Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

ISMAIL FILHO, Salomão. **Reserva do possível não é somente cálculo matemático.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/mp-debate-reserva-possivel-nao-somente-calculo-matematico>>. Acesso em: 09 ago. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **Direito ao mínimo existencial.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/512/edicao-1/direito-ao-minimo-existencial>. Acesso em 08 ago. 2022

PAINEL CORONAVÍRUS: Banco de dados. Disponível em:<<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em 09 ago. 2022.

SARNENTO, Daniel. **O Mínimo Existencial.** *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 pp. 1644-1689.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 112.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.** Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 07. ago 2022.

Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia. ONU News. 11. mar. 2020. Disponível em:<<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em: 08. ago. 2022.