

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

Clarissa Dutra Mayer

**PARÂMETROS DA TUTELA JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO  
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Santa Maria, RS  
2017

**Clarissa Dutra Mayer**

**PARÂMETROS DA TUTELA JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Me. Fábio da Silva Porto

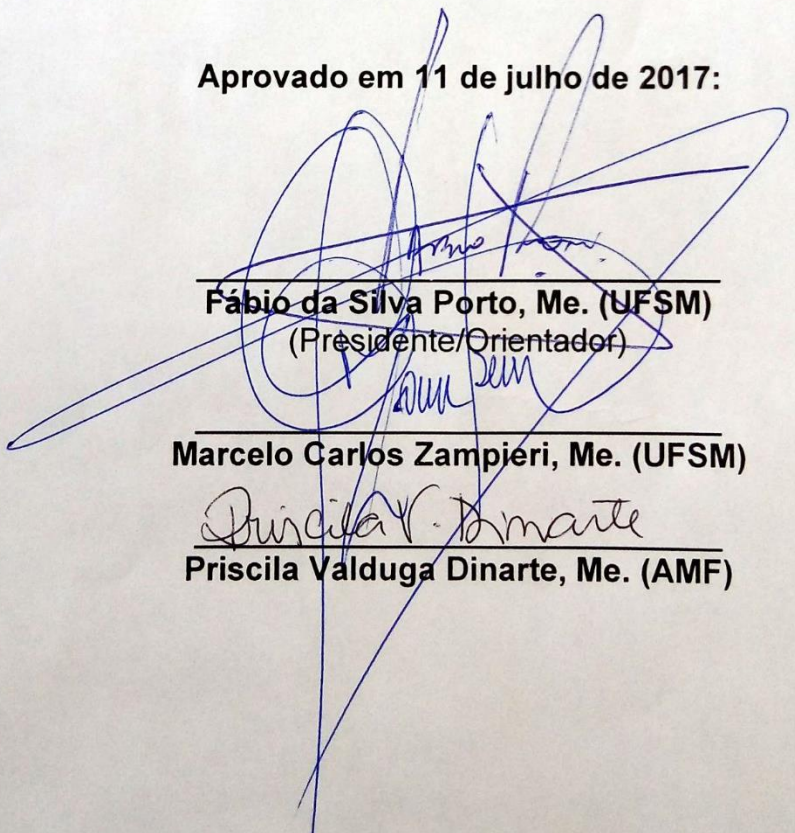
Santa Maria, RS, Brasil  
2017

Clarissa Dutra Mayer

**PARÂMETROS DA TUTELA JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

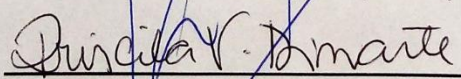
Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

**Aprovado em 11 de julho de 2017:**



\_\_\_\_\_  
**Fábio da Silva Porto, Me. (UFSM)**  
(Presidente/Orientador)

\_\_\_\_\_  
**Marcelo Carlos Zampieri, Me. (UFSM)**

  
\_\_\_\_\_  
**Priscila Valduga Dinarte, Me. (AMF)**

## RESUMO

### PARÂMETROS DA TUTELA JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

AUTORA: Clarissa Dutra Mayer  
ORIENTADOR: Fábio da Silva Porto

Este trabalho tem como objeto o estudo da decisão judicial nas ações em que se busca a concessão forçada do direito à saúde às custas do Estado. A pesquisa segue o método dialético, porquanto serão analisadas duas teorias contrapostas, quais sejam, a efetivação do direito à saúde confrontada com a capacidade econômica estatal. Primeiramente, procurou-se definir o que consiste o direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Na sequência, traçaram-se linhas gerais sobre orçamento público. Por fim, analisaram-se aspectos da decisão judicial e possíveis critérios a serem observados pelo juiz a fim de se obter uma decisão que leve em conta as duas perspectivas de forma responsável. Concluiu-se que, muito embora o Estado realmente possua limites financeiros, não se pode admitir que os indivíduos sucumbam à prestação à saúde ao mesmo tempo em que são contempladas ações públicas menos importantes.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Orçamento Público. Decisão Judicial.

## **ABSTRACT**

### **JURISDICTIONAL PROTECTION PARAMETERS IN THE PROSECUTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH**

AUTHORA: Clarissa Dutra Mayer  
ADVISOR: Fábio da Silva Porto

This work's objective resides in a study of the judicial decision in lawsuits which aim to enforce concessions by the State in name of the right to health. This research follows the dialectical method, as two opposite theories will be analyzed, them being the enforceability of the right to health and the State's economic capacity. At first, it was attempted to define in what consists the right to health before the Federal Constitution of 1988. In sequence, a general understanding of public budget was established. With that, the aspects of the judicial decision in those cases were analyzed in order to ascertain possible criteria that ought to be observed by the judges, as to guarantee a responsible approach in regard of those two perspectives. In conclusion, although attested that the State has financial limits, it also can't be admitted that individuals have their right to health forfeited in furtherance of less relevant public expenditures.

**Keywords:** Right to Health. Public Budget. Judicial Decision.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MS	Ministério da Saúde
PPA	Plano Plurianual
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	9
1.1 CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	9
1.2 BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE APLICAÇÃO E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	12
1.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL.....	15
1.3.1 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS QUANTO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	17
1.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	20
<b>2 O PROBLEMA DA FINITUDE DOS RECURSOS PÚBLICOS</b> .....	22
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ORÇAMENTO PÚBLICO.....	22
2.2 ORGANIZAÇÃO E GESTÃO DO SUS.....	25
2.3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	30
2.4 O IMPACTO ECONÔMICO DA CHAMADA “JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE”.....	34
<b>3 DECISÃO JUDICIAL</b> .....	36
3.1 PARÂMETROS ESSENCIAIS NORTEADORES DA DECISÃO JUDICIAL: MOTIVAÇÃO, DECISÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E IMPARCIALIDADE.....	37
3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	42
3.3 AS AÇÕES DE SAÚDE PROPRIAMENTE DITAS E SEU DESFECHO.....	44
3.4 PONTOS ADICIONAIS RELEVANTES SOBRE A MATÉRIA.....	51
3.4.1 RECOMENDAÇÃO Nº 31 DO CNJ.....	51
3.4.2 MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	52
3.4.3 MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA ANVISA.....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

Observa-se, atualmente, um aumento considerável nas demandas judiciais em que se postula certa prestação à saúde em face dos entes federados. Tais súplicas se apresentam em diversas modalidades, como o fornecimento de medicamentos, internação em Unidade de Tratamento Intensiva – UTI, Centros de Terapia Intensiva – CTI, aquisição de órteses, próteses, tratamento ambulatorial, dentre outras.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, imbuída de diversas ideologias resultantes do processo de evolução das chamadas “dimensões de direitos” e da denominada “Jurisdição Constitucional”, somando-se ao fato de que foi proclamada pouco tempo depois de vinte e um anos de ditadura militar, previu um extenso rol de direitos fundamentais. Dentre eles, se encontram os direitos sociais e, dentre esses, o direito à saúde.

O direito à saúde é compreendido como direito fundamental, explicitamente inserto no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de caráter social, pois elencado no art. 6º da Lei maior, sendo também uma das perspectivas do chamado “mínimo existencial”. A Carta Maior brasileira explicitou ainda que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” quando tratou especificamente “Da Ordem Social”.

Com efeito, o Estado brasileiro põe à disposição da sua população o acesso à saúde gratuita, que se materializa através do Sistema Único de Saúde – SUS. Infelizmente, dito sistema não consegue, especialmente face à própria finitude dos recursos públicos, acolher a todos os que necessitam de seus serviços ou encontram lá tratamento médico que seja eficaz. No momento em que o indivíduo encontra barreiras quando busca acesso à saúde pública, procura respaldo no Poder Judiciário, indicando os preceitos constitucionais, para que lhe seja assegurada efetivação do direito à saúde às expensas do Estado.

Muitas postulações então vêm sido concedidas por magistrados de todo o país, tanto em âmbito federal quanto em estadual, o que foi apelidado de “judicialização da saúde” e gera reflexos consideráveis no orçamento do país, que não havia previsto dotação para tanto.

Sendo assim, haveria limites a serem observados pelo magistrado quando exarar uma decisão concedendo um pleito individual pela concessão do direito à saúde às custas dos entes federados?



Para tanto, o método de abordagem utilizado no presente trabalho foi o dialético, porquanto serão apresentadas, de um lado, a garantia constitucional do direito fundamental social à saúde e, de outro, problemática da finitude dos gastos públicos. Por fim, estuda-se a decisão judicial, que deverá sopesar essas duas circunstâncias.

O primeiro capítulo dedica-se ao que representa o direito à saúde, situando-o como direito fundamental, como direito social e ainda enquadrado no conceito de mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988. Explanará ainda o entendimento de que a responsabilidade da efetivação do direito à saúde é de responsabilidade de todos os entes federativos.

Em seguida, o segundo capítulo debruça-se à organização financeira do Estado. Aborda-se como funciona a previsão orçamentária, a destinação de recursos à área da saúde, o financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS e o impacto da judicialização. Salienta-se que o objetivo deste trabalho não é trazer balanços de contabilidade, mas apresentar uma noção global do que se é dispendido pelo Estado nessa seara.

O capítulo derradeiro trata da decisão judicial. Discorre-se sobre alguns parâmetros essenciais que devem nortear a decisão judicial, explana-se sobre a recente judicialização dos direitos sociais e adentra-se no cerne das ações judiciais em que se postula o direito à saúde. Serão apresentados ainda elementos adicionais pertinentes, como a Recomendação nº 31/2010 do CNJ, o debate sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo e aqueles não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A todo o momento no decorrer do trabalho, serão colacionadas jurisprudências como forma de elucidar de que maneira a matéria é enfrentada na praxe forense. Assim, o método de procedimento utilizado foi o monográfico, e as técnicas de pesquisa, bibliográfica e jurisprudencial.

Por óbvio, presente o estudo não irá exaurir o tema das postulações judiciais de saúde e seus desdobramentos, dada a sua abrangência.

## 1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A presente seção tem como finalidade situar o direito à saúde enquanto direito fundamental, direito social, de caráter prestacional e ainda explanará o conceito de mínimo existencial, sendo o direito à saúde uma de suas perspectivas.

### 1.1 CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais ainda é causa de bastante confusão<sup>1</sup> em meio à doutrina, face à ausência de um consenso, e, pode-se dizer, à ambiguidade da expressão. Exemplo disso é a clássica falta de diferenciação, para alguns operadores do direito, entre os conceitos de “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, sendo esses últimos, em verdade, associados à ótica internacional<sup>2</sup>, muitas vezes sequer positivados, mas que reconhecidamente são inerentes ao ser humano.

Os direitos fundamentais, quando comparados com os direitos humanos, referem-se aos “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”<sup>3</sup>.

De toda a sorte, embora esses conceitos não se sobreponham, é fácil perceber que alguns direitos compartilham tanto do conceito de direitos humanos quanto de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, o direito à vida pode ser analisado tanto sob o prisma dos direitos fundamentais quanto dos direitos humanos, pois situa-se no rol de direitos fundamentais positivados na nossa Constituição Federal de 1988, fazendo parte também da categoria de direitos humanos. O mesmo não se pode dizer, a título exemplificativo, do direito ao salário mínimo, direito fundamental, segundo a nossa Carta Magna, mas que não encontra amparo na ideia central de direitos humanos.

Assim, os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles direitos inerentes ao indivíduo, reconhecidos pela constituição de determinado Estado,

---

<sup>1</sup> Apesar de parecer agressiva, essa é a terminologia utilizada por SARLET, Ingo Wolfgang no livro **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p 29.

<sup>3</sup> *ibidem*

atribuídos aos sujeitos por ela tutelados (sejam eles seus cidadãos ou estrangeiros que se encontrem sobre o território nacional, ou ainda pessoas jurídicas).

Imperioso ressaltar que tal reconhecimento não necessariamente deverá estar explícito no texto constitucional, podendo ser interpretado a partir da ideia global proposta pela constituição, como ocorre com o conceito do “mínimo existencial”, que será explicitada mais adiante.

Importante deixar consignado também que a doutrina divide os direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”, sendo que uma não exclui a anterior, mas a complementa, não havendo maiores dúvidas quanto a três delas: a primeira dimensão diz respeito às liberdades individuais, caracterizadas por uma abstenção estatal, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII; a segunda cuida dos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais reclamam uma prestação estatal, e passaram a se evidenciar a partir do século XIX; e a terceira refere-se aos direitos coletivos, em uma momento em que a preocupação se direciona aos direitos de solidariedade e fraternidade, tendo como grande exemplo os direitos do consumidor<sup>4</sup>.

No que tange à classificação dos direitos fundamentais, defende Flávio Galdino que “os direitos fundamentais são princípios, até porque considera-se que os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas”<sup>5</sup>. Na classificação do autor, as normas são divididas em princípios e regras. Ainda, os princípios estão subdivididos entre materiais e operacionais (princípios de sobre-direito), sendo os primeiros “princípios que expressam conteúdo jurídico autônomo, promovendo a criação de situações jurídicas”, e os segundos “princípios referentes à aplicação das outras normas jurídicas (e, dentre estas, os demais princípios)”<sup>6</sup>.

No discorrer de sua teoria, Galdino cita o exemplo do princípio da tutela jurisdicional adequada como sendo material, enquanto o princípio da proporcionalidade seria operacional. Na ótica defendida pelo autor, o direito à saúde, que faz parte do objeto deste estudo, estaria incluído entre os princípios operacionais, uma vez que, por si só, já criaria uma situação jurídica subjetiva ao jurisdicionado, ou seja, o direito à saúde já poderia ser pleiteado judicialmente pelo sujeito de direitos

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 45-50.

<sup>5</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 7.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 39.

pelo simples fato de ser princípio que carrega conteúdo material, e, portanto, norma de direito fundamental.

Quanto ao rol dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Cidadã de 1988, cumpre fazer referência à sua grande extensão, característica muito influenciada pelo processo de democratização do país, fruto do ressentimento de vinte e um anos de ditadura militar. Nas palavras de Barroso, “a euforia do constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa”<sup>7</sup>.

Ingo Sarlet identifica três características<sup>8</sup> que influenciaram a extensa positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal: (a) o seu caráter analítico e regulamentarista, devido à grande “desconfiança do constituinte em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes Constituídos”<sup>9</sup>; (b) o pluralismo, devido à opção do constituinte por “acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si”<sup>10</sup>, além de colocar lado a lado direitos sociais, de liberdade, políticos, etc.; e (c) o seu cunho programático, face ao “grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa”<sup>11</sup>, traduzidas como elementos de uma dimensão diretiva.

No que se refere à estratégia geográfica da alocação do grande rol de direitos fundamentais na nossa Constituição Cidadã, é perceptível a intenção do legislador em colocá-los em uma posição de destaque, já que pouco distantes do preâmbulo. Ademais, o Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” também transmite a vontade do constituinte em ser claro e objetivo. Contudo, é certo que o referido título não exaure os direitos fundamentais, havendo outros ao longo corpo constitucional.

Isso significa que a Lei Maior brasileira foi norteadada pela grande preocupação do constituinte em assegurar firmemente aos sujeitos de direito por ela tutelados diversos direitos fundamentais, numa intenção de inclusive não deixar margem para que tais direitos fossem subjugados.

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> Acesso em: 3.jul.2017.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64-65.

<sup>9</sup> Idem, p. 65.

<sup>10</sup> Idem, p. 65.

<sup>11</sup> Idem, p. 65.

## 1.2 BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE APLICAÇÃO E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Pertinente fazer-se uma rápida elucidação sobre a aplicação e a aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de situar melhor o tema. Nesse sentido, sabe-se que, por força do art. 5º, §1º, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>12</sup>. Dita aplicação não se confunde com a denominada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, teoria proposta por José Afonso da Silva e comumente utilizada pelos juristas.

Primeiramente, é de suma importância destacar que, muito embora a previsão insculpida no §1º do art. 5º da CF possa levar a crer que se refere apenas aos “direitos individuais e coletivos”, em virtude da própria localização em que foi inserida, diz respeito, em verdade, a todos os direitos e garantias fundamentais, quais sejam, aqueles localizados no “catálogo” constitucional (arts. 5º ao 17), os previstos ao longo do corpo constitucional e ainda os reconhecidos por tratados internacionais, conclusão essa que se extrai da sua própria redação, sendo tal amplitude defendida pela doutrina majoritária<sup>13</sup>.

A “aplicação imediata” a que se refere o dispositivo é decorrência da preocupação do constituinte de que os direitos fundamentais não fossem negligenciados e equiparados às demais normas constitucionais. Essa disposição atrela os órgãos estatais à “tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”<sup>14</sup>, uma vez que ela vincula “todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo”<sup>15</sup>.

Por essa razão:

A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF -, não apenas se encontra na

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 262-263.

<sup>14</sup> Idem, p 268.

<sup>15</sup> Idem, p.268-269.

obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizando a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização [...] <sup>16</sup>.

Já a diferenciação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, sistemática apresentada por José Afonso da Silva<sup>17</sup>, divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada. Por essa classificação, entende-se que todas as normas de caráter constitucional possuem eficácia, embora de graus diferenciados.

Dessa forma, as de normas constitucionais de eficácia plena independem de normativa infraconstitucional para produzirem efeitos; as de eficácia contida são aquelas que sofrem uma limitação por parte da legislação infraconstitucional; e, por fim, as de eficácia limitada carecem de uma movimentação legislativa infraconstitucional para a sua concretização. As últimas subdividem-se entre normas de princípio institutivo – ou organizativo, que são aquelas que possuem esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades -, e de princípio programático – as que identificam programas a serem implementados pelo Estado, objetivando a realização de fins sociais.

Portanto, os direitos sociais têm aplicação imediata, porquanto direitos fundamentais, e são consensualmente classificados como normas de eficácia limitada de caráter prestacional<sup>18</sup>, pois têm como objeto “uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa”<sup>19</sup>.

Não há como deixar de mencionar que a jurisprudência tem ido além, entendendo estar superada a tese das normas de eficácia programática, o que encontraria respaldo no disposto no §1º do art. 5º da CF, argumentando-se que estaria o intérprete da norma atribuir a extensão de sua eficácia. Assim foi o conteúdo dos Embargos Infringentes nº 1999.04.01.014944-9/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referentes ao processo de origem nº 0006937-88.1998.404.7100.

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 269.

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

<sup>18</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57-58.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 280.

O caso tratava-se da obrigatoriedade do Estado quanto “à implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul”, entendendo-se que, muito embora ainda não houvesse legislação específica quanto ao tema, não estava o poder público autorizado a negligenciar tal direito fundamental.

Segue trecho da fundamentação explanada pelo Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon:

[...]O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. **Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade**, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial<sup>20</sup> [grifo nosso]

Mesmo que se inadmitisse o posicionamento acima exposto, a questão é que, por mais que os direitos sociais prestacionais, por carecerem de uma atuação positiva por parte do Estado, devam ser regulamentados através de legislação específica, o fato é que se conferiu aos direitos fundamentais o privilégio da aplicação imediata por força do §1º do art. 5º da CF e, sendo assim, a mera inércia do Estado não pode ser capaz de barrar o acesso ao direito. Tanto é que esse é o fundamento que justifica o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> BRASIL. Embargos Infringentes em Acórdão nº 1999.04.01.014944-9/RS, de 11 de maio de 2005. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=614953&hash=79d9bb3b8428daa962114a73b89c3f32](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=614953&hash=79d9bb3b8428daa962114a73b89c3f32)>. Acesso em: 1. jul. 2017.

<sup>21</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 499 e 1237.

De toda a sorte, independentemente do embate sobre a necessidade da existência concreta de normativa para a efetivação dos direitos prestacionais, especificamente quanto ao direito à saúde, existe uma gama de legislações para a sua implementação, como se verá no tópico destinado ao Sistema Único de Saúde.

### 1.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

O direito à saúde é direito social – ou, para alguns autores, socioeconômico<sup>22</sup> - de segunda dimensão, e, portanto, de caráter prestacional, aqueles que reconhecidamente “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais”<sup>23</sup>, diferentemente dos individuais, que reclamam uma não intervenção por parte do Estado.

Explicita Ingo Sarlet que:

Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui o seu objeto<sup>24</sup>

Historicamente, os direitos de segunda dimensão começaram a ser reconhecidos com o advento da Revolução Industrial Europeia, a partir do século XIX, em decorrência das péssimas condições de trabalho<sup>25</sup>. Posteriormente, os ideais da Revolução Francesa trouxeram a ideia de liberdade por intermédio do Estado<sup>26</sup>.

Mas foi em decorrência das duas grandes guerras mundiais que a importância dos direitos sociais foi assentada, sendo abarcados por grande parte das constituições contemporâneas, tornando-se pauta inclusive de tratados internacionais<sup>27</sup>, movimento esse obviamente reflexo da redução à miséria de grande parcela da população mundial nas citadas guerras.

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p 47

<sup>23</sup> Idem, p. 47.

<sup>24</sup> Idem p. 283.

<sup>25</sup> Idem p. 47.

<sup>26</sup> Idem p. 47.

<sup>27</sup> Idem, p. 47-48.



Tais movimentos históricos refletiram no ordenamento jurídico brasileiro, em que, desde a Carta Política de 1934<sup>28</sup>, já havia certa previsão nesse sentido, sendo na Constituição Federal de 1988 os direitos sociais visivelmente ampliados e melhor detalhados<sup>29</sup>. Anote-se que Galdino critica o sistema de prestação à saúde previsto na Constituição de 1988, chamando-a inclusive de “pródiga em despesas de toda a ordem”<sup>30</sup>, já que a realidade brasileira se afasta em muito do contexto que inspirou tais previsões em sede constitucional.

Na Constituição Cidadã, o direito à saúde trata-se explicitamente de direito fundamental, já que situado no *caput* do art. 6º, o qual inaugura o capítulo “Dos Direitos Sociais”, que por sua vez faz parte do grande Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Eis a previsão legal:

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.<sup>31</sup> [grifo nosso]

Mais adiante no corpo constitucional, inserto no Título “Da Ordem Social”, fazendo parte de um dos três pilares da Seguridade Social – que são saúde, previdência e assistência social<sup>32</sup> - sua previsão apresenta-se um pouco mais detalhada. A Carta Magna assim disciplina:

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.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

<sup>30</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pg. 255.

<sup>31</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>32</sup> Art 194, CF. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p 29.

No momento em que o Estado brasileiro estabelece em sua lei suprema que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, chama para si o dever de assegurar à sociedade o direito à saúde.

Como já assentado, o direito à saúde, como sendo direito social, de eficácia limitada e de caráter prestacional, necessita de ato administrativo ou legislação infraconstitucional para que seja efetivado. Assim, o Estado se obriga a constituir instrumentos de política pública que efetivem o acesso dos indivíduos à prestação médica adequada.

Nesse contexto, a Lei nº 8.080/90, intitulada como “Lei Orgânica da Saúde”, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”<sup>34</sup>, positiva, em seu art. 2º, que:

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

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

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.<sup>35</sup>

Esse foi o cenário propício para a criação do sistema Único de Saúde – SUS, que será analisado em tópico próprio.

### 1.3.1 A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS QUANTO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, lembre-se da normativa insculpida no inciso II do art. 23 da Constituição Federal, que dispõe que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e da assistência pública,

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>35</sup> Idem.

da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência”<sup>36</sup>. Trata-se de norma de competência administrativa comum.

Esse é o fundamento-base invocado pelos juristas quando da apreciação a (i)legitimidade passiva arguida por qualquer um dos entes federativos. A isso, soma-se o fato de o SUS ter constituído pela legislação competente – como será visto mais adiante - de forma a contar com o apoio de todos os entes políticos tanto na sua gestão quanto no seu financiamento.

Nesse sentido é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. **REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.**

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.<sup>37</sup> [grifo nosso]

Para além da ementa, vale colacionar o trecho do voto do Ministro Luiz Fux quando enfrenta o assunto no corpo do acórdão do referido Recurso Extraordinário, que por sua vez se valeu da elucidação feita pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Segurança nº 3.355 - RN:

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles<sup>38</sup>.

Também é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

<sup>36</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>37</sup> BRASIL. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário nº 855.178 - SE, de 05 de março de 2015. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.. **Lex:** Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 12. Jun. 2017.

<sup>38</sup> Idem, p. 7.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. Recurso especial provido. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para a continuidade do julgamento.<sup>39</sup>

Ainda de acordo com a jurisprudência, não é necessário que a demanda seja proposta em litisconsórcio passivo envolvendo os três entes federados. À vista da solidariedade entre os entes, o litisconsórcio é facultativo e não necessário. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

[...]

4. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

5. Recurso especial parcialmente provido.<sup>40</sup>

Dessa forma, é possível postular o dever de prestação à saúde à União, aos Estados (ou ao Distrito Federal, se for o caso) e aos Municípios, todos em litisconsórcio passivo, a um deles ou a mais de um deles.

<sup>39</sup> BRASIL. Recurso Especial 771537 - RJ, de 03 de outubro de 2005. Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1983141&num\\_registro=200501283114&data=20051003&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1983141&num_registro=200501283114&data=20051003&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 12. Junho. 2017.

<sup>40</sup> BRASIL. Recurso Especial nº 674803 - 2004/0092249-5 de 06 de março de 2007. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2912671&num\\_registro=200400922495&data=20070306&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2912671&num_registro=200400922495&data=20070306&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 19. jun. 2017.

## 1.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Atualmente, a doutrina reconhece os chamados direitos implícitos, os quais, de acordo com Ferreira Filho, com base na ideia de não exaurimento de dos direitos e garantias fundamentais proposta pelo o art. 5º, §2º, da CF, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>41</sup>, seriam os “decorrentes do regime e dos princípios” (dentre estes especialmente o da dignidade humana) que a Constituição adota”<sup>42</sup>.

É nessa classificação em que se encaixa o intitulado “mínimo existencial”, assim caracterizado didaticamente por Sarlet como:

um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da ideia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade<sup>43</sup>

Por vida digna entende-se mais do que uma “mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”<sup>44</sup>. No Brasil, embora não haja menção expressa sobre o conceito de “mínimo existencial”, a Constituição Federal reconhece a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), assegura a todos uma “existência digna” ao tratar da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, *caput*) e os próprios direitos sociais (arts. 6º ao 11) correspondem a algumas dimensões do mínimo existencial, “muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias de mínimo existencial”<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 116.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>> Acesso em 07.jun.2017

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e TIMM, Luciano Benetti. Organizadores. **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto alegre: Livraria do Advogado: 2013. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**, p. 21-22.

<sup>45</sup> Idem, p. 25.

O Mínimo Existencial é, em suma, um ideal de dignidade humana, que pode ser extraído de diversos pontos principiológicos da Carta Magna que garantem aos indivíduos uma vida digna.

Registra-se que essa teoria é firmemente reconhecida pela jurisprudência<sup>46</sup>, tomando-se como base especialmente o Princípio da Dignidade Humana e o disposto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, aprovada em 10 de dezembro 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e assinada pelo Brasil na mesma data:

Artigo 25.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e 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 fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.<sup>47</sup>

Isso significa que todo o indivíduo tem direito a um mínimo de dignidade em diversos aspectos de sua vida. Caso os titulares de tal direito não tenham condições de efetivar essa condição mínima de existência ou de tê-la provida pelos integrantes

---

<sup>46</sup> BRASIL. Agravo Regimental no recurso extraordinário nº 639.337 - SP, de 15 de setembro de 2011. Ementa: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 1º. jul. 2017.

<sup>47</sup> BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, UNESCO: 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 27.jun.2017.

de sua família, o Estado passa a ser atribuído dessa responsabilidade, pois a elencou implicitamente no decorrer de sua Lei Suprema, após ter assinado a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

## 2 O PROBLEMA DA FINITUDE DOS RECURSOS PÚBLICOS

O presente capítulo dedica-se às finanças públicas. O objetivo primeiro é tecer algumas noções gerais de como são destinados os recursos públicos, bem como sobre a organização e gestão do SUS, para que o presente estudo não fique meramente no campo da abstração. Posteriormente, chegar-se-á à teoria da reserva do possível e ao impacto da judicialização da saúde.

### 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ORÇAMENTO PÚBLICO

A atividade financeira é o meio pelo qual o Estado busca arrecadar recursos destinados “à satisfação de necessidades públicas básicas inseridas na ordem jurídico-constitucional, mediante a prestação de serviços públicos, a intervenção no domínio econômico e o exercício regular do poder de polícia”<sup>48</sup>. O principal instrumento de intervenção estatal na economia é denominado orçamento público.

Em âmbito federal, a estrutura do orçamento público é determinada pelo art. 165 da Constituição Federal, o qual prevê que “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.”. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão<sup>49</sup> é o órgão pertencente ao Poder Executivo responsável pela elaboração das supracitadas normativas, remetendo os projetos de lei ao Poder Legislativo que as apreciará, ao que se denomina de orçamento do “tipo misto”<sup>50</sup> por envolver a atuação de mais de um Poder. Tais normativas deverão obedecer precipuamente as disposições constitucionais e a Lei nº 4.320/64, que cuida das normas gerais de direito financeiro<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3.

<sup>49</sup> Nova denominação dada pela Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016.

<sup>50</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 7.

<sup>51</sup> Idem, p. 34.

O Plano Plurianual – PAA determina “as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”<sup>52</sup>. Sua vigência se dá pelo período de quatro anos, podendo ser considerado como o “instrumento legal de maior alcance no estabelecimento das prioridades e no direcionamento das ações do Governo”<sup>53</sup>. Atualmente, está em vigor o PPA 2016-2019, instituído pela lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016.

De sua banda, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO tem como finalidade a definição das metas e prioridades da administração pública federal, orientando no sentido de estabelecer diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA<sup>54</sup>, sendo a sua aplicabilidade pelo período de um exercício financeiro. Trata-se de um instrumento de planejamento que liga o PPA à LOA<sup>55</sup>. Para o corrente ano, foi promulgada a Lei nº 13.408 de 26 de dezembro de 2016.

Por fim, a Lei Orçamentária Anual - LOA cuida, em síntese, dos orçamentos fiscal, da seguridade social e investimentos nas estatais, prevendo todas as receitas e fixando todas as despesas do Governo Federal<sup>56</sup>.

Eis a disposição constitucional pertinente:

Art. 165

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Art. 165, §1º, CF. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>53</sup> PALUDO, p. 81.

<sup>54</sup> Art. 165, §2º, CF. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>55</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 73.

<sup>56</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 4-5

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.



A LOA é, portanto, o produto final do processo orçamentário, contendo a previsão de receitas e despesas pelo período de um exercício financeiro<sup>58</sup>. Para o ano de 2017, vige a Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2017.

Ressalte-se, em observância ao paralelismo dos entes federados, todos os estados e municípios brasileiros devem elaborar seus orçamentos próprios, compreendendo as mesmas normativas – PPA, LDO e LOA – no âmbito de suas respectivas competências<sup>59</sup>.

Assim, todos os anos, como forma de organizar os gastos públicos, o Governo Federal brasileiro estipula estimativas de receitas e despesas para as ações de sua titularidade, tendo como referência um plano que lança perspectivas para um período de quatro anos. Estados e municípios fazem o mesmo em seu âmbito.

O Congresso Nacional aprovou a LOA/2017 dispondo, em seu Anexo II<sup>60</sup>, que, para o Ministério da Saúde, seriam destinados, ao total, somando-se as fontes do Tesouro Nacional e as outras fontes<sup>61</sup>, o valor estimado de R\$ 125.380.885.441,00 (cento e vinte e cinco bilhões, trezentos e oitenta milhões, oitocentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta e um reais). O piso estipulado para dispêndios do Ministério da Saúde restou fixado em aproximadamente R\$ 115,3 (cento e quinze vírgula três) bilhões de reais, valor correspondente a, de acordo com notícia veiculada pelo sítio eletrônico do Palácio do Planalto, a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida da União - RCL<sup>62</sup>, porcentagem que vai ao encontro do determinado no art. 198, §2º, inciso I, que será analisado no próximo tópico.

Em suma, o Estado se organiza para destinar recursos para, dentre outros setores, as ações e serviços públicos de saúde.

Obviamente, os valores previstos nas normativas tratam-se de estimativas, cujo objetivo é manter o equilíbrio financeiro do país, mas que podem, eventualmente, ser alterados em decorrência de situações específicas, já que, por mais responsável que

---

<sup>58</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 51.

<sup>59</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Entenda o Orçamento**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/entenda/cartilha/cartilha.pdf>>. Acesso em: 19.jun.2017.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2017**. Anexo I. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2017/lei/ANL13414.pdf>>. Acesso em: 19.jun.2017.

<sup>61</sup> O art. 32 da Lei 8080/90 elenca o que são “outras fontes”.

<sup>62</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Orçamento de 2017 é sancionado com mais recursos para saúde e educação**. <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/orcamento-de-2017-e-sancionado-com-mais-recursos-para-saude-e-educacao>>. Acesso em 19.jun.2017.

seja o gestor na aplicação as metodologias de planejamento, é impossível prever com certeza absoluta quais serão os reais gastos do Estado.

No desenrolar do ano para o qual foi projetado o orçamento, é possível que algum planejamento tenha se mostrado “insuficiente ou surgiram fatos novos que demandam novas despesas a serem realizadas”<sup>63</sup>. Para essas situações, a Lei nº 4.320/64, em seu art. 40, permite a abertura de créditos adicionais, viabilizando-se a adaptação das previsões orçamentárias originárias, o que remete às características de continuidade, dinamicidade de flexibilização do processo orçamentário<sup>64</sup>.

Os créditos adicionais se dividem em suplementares, especiais e extraordinários. São suplementares aqueles que se destinam a complementar uma dotação que já havia sido prevista, mas se mostrou insuficiente. Especiais são os créditos criados para despesas a que não tenha sido atribuída dotação específica, ou seja, de despesas novas. Os créditos extraordinários são os originados por despesas urgentes e imprevistas, tais como as decorrentes de calamidades públicas<sup>65</sup>.

Importante salientar que, a cada necessidade de complementação do orçamento, tal alteração necessita de ser autorizada por lei nova específica para cada espécie de crédito<sup>66</sup>, a fim de se respeitar o Princípio da Legalidade, que permeia o ramo do direito orçamentário<sup>67</sup>.

Em vista do exposto, conclui-se que os gastos adicionais com saúde pública se materializam através de créditos suplementares, uma vez que há dotação orçamentária específica para esse setor.

## 2.2 ORGANIZAÇÃO E GESTÃO DO SUS

Para dar efetividade ao direito fundamental à saúde, constitucionalmente reconhecido, que é direito social, de segunda geração, e ainda de caráter prestacional,

---

<sup>63</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 210.

<sup>64</sup> Idem, p. 210.

<sup>65</sup> Idem, p. 211-219.

<sup>66</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 210.

<sup>67</sup> Idem, p. 16.

conforme já demonstrado, inaugurou-se o Sistema Único de Saúde, que é internacionalmente reconhecido, servindo inclusive de modelo para outros países<sup>68</sup>.

Didaticamente, o SUS é assim conceituado no sítio eletrônico do Portal da Saúde, alimentado pelo governo federal:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros.<sup>69</sup>

Fato interessante é que qualquer pessoa pode se utilizar dos serviços do SUS, pois, conforme já citado, a saúde é um direito “todos”, inclusive dos estrangeiros<sup>70</sup>, e independentemente da condição financeira dos indivíduos, isto é, não é um direito assegurado somente aos mais necessitados. Ademais, a sua utilização independe de qualquer contribuição<sup>71</sup>, diferentemente com o que ocorre com a previdência social, outro ramo da seguridade social, a qual depende de contribuição para ser usufruída.

O financiamento do Sistema Único se dá, como se verá a seguir, através de duas fontes distintas: das receitas tributárias de todos os entes federativos e ainda de porcentagem do arrecadado pela Seguridade Social.

O art. 195 da Constituição Federal, que trata do financiamento da seguridade social, refere que:

**Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:**

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

<sup>68</sup> BRASIL. Governo Federal. **Ministro destaca SUS como modelo em evento internacional.** <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/ministro-destaca-sus-como-modelo-em-evento-internacional>> acesso em 19.jun. 2017.

<sup>69</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Entenda o SUS.** <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>> Acesso em 12.jun.2017

<sup>70</sup> KERTZMANN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 28.

<sup>71</sup>. Idem, p. 28.

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º **A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias**, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. [...]

§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. [...]

A fim de evitar tautologia, consigna-se apenas que a Lei Orgânica da Seguridade Social – Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 -, que dispõe sobre sua organização e custeio, reproduz algumas das disposições constitucionais supracitadas quanto à a saúde e ao custeio da seguridade social, além de elencar as porcentagens devidas pelos seus contribuintes e a base de cálculo aplicável.

Especificamente quanto do Sistema Único de Saúde, eis suas respectivas as disposições constitucionais, já tecendo algumas determinações sobre sua organização e financiamento:

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

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

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

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com **recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes**. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

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

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

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts.

158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) [...] <sup>72</sup>

Posteriormente, a Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o §3º do artigo acima, determina quais serão os valores mínimos aplicados por cada ente federado, conforme suas receitas tributárias:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

[...]

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. <sup>73</sup>

Preveem as supracitadas normativas o percentual de recursos mínimos a ser aplicado pelos entes políticos nas ações públicas de saúde, porcentagem que obviamente poderá ser ultrapassada.

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7. jun. 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Brasília. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 25.jun.2017.

A título organizativo, registra-se rapidamente que o art. 155 da CF discorre sobre os impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal; o art. 156, os de atribuição dos Municípios; e os arts. 157, 158 e 159 tratam sobre a repartição das receitas tributárias.

Na sequência, a indigitada lei complementar indica de que forma os recursos serão repassados do Fundo Nacional de Saúde aos demais fundos dos Estados, do Distrito Federal e do Municípios, o que ficou conhecido como “transferências fundo a fundo”<sup>74</sup>.

Extrai-se, assim, que, além dos percentuais destinados pelos Estados e pelos Municípios à saúde decorrentes diretamente da sua receita tributária própria e da repartição das receitas tributárias, a União lhes repassa ainda mais recursos para que sejam aplicados nas atividades de saúde pública.

A já referida Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, destinando ao seu título II às disposições referentes ao SUS, sendo pertinente a transcrição dos artigos 8º e 9º da normativa:

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.<sup>75</sup>

Em âmbito administrativo, o Sistema veio a ser propriamente regulamentado pela Portaria Nº 2.048, de 03/09/2009, do Ministério da Saúde - MS. O Anexo I da Portaria nº 2.048/09-MS<sup>76</sup> disciplina “o processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde na perspectiva de construção do Sistema Único de Saúde”, destacando-se o seu item “3”, que estabelece de que forma os recursos arrecadados

<sup>74</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Fundo a Fundo**. Disponível em: <<http://portalfns.saude.gov.br/fundo-a-fundo>>. Acesso em 24.jun.2017.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 1. jun. 2017.

<sup>76</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Anexo I da Portaria nº 2.048/09-MS** <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/a2.048/09-MS\\_nexoi prt2048.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/a2.048/09-MS_nexoi prt2048.pdf)> Acesso em 2.jun.2017.

pela União financiarão o SUS, e seu item “4”, pelo qual se estabelecem as condições de gestão no seu item, que ficam dependentes do relacionamento entre a União e os demais entes federativos.

Assim, pela análise conjunta dos dispositivos legais, o financiamento da saúde pública – sendo que essa se materializa através do SUS – se dará tanto por parcela das contribuições sociais destinadas à seguridade social quanto por outras verbas decorrentes de arrecadação tributária em todos os três níveis da federação, concluindo-se que todos os entes políticos participam do financiamento do Sistema.

Da mesma forma, a gestão do SUS possui caráter descentralizado, de forma que todos os entes federados participarão conforme se dê o relacionamento entre a União e os demais entes federados.

A atuação conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tanto no financiamento quanto na gestão do Sistema vão em consonância com a ideia de responsabilidade solidária entre eles no que diz respeito à efetivação da saúde, já discorrida.

### 2.3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Discorridas as considerações sobre o orçamento público, método pelo qual o Estado estima suas receitas e despesas, bem como tecidas noções gerais sobre financiamento e gerenciamento do SUS, passa-se à explanação da Reserva do Possível, que tem íntima relação com aqueles dois tópicos.

Tal teoria tem sua origem na jurisprudência alemã, resultado de uma demanda na qual se postulava o aumento no número de vagas em uma faculdade de medicina, firmando-se o entendimento de não ser o Estado obrigado a garantir o amplo e irrestrito acesso da sociedade ao curso superior<sup>77</sup>.

Embora não haja consenso na doutrina sobre a classificação da referida teoria, se se enquadraria como princípio, cláusula, postulado<sup>78</sup>, etc., a referida tese é

---

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 287.

<sup>78</sup> MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O Mínimo Existencial Como Limite à Aplicação da Reserva do Possível aos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306>>. Acesso em: 12.jun.2017.

basicamente a argumentação de que o Estado não possui condições financeiras para arcar irrestritamente com todas as prestações de caráter social.

Veja-se elucidação didática proposta por Ingo Sarlet:

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplex, que abrange a) **a efetiva disponibilidade fática dos recursos** para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.<sup>79</sup> [grifo nosso].

Sua ideia central é a de que o Estado já teria destinado aprioristicamente um montante de verbas que seria utilizado para fins de efetivação dos direitos fundamentais, e que deveriam ser amoldadas às necessidades dos indivíduos nos limites estipulados, e que, caso esse montante se esgotasse, não haveria mais responsabilidade que recaísse sobre o Poder Público para a efetivação de tais direitos.

Afirmar-se que os recursos do Estado são finitos é uma premissa lógica. E assim o são dentro dos limites dos tributos arrecadados junto aos cidadãos que fazem parte desse Estado. Isso porque o Estado é incapaz de auferir renda por si só, dependendo das atividades exercidas pelos seus cidadãos, e que são legalmente obrigados a contribuir com tributos.

E, mesmo que dependente da renda de seus cidadãos, não pode o Governo simplesmente surrupiar verbas dos particulares sem base legal para tanto, sob pena de estar ferindo um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, que é o da legalidade<sup>80</sup>.

Assim, uma vez arrecadadas as contribuições tributárias devidas pelos particulares responsáveis pela ocorrência de um fato gerador, tais verbas passarão a compor o orçamento público, montante dentro do qual, de acordo com a teoria da Reserva do Possível, o Governo deverá se organizar para distribuir a renda dentre as

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 288.

<sup>80</sup> Art. 37, CF. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7. jun. 2017.



suas inúmeras ações positivas, como a saúde, a educação, a assistência social, a previdência social, etc.

Tal teoria é amplamente utilizada nas respostas do Estado às demandas judiciais em que se postula o adimplemento de prestações que aos cidadãos determinado direito fundamental social, objetivando-se adequá-las às possibilidades financeiras do Estado<sup>81</sup>. É o que ocorre, portanto, nas ações judiciais em que se postula a efetivação do direito à saúde.

Indo de encontro a quem entende que a reserva do possível é elemento integrante dos direitos fundamentais, defendem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo que:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), a espécie de **limite jurídico e fático dos direitos fundamentais**, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como **garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos**, quando se cuidar da invocação – **desde que observados os critérios da proporcionalidade e das garantias do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais** – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.<sup>82</sup> [grifos nossos].

Trata-se de uma questão de opção na alocação de recursos públicos. Assim, admitindo-se a reserva do possível ser um limite à concretude dos direitos fundamentais em seu sentido amplo, no momento em que duas pretensões entrarem em conflito, deverão ser analisados à luz do critério da proporcionalidade, sendo privilegiados aqueles que consagram a ideia de mínimo existencial caso esses façam parte da celeuma. Significa dizer que existem direitos fundamentais de diferentes “pesos”, quais sejam, aqueles que estão enquadrados no conceito de mínimo existencial e os que não estão.

Na prática forense, a teoria da reserva do possível vem sendo rechaçada quando confrontada com a teoria do mínimo existencial.

Eis o posicionamento do STJ:

<sup>81</sup> MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O Mínimo Existencial Como Limite à Aplicação da Reserva do Possível aos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306>>. Acesso em 12.jun.2017.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e TIMM, Luciano Benetti. Organizadores. **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto alegre: Livraria do Advogado: 2013. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**, p. 32.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. **NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.** POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...]. 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria 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 relevantes. **3. Tratando-se de direito essencial, 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.** [...] 7. Recurso Especial não provido<sup>83</sup> [grifos nossos]

Assim, na visão do Judiciário, no momento em que são sopesadas as circunstâncias postas pelas partes, a garantia de um mínimo existencial ao indivíduo prevalece frente à mera alegação da existência de uma “reserva do possível” que deva guiar os dispêndios do Estado sem uma prova cabal de que o recurso necessário para o fornecimento da prestação à saúde irá afetar consideravelmente o orçamento público de um determinado ente político.

Sarlet e Figueiredo discorrem sobre a forma – que chamam de falaciosa – pela qual a teoria da reserva do possível vem sendo utilizada como “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”, argumentação que desconsidera a obrigação de todos os gestores de “maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível”<sup>84</sup>. É como se o Estado pretendesse se eximir do seu dever de efetivação dos direitos fundamentais fazendo uso de uma

<sup>83</sup> BRASIL. Recurso Especial n.º 1488639 - SE de 16 de dezembro de 2014. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num\\_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em 12. Jun. 2017.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e TIMM, Luciano Benetti. Organizadores. **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto alegre: Livraria do Advogado: 2013. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**, p. 32.

premissa verdadeira, mas em benefício de sua própria incompetência em estabelecer prioridades na alocação de recursos.

Galdino, ao tratar das chamadas “escolhas trágicas”, aquelas a que o gestor público é obrigado a fazer, sendo favorecida uma em detrimento da outra, afirma que o que ocorre no plano jurídico é que “em regra, as soluções para as colisões oferecidas pelas cortes judiciais [...] ignora por quase completo qualquer análise econômica [...]”<sup>85</sup>.

Não há como quantificar, dada a limitação objeto deste trabalho, os casos em que o Judiciário respeita as previsões orçamentárias. Afirma-se apenas que existem situações em que a disponibilidade de recursos é observada.

A título exemplificativo, a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que a concessão do Financiamento Estudantil – FIES fica condicionada à disponibilidade de recursos<sup>86</sup>.

Dessa forma, não se nega que o Estado possua uma “reserva do possível”. Mas também não se pode admitir que os sujeitos de direito por ele tutelados sucumbam à prestação à saúde ao mesmo tempo em que são contempladas ações públicas menos importantes.

## 2.4 O IMPACTO ECONÔMICO DA CHAMADA “JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE”

Inobstante o montante monstruoso de recursos alocados pelos entes políticos nas área de saúde pública, como pôde-se verificar pelas informações trazidas anteriormente, percebe-se nos últimos anos um aumento significativo de pedidos judiciais para a efetivação do direito à saúde, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos e internação para a realização de determinado procedimento.

Quando um magistrado que atua na jurisdição de um município de um determinado estado situado em território nacional exara uma decisão em um caso

<sup>85</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 161

<sup>86</sup> BRASIL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.074 – DF, de 1º de julho de 2013. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FIES. CONCESSÃO DE FINANCIAMENTO CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE LIMITE DE RECURSO DISPONÍVEL DA MANTENEDORA ART. 2º, §3º, DA PORTARIA NORMATIVA Nº 10, DE 30 DE ABRIL DE 2010.. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29744921&num\\_registro=201301147659&data=20130701&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29744921&num_registro=201301147659&data=20130701&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 1.jul.2017.

concreto em que um único indivíduo postula determinada prestação médica, tal concessão isolada, de fato, não representa um dispêndio significativo de verbas públicas.

Ocorre que, no momento em que diversos juízes do país determinam o fornecimento de medicamentos, órteses, próteses, a internação hospitalar, em meio a inúmeras outras modalidades de efetivação da saúde, ocorre um abalo significativo naquilo que havia sido previamente destinado para o montante de gastos com saúde pública: ou o Estado terá de dispender valores suplementares e alterar o seu orçamento, ou então os valores destinados à saúde deverão ser remanejados de forma que se retirem verbas de outros procedimentos para contemplar as determinações judiciais. Nesse último caso, poderão estar sendo prejudicados inúmeros indivíduos que utilizariam procedimentos simplificados para se garantir a efetivação do provimento jurisdicional dado a apenas um cidadão.

Verifica-se que, na prática, o magistrado que concede tal provimento, atenta-se em verdade ao fato de existir dinheiro em caixa do ente público, determinando o bloqueio de valores até que se efetive o que foi por ele determinado.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA E BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A SUA AQUISIÇÃO, EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL. ART. 461, § 5º, DO CPC. POSSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO OU DEMONSTRAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO OU EVIDENTE AMEAÇA DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM MANDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO I. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial 1.069.810/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou orientação no sentido de que cabe ao magistrado avaliar a adoção das medidas necessárias ao cumprimento de decisão que determina o fornecimento de medicamentos, podendo, inclusive, determinar, fundamentadamente, o bloqueio de verba pública necessária à sua aquisição (STJ, REsp 1.069.810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/11/2013). [...] IV. Agravo Regimental improvido.<sup>87,88</sup>

<sup>87</sup> BRASIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL Nº 580.406 – GO, de 25 de março de 2015. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA E BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A SUA AQUISIÇÃO, EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL. ART. 461, § 5º, DO CPC. POSSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO OU DEMONSTRAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO OU EVIDENTE AMEAÇA DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM MANDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45142262&num\\_registro=201402368780&data=20150325&tipo=5&formato=PDF.>](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45142262&num_registro=201402368780&data=20150325&tipo=5&formato=PDF.>). Acesso em: 1. jul.2017.

<sup>88</sup> Refere-se ao art. 461 do CPC/73.

Os impactos econômicos no orçamento público em decorrência das decisões judiciais que dão provimento a demandas de saúde chegam a ser assustadores. De acordo com o último Relatório Sistemático de Fiscalização – Fisc Saúde do Tribunal de Contas da União, que se debruçou sobre o exercício de 2014, e utilizou como fonte um estudo realizado pela Advocacia Geral da União por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, os valores dispendidos pelo Ministério da Saúde para dar cumprimento a decisões judiciais por meio de depósito judicial ou repasses a estados e municípios para que esses entes federados efetivassem a decisão judicial, “saltaram de R\$ 1.572.540,00, em 2006, para mais de R\$ 22.106.700,00, em 2011, último exercício abrangido pelo trabalho. Isso equivale a um aumento de 1.406% em apenas cinco anos.”<sup>89</sup>.

Observou-se ainda que “a maior parte dos gastos determinados por via judicial se referiu à aquisição de medicamentos, cujo valor saltou de R\$ 7,6 milhões em 2006 para R\$ 244 milhões em 2011.”<sup>90</sup>.

Inegável é, portanto, o impacto que as decisões judiciais que concedem prestações à saúde causam nos cofres públicos. Preocupado com tais números, o CNJ editou a Recomendação nº 31/2010, a fim de pelo menos estabelecer um norte aos magistrados postos frente à uma demanda de saúde, como será visto em tópico próprio.

### 3 DECISÃO JUDICIAL

Explicitadas as questões contrapostas que envolvem a complexa temática da consecução do direito à saúde, passa-se o estudo a dedicar-se à tutela jurisdicional, fim objetivado por aqueles que desejam obter forçosamente a efetivação do referido direito às expensas do Estado e que lhe fora negada administrativamente.

Ademais, assentada a ideia de que o Estado, apesar de possuir limites financeiros, pelo que não se negou a existência de uma chamada “reserva do possível”, não pode se eximir da prestação de um “mínimo existencial” a seus indivíduos ao mesmo tempo em que optou por alocar recursos em ações públicas de

---

<sup>89</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistemático de Fiscalização – FISC Saúde**. <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15232A37901529D2A5D8A2277>> p. 110. Acesso em: 03.jul.2017.

<sup>90</sup> Ibidem.

menor importância, a presente seção trará inclusive algumas alternativas viáveis com a finalidade de se minimizar o impacto às verbas públicas.

### 3.1 PARÂMETROS ESSENCIAIS NORTEADORES DA DECISÃO JUDICIAL: MOTIVAÇÃO, DECISÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E IMPARCIALIDADE

Quando posta uma demanda judicial frente ao magistrado, esse, ao proferir uma decisão, seja ela em sede de liminar, de tutela antecipada ou sentença, deverá analisar as questões de fato e de direito que circundam o caso em apreço.

Toda a decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de nulidade, e tal determinação básica se encontra insculpida no art. 93, IX, da CF, sendo reproduzida no art. 11 do Novo CPC.

Além disso, o Código de Processo Civil, em seu §1º do art. 489, prevê um rol – exemplificativo, conforme Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis<sup>91</sup> - de hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada, quais sejam:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

**I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**

**II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**

**III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.<sup>92</sup> [grifos nossos]

Sobre o que justificativa da exigência da motivação das decisões judiciais, explica Daniel Neves que:

<sup>91</sup> **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.** São Paulo: 2016. <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>> Acesso em 3.jul.2017.

<sup>92</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2017. **Código de Processo Civil.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3.jul. 2017.

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.<sup>93</sup>

Assim, é imperioso destacar que não basta ao magistrado citar os dispositivos normativos. Deve explicar por que entende que tais disposições se aplicam ao caso concreto, tanto para que as partes possam insurgir-se contra ela, quanto para que os órgãos de controle jurisdicional possam se certificar da legitimidade da decisão.

Quanto ao que vincula o juiz à decisão, explana Rui Portanova que, para a visão tradicional do direito, o juiz deve primordialmente respeitar o que está posto pela legislação, pois a função do processo é justamente “dar a cada um o que realmente é seu, ou seja, tornar concreto, diante da lide, o ideal de justiça”<sup>94</sup>. Caso se afaste da legislação de tal maneira ao ponto de criar novos direitos, estaria exercendo a função de legislador, e não a sua, de operador do direito<sup>95</sup>.

Tal construção decorre da sistemática da separação dos poderes proposta por Montesquieu, cujo engessamento é amplamente defendido pela doutrina tradicional, na qual cada um dos poderes é atribuído de funções específicas, não podendo um interferir nas dos outros. Assim, o legislador, imbuído da função de criar a legislação, e lá estando porque assim foi escolhido pela população, teria o dever de defender o melhor interesse daqueles a quem representa, o que se materializa através da legislação.

O magistrado, a seu turno, estaria investido de suas funções de Estado-juiz, incumbindo-lhe a tarefa de dar uma resposta a uma dúvida passível de ser sanada pelas fontes do direito, utilizando-se de sua habilidade de resolver conflitos. Há ainda quem diga que o juiz atua como *longa manus*<sup>96</sup> do legislador.

Em síntese, não seria permitido ao magistrado inovar ao ponto de usurpar de sua função.

---

<sup>93</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 125.

<sup>94</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35

<sup>95</sup> Idem, p. 36.

<sup>96</sup> Idem apud MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 70.

Quando discorre sobre a visão alternativa do direito, Portanova defende que “o juiz é – e deve ser – criador”<sup>97</sup>. Admite o autor a necessidade de “deformar a norma vigente para assentar o germe da norma vindoura”<sup>98</sup>, pois o direito está em um processo contínuo de transformação. No entanto, na opinião do autor, não se deve confundir a criação jurisdicional com a legislativa, pois, “criando ao jurisdicionar, o juiz nem de longe se torna legislador”<sup>99</sup>, já que dará uma resposta a um caso concreto posto à sua análise.

É certo que a sociedade transforma em uma frequência tão rápida que o legislativo não consegue acompanhar. A todo o momento, surgem novas situações conflituosas que não haviam sido previstas pelo legislador em um momento antecedente. O particular, por se sentir injustiçado, procura o Poder Judiciário para obter o aval da sua pretensão, restando ao juiz resolver a demanda.

E é justamente essa a função do Judiciário: dar respostas a problemas concretos quando dois - ou mais - interesses entram em conflito, baseando-se nos instrumentos legais colocados à sua disposição, sejam eles efetivamente positivados ou autorizados pela chamada “função integrativa do direito”, que é o caso da interpretação pelos Princípios Gerais do Direito, pela equidade, analogia etc., pois esse não pode eximir-se de decidir arguindo a inexistência de legislação pertinente<sup>100</sup>.

Conclui Portanova que:

Para o exercício democrático da atividade jurisdicional criativa, o juiz precisa estar consciente da vinculação das normas processuais a que está submetido, aos valores políticos e ideológicos que as sustentam e, ao mesmo tempo, ser capaz de, pelas vias hermenêutica e jurisprudencial, abrir caminho para a elaboração de um Direito alternativo mais justo e igualitário que o atual.<sup>101</sup>

Referencia Barroso a quebra de paradigma ocorrida no Século XX, deixando a Constituição de ser um documento eminentemente político e atribuindo-lhe *status* de

---

<sup>97</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 131.

<sup>98</sup> Idem, p. 131.

<sup>99</sup> Idem, p. 132.

<sup>100</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Art. 4º. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em 3.jul.2017.

<sup>101</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 132.



norma jurídica, garantindo-lhe força normativa<sup>102</sup>. Pós Segunda Guerra Mundial, a supremacia da Constituição se propagou, positivando-se ainda nas Constituições contemporâneas os direitos fundamentais, que passavam a ser protegidos pelo Judiciário, ideia originária norte-americana, sucedendo-se a um período em que o legislativo era dominante, modelo esse proposto pela doutrina inglesa<sup>103</sup>.

Dada a força normativa que foi atribuída às constituições das democracias modernas, que é o caso aplicado ao Brasil, nenhuma decisão judicial poderá ser contrária à lei suprema. Assim, mister que o judiciário analise o caso concreto tendo como escopo máximo as normas situadas em sede constitucional, devendo inclusive o magistrado insurgir-se contra legislação que considera inconstitucional, valendo-se do mecanismo de declaração de inconstitucionalidade, uma vez que muitas vezes o legislativo, por atos falhos decorrentes da falta de conhecimento técnico adequado, produz normas que vão de encontro com os preceitos constitucionais.

Nesse sentido é o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixam de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.<sup>104</sup>

Pelo explanado, verifica-se que a ideia ultrapassada de que o julgador deve obedecer estritamente o que foi posto pela legislação infraconstitucional deixa de ter espaço nas democracias modernas, devendo o juiz analisar a lide à luz dos preceitos constitucionais, até porque a constituição é a lei suprema de um Estado Democrático de Direito.

Especificamente sobre a vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, discorre Ingo Sarlet, no mesmo sentido do raciocínio acima exposto, desmembrando, nesse sentido, a função judiciária em negativa, naqueles casos em

---

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> p. 10. Acesso em 3.jul.2017. p. 7.

<sup>103</sup> Idem, p. 8.

<sup>104</sup> Idem, p. 10.

que o Poder Judiciário tem o dever de não aplicar normas contrárias à constituição, inclusive declarando a sua inconstitucionalidade, e positiva, “no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”<sup>105</sup>.

E o autor vai além:

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais [...]. Nesse contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, **parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito.**<sup>106</sup> [grifo nosso]

Deve, assim, o julgador ter como escopo máximo da sua decisão os preceitos constitucionais e, sobretudo, os direitos fundamentais.

Por fim, no momento em que é investido de suas funções públicas, o juiz assume o dever de ser imparcial em sua atuação. Esse ideal de imparcialidade não se limita às causas de impedimentos e suspeições delineadas pelo Código de Processo Civil<sup>107</sup>, entendendo-se que o juiz deve ser um terceiro estranho às partes<sup>108</sup>, cujo objetivo é que analise a questão posta sem vícios.

No entanto, é importante frisar que imparcialidade não pode ser confundida com neutralidade.

Por imparcialidade, diz-se que o juiz deve despir-se de seu estado de espírito, preconceitos, ideologia, visões de mundo, experiências, dentre outros fatores de cunho pessoal. Não significa que deve ser neutro. Por neutralidade, entende-se como o distanciamento absoluto do fato que se analisa, inclusive do contexto histórico, político e social por que se passa, e isso não se aplica à ciência jurídica<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 381.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40

<sup>108</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>109</sup> *Idem*, p. 65.

A neutralidade absoluta poderia conduzir a uma decisão que não atende às necessidades reais das partes e nem à finalidade precípua do direito, que é tentar chegar o mais próximo do ideal de justiça<sup>110</sup>.

Não pode se admitir que o julgador, considerando-se toda a evolução por que passou o Direito até os dias atuais, ao analisar determinada demanda de saúde que lhe fora posta deixe de considerar o contexto social, político e econômico que envolve o drama do indivíduo que recorre ao Judiciário como fim último de sua salvação.

### 3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Atualmente, inúmeras são as postulações judiciais solicitando a efetivação de direitos sociais, como a oferta de vagas em creches, concessão de financiamento estudantil, e do próprio direito à saúde, dentre tantas outras.

Barroso justifica o aumento na demanda judicial envolvendo direitos sociais pós Constituição de 1988, somados à ascensão do Poder Judiciário:

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.<sup>111</sup>

Na opinião do autor, por mais que os argumentos externados pelos magistrados sejam de natureza jurídica, a decisão leva consigo um caráter eminentemente político, em um cenário em que o Judiciário passa a dividir espaço com o Legislativo e o Executivo.

É justamente pela razão de ser a decisão judicial eminentemente política que se passou a discutir “a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites”<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 125.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> Acesso em 3.jul.2017, p. 44.

<sup>112</sup> Idem, p. 46

Não deixa de ser a decisão judicial que altera a dinamicidade das políticas públicas uma interferência direta nos assuntos do Poder Legislativo – porquanto competente para a elaboração da norma que assegure o direito social – e do Poder Executivo – que executa as referidas normas elaboradas pelo Poder Legislativo e, no caso, depende recursos para tanto.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tal interferência não viola o princípio da separação dos poderes, já que, com esse, se pretende justamente assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, e não o contrário.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. [...] 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma 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 importantes. [...] 5. Agravo Regimental não provido.<sup>113</sup>

Veja-se a perfectibilização da tese do ministro Barroso, na qual uma decisão judicial utiliza argumentos jurídicos com o objetivo de se alcançar uma finalidade política, que é a viabilização do acesso à saúde ao suplicante.

Entretanto, a simples interferência causada pela resposta jurisdicional em um poder outro, por si só, não a torna ilegítima. Lembre-se que o art. 2º da Constituição Federal consagra tanto a independência quanto a harmonia entre os poderes.

A temática do exercício da chamada “jurisdição constitucional” envolvendo o controle de políticas públicas ainda é bastante incipiente. Tece o mesmo autor as seguintes considerações:

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre a matéria constitucional e a matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição

---

<sup>113</sup> BRASIL. Agravo Regimental no RECURSO ESPECIAL Nº 1.107.511 – RS, de 6 de dezembro de 2013. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32518367&num\\_registro=200802653389&data=20131206&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32518367&num_registro=200802653389&data=20131206&tipo=5&formato=PDF)> Acesso e 3.jul.2017.

protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. **Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.** <sup>114</sup> [grifo nosso]

Enquanto os ditos parâmetros ainda não forem estabelecidos pelos estudiosos do tema, preza-se para que as decisões judiciais que concedem provimento jurisdicional no tocante às políticas públicas sejam embebidas da consciência de que “não apenas podem e devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade”<sup>115</sup> e que tal interferência não venha a consistir em uma violação do Princípio da Separação dos Poderes.

Sarlet e Figueiredo indicam ainda um critério que deve nortear não só as respostas jurisdicionais, mas também a atuação de todos os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais e especialmente no caso dos direitos sociais, que é o da proporcionalidade, caracterizado pela chamada dupla dimensão como proibição do excesso e da insuficiência, e seus desdobramentos, que são: adequação, que é o meio adequado para a consecução do resultado pretendido; necessidade, para que os direitos não sejam subjugados; e proporcionalidade em sentido estrito, que é relação custo-benefício, entendida por alguns como razoabilidade no que diz respeito à relação entre os meios e os fins<sup>116</sup>.

### 3.3 AS AÇÕES DE SAÚDE PROPRIAMENTE DITAS E SEU DESFECHO

As ações de saúde discutem, por óbvio, a tutela do direito individual, embora de caráter social. No caso, um único indivíduo postula provimento jurisdicional que lhe

<sup>114</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> Acesso em 3.jul.2017, p. 48.

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e TIMM, Luciano Benetti. Organizadores. **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto alegre: Livraria do Advogado: 2013. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**, p. 31.

<sup>116</sup> Idem, p 33.

assegure a prestação do direito à saúde, que é classificado como direito de natureza social.

Com relação à viabilidade de se mover um processo para a obtenção da satisfação de determinada postulação, entende Daniel Neves que o instituto das Condições da Ação foi mantido pelo Novo CPC, refutando a tese defendida por alguns autores de que o Novo Digesto teria adotado a Teoria Abstrata da Ação<sup>117</sup>. Assim, são condições da ação: a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

A legitimidade recai sobre o indivíduo que postula o seu direito, devendo estar assistido ou representado, no caso de relativa ou absolutamente incapaz, respectivamente, se for o caso.

A possibilidade jurídica do pedido é, em síntese, a previsão legal da postulação ou a inexistência de vedação legal quanto ao pedido.

Finalmente, o interesse de agir, ou interesse processual, refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário provocar uma alteração na situação fática por que passa o indivíduo, o que não se confunde com o mérito da demanda, devendo o interesse de agir ser analisado abstratamente, no momento inicial do processo, logo após a propositura da demanda.

A doutrina aborda ainda dois aspectos que devem ser observados quanto ao interesse de agir: a necessidade e a adequação. Assim leciona Daniel Neves:

Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. [...]  
Por adequação se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses apresentado na petição inicial. Sendo a lide consubstanciada numa resistência à pretensão de obtenção de um bem da vida, cabe ao autor requerer uma prestação jurisdicional que seja apta a afastar essa resistência, com isso liberando caminho para a obtenção o bem da vida pretendido [...]<sup>118</sup>.

Extraí-se ainda desse trecho a já conhecida premissa entre os operadores do direito de que a lide se dá quando o titular do direito se insurge contra a pretensão resistida.

---

<sup>117</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. 2ª tir. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 71-79.

<sup>118</sup> Idem, p. 74-75.

Especificamente no tocante às ações de saúde, o entendimento majoritário tem sido no sentido de que é necessário ainda o preenchimento de três requisitos para o seu sucesso, sem os quais não haverá interesse de agir: (a) o tratamento foi requerido administrativamente; (b) o fornecimento do tratamento foi negado administrativamente; e (c) que o tratamento não possui alternativa terapêutica igualmente eficaz e regularmente fornecida pela rede de saúde pública.

Nesse raciocínio, a súplica ao Poder Judiciário se mostra pertinente no momento em que o indivíduo titular do direito à saúde e não tem condições de provê-la ou de tê-la provida por sua família (mínimo existencial) encontra uma barreira quando a busca na seara administrativa (interesse de agir), seja porque corre o risco de sucumbir à espera da prestação médica em virtude da demora nas listas de espera ou quando não há tratamento eficaz equivalente fornecido pelo Estado.

Portanto, não seria razoável que o indivíduo que buscasse tratamento médico particular, sem primeiramente tê-lo procurado na seara pública, posteriormente resolvesse simplesmente cobrar a conta do Estado.

Nesse sentido foi a sentença prolatada nos autos do Processo nº 5011627-10.2014.4.04.7102/RS, na qual o magistrado, confirmando a decisão em sede de tutela antecipada, indeferiu o pleito de um cidadão que, tendo contraído a síndrome de *Guillain Barré*, enfermidade na qual o sistema imunológico ataca erroneamente o próprio sistema nervoso do indivíduo<sup>119</sup>, houve por bem internar-se no Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo – HCAA, firmando despesas de internação e tratamento medicamentoso, postulando, posteriormente, que fossem custeadas pelo Estado. No mérito da decisão, o magistrado argumentou que:

Na hipótese dos autos, o postulante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a resistência da Administração Pública em fornecer a internação hospitalar realizada e a terapêutica administrada. Depreende-se do contexto probatório carreado, em especial nos eventos 1, 4 e 18, ter o autor buscado diretamente o hospital particular, sem qualquer diligência mínima, ainda que em segundo momento, em tratativas de transferência para um nosocômio público, tampouco para obtenção do medicamento utilizado.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> MINHA VIDA. **Síndrome de Guillain-Barré: sintomas, tratamentos e causas.** <<http://www.minhavidacom.br/saude/temas/sindrome-de-guillain-barre>> Acesso em 19.jun.2017.

<sup>120</sup> BRASIL. Sentença judicial nos autos do Processo n 5011627-10.2014.4.04.7102/RS. **Lex:** Justiça Federal da 4ª Região. <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50116271020144047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&tod](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50116271020144047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&tod)>

A sentença foi confirmada em sede de Tribunal, o que culminou na elaboração da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. [...] O direito ao ressarcimento de despesas médicas particulares somente é reconhecido nos casos em que há negativa de tratamento médico ou diante de fato excepcional que justifique o imediato atendimento particular, à vista de inexistência ou insuficiência do serviço público.<sup>121</sup>

Quanto a valores, verifica-se, na praxe forense, que muitas vezes são aviados pela própria parte postulante orçamentos, geralmente em número de três, de diferentes fornecedores, para verificar os preços usualmente ditados pelo mercado de consumo, no caso de postulação de medicamentos, órteses, próteses, ou de estabelecimentos hospitalares, quando se requer a internação para realização de procedimentos médicos.

No entanto, o preço pago pela aquisição de determinado produto medicamentoso ou serviço ou utilização de determinado serviço de estabelecimentos particulares é consideravelmente mais oneroso do que se o ente público, na sua qualidade, dispenderia para tanto se ele próprio firmasse contrato.

Isso porque, quando solicitado pelo enfermo determinado orçamento a fim de embasar demanda judicial, o estabelecimento particular lhe fornecerá soma que inclui o lucro que eventualmente terá com a efetiva aquisição ou contratação pelo particular – lembrando-se que mesmo aqueles que possuem imunidade tributária, como é o caso de muitos nosocômios, poderão auferir renda, desde que a revertam a suas finalidades institucionais.

Assim, quando é determinada no bojo de um processo a aquisição, por exemplo, de um medicamento através de um fornecedor particular, ainda que com

---

aspartes=&hdnRefId=b993c4a2fbd1142b9b3321a0110c3258&txtPalavraGerada=qwwr&txtChave= > Acesso em 19.jun.2017.

<sup>121</sup> BRASIL. APELAÇÃO CÍVEL Nº 5011627-10.2014.4.04.7102/RS, de 22 de março de 2016. Ementa: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal Federal da 4ª Região. <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41458942668390541110000000545&evento=41458942668390541110000000155&key=0526cfff2c6b7c76e7aedcf760aed3440cb83d6548aedd45fb51e44bfd007fae](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41458942668390541110000000545&evento=41458942668390541110000000155&key=0526cfff2c6b7c76e7aedcf760aed3440cb83d6548aedd45fb51e44bfd007fae)> Acesso em: 19.jun.2017.



verbas públicas, o valor dispendido em verdade será aquele previamente orçado ao particular.

Diferente seria se o ente público contratasse determinado serviço ou adquirisse determinados insumos médicos, pois são privilegiados em relação aos particulares.

Exemplo disso pode ser encontrado nas tabelas elaboradas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED<sup>122</sup>, que estabelecem para os medicamentos alopáticos o seu preço máximo de fábrica - aquele comercializado no mercado comum - e o preço máximo de venda ao governo – que o adquire nessa qualidade.

Uma alternativa válida, no caso de aquisição de fármacos, é que a compra seja efetuada através das próprias entidades públicas.

Dita alternativa tem sido amplamente utilizada na Subseção Judiciária de Santa Maria - RS, em que o juízo determina que os medicamentos sejam adquiridos através da Gerência Administrativa do Hospital Universitário de Santa Maria – HUSM, hospital-escola vinculado junto à Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Colaciona-se trecho de decisão em sede de antecipação de tutela nos autos do Processo nº 5001849-45.2016.4.04.7102/RS, que não sofreu reformas pelo Tribunal quando agravada:

[...] Ante o exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar aos Réus que disponibilizem, no prazo máximo de 05 (cinco) dias, o fornecimento ao Autor de 84 (oitenta e quatro) comprimidos do medicamento "Sofosbuvir 400mg" e 84 (oitenta e quatro) comprimidos do medicamento "Simeprevir 150mg", suficientes para o tratamento prescrito, informando imediatamente este Juízo acerca da entrega dos fármacos. No ponto, esclareço que o decurso "in albis" do prazo acima caracterizará o descumprimento da ordem judicial, permitindo o desenvolvimento do processo aquisitivo **através do Gerente Administrativo do HUSM** e consequente e irrevogável ordem de compra ao fornecedor conforme abaixo explicitado "c"; ou seja, a eventual compra e entrega do medicamento a destempo não está autorizada por este Juízo!

[...]

Sem prejuízo do oportuno bloqueio de valores e tendo em vista a urgência que o caso requer, desde já **REQUISITO O PROCEDIMENTO DE COMPRA PELO GERENTE ADMINISTRATIVO DO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE SANTA MARIA, que deverá ser imediatamente notificado mediante ofício para que:**

a) abra processo administrativo de compra judicial de 84 (oitenta e quatro) comprimidos do medicamento "Sofosbuvir 400mg" e 84 (oitenta e quatro) comprimidos do medicamento "Simeprevir 150mg", vinculado ao presente feito;

<sup>122</sup> BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Câmara de Regulação – CMED. <[http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA\\_CONFORMIDADE\\_GOV\\_2016-07-21.pdf/f872c689-271c-444f-aa96-aaef31e865d8](http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2016-07-21.pdf/f872c689-271c-444f-aa96-aaef31e865d8)> Acesso em: 3.jul.2017.

b) proceda ao levantamento de preços do medicamento/insumo, juntando a estes autos a comprovação da pesquisa e a indicação do menor valor;

**b.1) a pesquisa deverá, na medida do possível, respeitar as diretrizes da tabela CMED;**

b.2) deverá ser verificada a regularidade fiscal do fornecedor;

c) após, decorrido o prazo concedido aos Réus sem cumprimento da decisão e verificada a disponibilidade do numerário, mediante prévia autorização deste Juízo, emita ordem de compra ao fornecedor indicado, zelando pelo recebimento da mercadoria, cujo prazo de validade deverá englobar o período de tratamento, sua conferência e guarda;

d) recebida a mercadoria, informe ao Juízo o recebimento, indicando conta bancária em nome do fornecedor para depósito, por ordem judicial, do valor dos bens;

e) a dispensação do medicamento/insumo seguirá as seguintes diretrizes:

e.1) para os medicamentos que demandem aplicação em estabelecimento hospitalar, ficarão sob a guarda do HUSM, em nome da parte autora, salvo ordem judicial em contrário;

e.2) para os medicamentos que não demandem aplicação em estabelecimento hospitalar, ou insumos cirúrgicos, cujo procedimento não será realizado no HUSM, a entrega se dará mediante assinatura de recibo, no qual conste a declaração, sob as penas da lei, de que não obteve a medicação/insumo de outro órgão público, ficando autorizada(s) para recebimento a(s) seguinte(s) pessoa(s):

CLANDIO RIBEIRO BENTO, CPF nº [REDACTED];<sup>123</sup>

f) caso a medicação/insumo não seja retirada ou havendo qualquer outra dúvida ou questionamento, solicite a este Juízo os esclarecimentos de como proceder;

g) após a entrega de toda a medicação/insumo, junte aos autos a íntegra do processo administrativo para homologação judicial do procedimento;

**h) no caso de falecimento do paciente ou cessação do tratamento, dê destinação aos outros pacientes do HUSM, em tratamento pelo SUS, buscando aproveitar os medicamentos/insumos dentro de seu prazo de validade; e**

**i) fique ciente de que a presente requisição judicial não se submete ao procedimento de dispensa de licitação da lei nº 8.666/93, não depende de dotação orçamentária ou empenho, bem como está submetida à fiscalização e à prestação de contas apenas perante este Juízo, pois se trata de medida judicial de efetivação da tutela concedida.**

[...]

Cumpra-se com urgência, servindo cópia como ofício.<sup>124</sup> [grifos nossos]

Observe-se que, nesse caso, determinou-se que os medicamentos fossem adquiridos através da Gerência Administrativa do HUSM, que é o hospital-escola pertencente à UFSM, sendo essa última uma autarquia federal e, portanto, as compras observariam os preços pagos pelo governo, até porque, de acordo com o que foi ordenado pelo próprio magistrado, tais aquisições deveriam observar a tabela CMED.

<sup>123</sup> CPF do beneficiário suprimido.

<sup>124</sup> BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região. Sentença judicial nos autos do Processo n 5001849-45.2016.4.04.7102/RS

<[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50018494520164047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50018494520164047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>) Acesso em 19.jun.2017.

Veja-se que o magistrado procurou deixar claro que tal requisição não equivalia ao procedimento de dispensa de licitação, ou seja, o fato de ter sido determinada a compra de insumos por meio de decisão judicial não era um aval para que o setor responsável pelas compras do HUSM deixasse de observar as regras de licitação.

Interessante ainda é a preocupação do juiz quanto ao destino dos fármacos nas hipóteses da alínea 'h', quais sejam, no caso de falecimento do paciente ou findado o tratamento, resguardando-se de que os produtos seriam destinados a outros pacientes do HUSM, em uma nítida intenção de garantir que as cifras públicas não fossem dispendidas em vão.

Ainda no caso dos fármacos, outra questão polêmica, diz respeito à compra que leva em consideração a marca do produto em detrimento de seu princípio ativo.

Muitas vezes, o Estado se obriga a fornecer medicamento observando a marca do produto, uma vez que assim foi determinado na decisão judicial, que se baseou em laudo médico indicando determinada marca, apesar de haver outro de mesmo princípio ativo inclusive disponibilizado pelo SUS<sup>125</sup>.

Embora haja muita resistência no meio médico quanto à prescrição de medicamentos de mesmo princípio ativo que marcas referentes, caso a aquisição às expensas dos recursos públicos observe tão somente o princípio ativo do insumo, poderão outras pessoas ser beneficiadas devido à economia gerada pela compra alternativa.

De acordo com o art. 3º da Lei nº 6.360/76, são denominados:

XX - Medicamento Similar – aquele que contém **o mesmo ou os mesmos princípios ativos, que apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica e que é equivalente ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária**, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca; (Redação dada pela Lei nº 13.235, de 2015) (Vigência)

XXI – Medicamento Genérico – **medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável**, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI; (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)

XXII – Medicamento de Referência – produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja

---

<sup>125</sup> SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. **Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo**. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. <[http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_29.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_29.pdf)> p. 9. Acesso em 3.jul.217.

eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro; (Inciso incluído pela Lei nº 9.787, de 10.2.1999)<sup>126</sup>

Veja-se que tanto o produto similar quanto o genérico devem observar as mesmas composições do seu de referência, ter comprovada sua “eficácia, segurança e qualidade” e o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, motivo pelo qual não parece razoável que a compra de medicamentos com recursos públicos se dê pela marca do produto.

### 3.4 PONTOS ADICIONAIS RELEVANTES SOBRE A MATÉRIA

#### 3.4.1 RECOMENDAÇÃO Nº 31 DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, preocupado com o significativo aumento de provimentos jurisdicionais concedendo o acesso à prestação médica às expensas dos entes públicos, editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.

Em linhas gerais, tal recomendação objetiva que o magistrado se assegure ao máximo sobre a efetiva necessidade da concessão da prescrição médica, a dosagem precisa no caso de medicamentos, permitam o contraditório por parte dos gestores públicos, instiga as escolas da magistratura a inserirem em seus cursos de formação programas de direito sanitário e seminários relacionados a essa área, dentre outras sugestões, tudo com a finalidade de que não sejam dispendidos recursos públicos sem real necessidade.

Interessante é o conteúdo do inciso I, alínea ‘a’, orientando os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais regionais Federais a,

até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas

<sup>126</sup> BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm)> Acesso em 3.jul.2017.

apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;<sup>127</sup>

Foi assim que se deu o surgimento dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário - NAT-Jus, que contam com o apoio de profissionais da saúde e cujo objetivo é fornecer subsídios técnicos, tais como informações sobre o fornecimento de medicamentos e insumos em geral, exames, procedimentos de urgência e emergência, bem como os eletivos, leitos em unidades de terapia intensiva (UTI), tratamento médico e insumo nutricional<sup>128</sup>.

Assim, os profissionais especializados na área da Saúde trabalham conjuntamente com o Judiciário como forma de maximizar a eficiência das decisões judiciais nas demandas de saúde.

### 3.4.2 MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 566.471<sup>129</sup>, pelo qual se discute a obrigatoriedade de o Estado em fornecer medicamento de alto custo àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com a sua aquisição.

Reconhecida a repercussão geral sobre a matéria em 03 de dezembro de 2007, sobre o referido RE ainda não foi dado pronunciamento definitivo. O processo havia sido levado a julgamento, no entanto, foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado do Ministro Roberto Barroso em 15 de setembro de 2016.

Pertinente, contudo, fazer referência à manifestação do relator do processo, Ministro Marco Aurélio, de acordo com o Informativo nº 839 do STF:

O ministro Marco Aurélio (relator) desproveu o recurso extraordinário. Em seu voto, afirmou que **reconhecer o direito individual à oferta, pelo Estado, de remédio de alto custo não incluído na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional depende de comprovada imprescindibilidade — adequação e necessidade — ou impossibilidade de substituição do fármaco**. É necessário demonstrar, ainda, a incapacidade financeira do

<sup>127</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; **Recomendação nº 31/2010**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102\\_012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102_012173049.pdf)> Acesso em 26.jun.2017

<sup>128</sup> BRASIL. Estado do Acre. Tribunal de Justiça. **Atual gestão do TJAC institui Núcleo de Apoio Técnico em Saúde**. Disponível em: <<https://www.tjac.jus.br/noticias/atual-gestao-do-tjac-institui-nucleo-de-apoio-tecnico-em-saude/>> Acesso em 26.jun.2017

<sup>129</sup> BRASIL. Andamento do Recurso Extraordinário nº 566.471. Supremo Tribunal Federal. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>> Acesso em 26.jun.2017.

enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos previstas nos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil (CC).

O relator rememorou que, no País, há a Política Nacional de Medicamentos. Por meio dela, elaboram-se listas de remédios a serem distribuídos aos necessitados, com destaque para o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente às medicações de alto custo ou excepcionais. Mencionou, também, ser esperado que essas políticas levem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional de medicamentos.

Entretanto, ressaltou não estar em discussão o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas medidas. Afinal, não caberia ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas corrigir injustiças concretas.

**Assim, verificada a transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde se revelaria imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa.** É o caso do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas. **Objecções de cunho administrativo não podem prevalecer diante de ofensas ao mínimo existencial. Argumentos genéricos ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes tampouco têm sentido prático em face de inequívoca transgressão a direitos fundamentais.**

Ainda segundo o relator, para a configuração do mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, seria imperioso verificar a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde — elemento objetivo— e a incapacidade financeira de aquisição — elemento subjetivo.

**A imprescindibilidade estaria configurada quando provado que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo ausente dos programas de dispensação do governo para o procedimento terapêutico apontado como necessário ao aumento de sobrevida ou à melhora da qualidade de vida, condições da existência digna do enfermo.** Tal prova se daria em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita.

Nesse caso, caberia ao Estado prova em contrário tanto da inadequação como da desnecessidade do medicamento. Revelada a sua absoluta inutilidade ou, ao menos, a inequívoca insegurança quanto a resultados positivos, bem como a existência de outro fármaco com menor custo e mesma eficácia, a imprescindibilidade seria afastada.

O segundo elemento a ser considerado é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estaria definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para a aquisição de medicação reconhecidamente adequada e necessária ao tratamento de saúde do indivíduo. Tal ótica estaria em conformidade com as decisões do STF.

Quanto à situação financeira do paciente, o relator frisou que, na família contemporânea, não pode haver direitos sem responsabilidades. A igualdade e a autonomia dos integrantes reclamam reciprocidade e solidariedade. Essa concepção é clara no art. 229 da Constituição, segundo o qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo abrange, portanto, os deveres de cuidado com a saúde como manifestação cogente de solidariedade familiar. Logo, a dignidade humana, considerado o direito à saúde, seria comprometimento não só do Estado mas também da família. E, tendo em vista que não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade, cabe ao intérprete harmonizá-los. Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a sociedade por meio de tributos. Nesse sentido, o Estado atua subsidiariamente, ou seja, exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária.

Entretanto, para o relator, ainda que os deveres de solidariedade familiar estejam presentes, o mínimo existencial dos membros da família deve ser respeitado. A obrigação dos familiares é limitada pela capacidade financeira de custeio dos direitos básicos — saúde, educação, alimentação, moradia — de si mesmos e dos parentes mais próximos. Dessa forma, o dever solidário de cada um surge apenas quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente. Para isso, as nuances de prioridades devem ser resolvidas pela observância das regras do Código Civil sobre a estrutura da família, das relações de parentesco e dos deveres alimentares.

De acordo com o art. 1.694 do CC, o direito aos alimentos está vinculado às relações conjugais, de união estável e de parentesco. Quanto às relações conjugais hétero e homoafetivas, a obrigação recai sobre o cônjuge; já no caso da união estável, o companheiro é o responsável.

Quanto ao parentesco, tanto na relação natural quanto na civil, ou até mesmo na socioafetiva, o dever observaria o art. 1.697 do CC (“Na falta dos ascendentes, a obrigação de alimentos cabe aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, na falta destes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”). O dispositivo abarcaria as relações de parentesco em linha reta e colateral, caso em que, aquelas precederiam estas.

Nesse sentido, considerando-se parentes em linha reta, a obrigação prioritária é dos pais (ascendentes em primeiro grau). Tal responsabilidade pode recair de forma exclusiva, sucessiva ou complementar sobre os demais ascendentes, avós ou bisavós (CC, art. 1.696). Na ausência dos ascendentes ou na incapacidade financeira deles, o dever é atribuído aos descendentes, observada a ordem de sucessão (filhos, netos e assim por diante).

Na falta de ascendentes e descendentes, surge o dever de solidariedade por relação de parentesco em linha colateral, considerados os irmãos, germanos ou unilaterais.<sup>130</sup>

A Política Nacional de Medicamentos – PNM a que se refere o ministro faz parte da Política Nacional de Saúde – PNS, é um conjunto de diretrizes, prioridades e decisões na área farmacêutica e tem como objetivos “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”<sup>131</sup>, instituída pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde. Por sua vez, o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, formalizado pela Portaria nº Portaria nº 1.654, de 11 de agosto de 2004, possibilita o fornecimento de “medicamentos de nível ambulatorial para portadores de doenças crônicas de baixa prevalência ou raras, a exemplo das doença (sic) de Alzheimer, *parkinson*, esclerose múltipla, osteoporose, puberdade precoce, hepatites, fibrose cística”<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 839**. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo839.htm>> Acesso em 26.jun.2017

<sup>131</sup> BRASIL. Ministério da saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_medicamentos.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf)> Acesso em 3.julho.2017.

<sup>132</sup> RODRIGUES, Carolina de Miranda. **Estado esclarece sobre acesso a Medicamentos de Alto Custo** <<http://www.saude.mt.gov.br/noticia/1523>> Acesso em: 27.jun.2017.

Percebe-se que, no entendimento do ministro, o Estado teria responsabilidade em fornecer fármacos que não estejam contemplados pelas políticas supracitadas desde que comprovada a imprescindibilidade ou a impossibilidade de substituição do remédio.

Observa-se ainda que o voto do ministro se segue tecendo argumentos sobre o mínimo existencial, no sentido de que, sendo a prestação Estatal a única forma de garantir que o sujeito possua o mínimo de vida digna, quando não tem como provê-lo ou de tê-lo provido pela sua família, não há escusa para aquele, o que vai ao encontro do que já foi discorrido anteriormente sobre o mínimo existencial.

### 3.4.3 MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA ANVISA

Outra questão polêmica diz respeito ao fornecimento de medicamentos não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Primeiramente, deve-se esclarecer que a jurisprudência tem entendido que o fato de o medicamento postulado não estar previsto na lista daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde não exime o Estado de fornecê-los, desde que possua registro na ANVISA.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA NA LISTA BÁSICA DO SUS. PREVALÊNCIA DA LEI 8.080/90. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Apresentado como único óbice ao fornecimento de medicamento, a ausência do fármaco na lista básica do SUS, embora possua registro na ANVISA, não exime o estado de prestar ao cidadão o necessário atendimento, em enlevo ao direito à vida e à saúde previsto na Lei 8.080/1990, máxime na hipótese dos autos, em que o ente estatal não indicou substituto. [...] Recurso especial provido<sup>133</sup>

Quanto ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 657718 – MG, que também teve seu julgamento adiado.

---

<sup>133</sup> BRASIL. Recurso Especial nº 1585522 – RO. Ementa: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA NA LISTA BÁSICA DO SUS. PREVALÊNCIA DA LEI 8.080/90. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62155614&num\\_registro=201600525004&data=20160617&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62155614&num_registro=201600525004&data=20160617&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 3.jul.2017.



Oportuno, no entanto, fazer-se referência ao voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, que gerou a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO.

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter **absolutamente excepcional** e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior a 365 dias). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para o fim de determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista que, no curso da ação, este foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”<sup>134</sup>.

No caso em tela, a demanda havia sido proposta em 2011 e, durante o ano de 2013, o medicamento acabou sendo reconhecido pela ANVISA. Ainda assim, o STF entendeu pela da repercussão geral da matéria, levando-se o feito a julgamento.

<sup>134</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 – MG. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-vers%C3%A3o-final.pdf>> Acesso em 25.jun.2017.

Percebe-se o entendimento do Ministro no sentido de que o judiciário não se presta a determinar o fornecimento de fármacos cuja eficácia não seja reconhecida pela ANVISA, sob pena de se por em risco a saúde da população, uma vez que não domina os conhecimentos técnicos necessários para atestar se determinado medicamento será útil para o tratamento a que se busca, ressalvando a hipótese excepcional descrita na ementa.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se à problemática que enfrentam os magistrados quando postos frente a uma demanda na qual se pleiteia a efetivação do direito à saúde.

Primeiro, assentou-se a enorme relevância dos direitos fundamentais, ainda mais por estarem positivados na Constituição Federal - norma máxima do Estado brasileiro - dentre os quais estão inseridos os direitos sociais e, nesses, o direito à saúde.

O direito à saúde é ainda, com base nos preceitos constitucionais, enquadrado no conceito de mínimo existencial.

Ao explicitar em sua Lei Suprema que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, o poder público não pode se eximir da responsabilidade de tal prestação, sendo ainda que dita responsabilidade é solidária entre os entes federados, por força do art. 23, II, da CF.

Ainda, o direito à saúde enquanto direito social possui caráter prestacional, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado. De fato, como forma de dar efetividade a esse dever, estruturou-se o Sistema Único de Saúde, que já era delineado na própria Constituição, vindo a legislação infraconstitucional a concretizá-lo.

Ocorre que, em meio às suas múltiplas ações de caráter público, o Estado precisa organizar as suas finanças, o que se dá por meio do orçamento. É pelo orçamento que o Estado planeja suas receitas e despesas, promulgando o PPA, a LDO e a LOA, todas leis infraconstitucionais e em âmbito de cada esfera de governo. Obviamente, o Estado acaba por não conseguir atender a todos os indivíduos que buscam a prestação pública à saúde, uma vez que seus recursos ficam limitados à arrecadação estatal.

Assim, no momento em que um indivíduo encontra uma barreira quando procura a assistência pública de saúde por correr o risco de sucumbir à espera da prestação médica adequada ou por não haver tratamento eficaz disponível no SUS, encontra no Poder Judiciário a esperança de um provimento jurisdicional que force os entes federados a efetivarem seu direito à saúde.

A chamada judicialização da saúde é causa de grande preocupação até mesmo no meio jurídico, já que interfere de forma considerável no planejamento estatal orçamentário.

No entanto, não pode o julgador decidir de forma contrária à Constituição, que naturalmente deve prevalecer quando conflitada com a norma infraconstitucional, nem distante do contexto social brasileiro. Assim, sopesados os interesses conflitantes discorridos nesse trabalho, o direito fundamental à saúde, enquanto enquadrado no que se considera como mínimo existencial, deve ser priorizado ao mero interesse econômico do Estado. Tal escolha poderia ser diferente se envolvesse um direito que, ainda que fundamental, não esteja inserido na ideia de mínimo existencial.

Não pode prevalecer a tese de que o Estado não está mais obrigado àquilo que ultrapassar suas projeções quando ele mesmo alocou recursos de forma desproporcional, contemplando-se outras ações públicas de menor relevância enquanto sua população sucumbe à espera da prestação à saúde adequada.

É claro que não se deve admitir uma decisão absurda, arbitrária e irrazoável, que conceda todo e qualquer pleito indistintamente, sob pena de o Judiciário ser responsável pela completa desestruturação financeira do país.

Até o momento, a doutrina ainda não firmou parâmetros objetivos que possam ser utilizados pelos magistrados como suporte às suas decisões nos pleitos de saúde. No entanto, podem ser elencados alguns critérios de melhor escolha, com a finalidade de se chegar o mais próximo de um equilíbrio entre as duas pretensões conflitadas, objetivando-se minimizar os impactos econômicos da judicialização da saúde, podendo ser apontados, apenas a título exemplificativo: (a) a comprovação que houve pedido administrativo que foi negado e que não há tratamento eficaz alternativo fornecido pelo SUS; (b) a urgência na prestação; (c) a opção de compra pelo princípio ativo do medicamento; (d) a compra através de ente público; (e) a observação da Recomendação nº 31/2010 do CNJ.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Câmara de Regulação – CMED. <[http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA\\_CONFORMIDADE\\_GOV\\_2016-07-21.pdf/f872c689-271c-444f-aa96-aaef31e865d8](http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA_CONFORMIDADE_GOV_2016-07-21.pdf/f872c689-271c-444f-aa96-aaef31e865d8)>  
BRASIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL Nº 580.406 – GO, de 25 de março de 2015. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA E BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A SUA AQUISIÇÃO, EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL. ART. 461, § 5º, DO CPC. POSSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO OU EMOSTRACÃO DE DESCUMPRIMENTO OU EVIDENTE MEAÇA DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM MANDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45142262&num\\_registro=201402368780&data=20150325&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45142262&num_registro=201402368780&data=20150325&tipo=5&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no RECURSO ESPECIAL Nº 1.107.511 – RS, de 6 de dezembro de 2013. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32518367&num\\_registro=200802653389&data=20131206&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32518367&num_registro=200802653389&data=20131206&tipo=5&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no recurso extraordinário nº 639.337 - SP, de 15 de setembro de 2011. Ementa: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO -

DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>

\_\_\_\_\_. Andamento do Recurso Extraordinário nº 566.471. Supremo Tribunal Federal. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>>

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO CÍVEL Nº 5011627-10.2014.4.04.7102/RS, de 22 de março de 2016. Ementa: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal Federal da 4ª Região. <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41458942668390541110000000545&evento=41458942668390541110000000155&key=0526cfff2c6b7c76e7aedcf760aed3440cb83d6548aedd45fb51e44bfd007fae](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41458942668390541110000000545&evento=41458942668390541110000000155&key=0526cfff2c6b7c76e7aedcf760aed3440cb83d6548aedd45fb51e44bfd007fae)>

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Entenda o Orçamento.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/entenda/cartilha/cartilha.pdf>>. Acesso em: 19.jun.2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça; **Recomendação nº 31/2010.** <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Brasília, UNESCO: 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Art. 4º. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>

\_\_\_\_\_. Embargos Infringentes em Acórdão nº 1999.04.01.014944-9/RS, de 11 de maio de 2005. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=614953&hash=79d9bb3b8428daa962114a73b89c3f32](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=614953&hash=79d9bb3b8428daa962114a73b89c3f32)>.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. **Ministro destaca SUS como modelo em evento internacional.** <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/ministro-destaca-sus-como-modelo-em-evento-internacional>>

\_\_\_\_\_. Justiça Federal da 4ª Região. Sentença judicial nos autos do Processo n 5001849-45.2016.4.04.7102/RS <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50018494520164047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50018494520164047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Brasília. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2017. **Código de Processo Civil.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2017.** Anexo I. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2017/lei/ANL13414.pdf>>. Acesso em: 19.jun.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm)>

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Anexo I da Portaria nº 2.048/09-MS** <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/a2.048/09-MSnexol\\_prt2048.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/a2.048/09-MSnexol_prt2048.pdf)>

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Entenda o SUS.** <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Fundo a Fundo.** <<http://portalfns.saude.gov.br/fundo-a-fundo>>

\_\_\_\_\_. Ministério da saúde. **Política Nacional de Medicamentos.** <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_medicamentos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf)>

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Orçamento de 2017 é sancionado com mais recursos para saúde e educação.** <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/orcamento-de-2017-e-sancionado-com-mais-recursos-para-saude-e-educacao>>

\_\_\_\_\_. Recurso Especial 771537 - RJ, de 03 de outubro de 2005. Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1983141&num\\_registro=200501283114&data=20051003&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1983141&num_registro=200501283114&data=20051003&tipo=5&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. Recurso Especial n.º 1488639 - SE de 16 de dezembro de 2014. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num\\_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. Recurso Especial n.º 1585522 – RO. Ementa: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA NA LISTA BÁSICA DO SUS. PREVALÊNCIA DA LEI 8.080/90. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62155614&num\\_registro=201600525004&data=20160617&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62155614&num_registro=201600525004&data=20160617&tipo=5&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. MANDADO DE SEGURANÇA N.º 20.074 – DF, de 1º de julho de 2013. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FIES. CONCESSÃO DE FINANCIAMENTO CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE LIMITE DE RECURSO DISPONÍVEL DA MANTENEDORA ART. 2º, §3º, DA PORTARIA NORMATIVA N.º 10, DE 30 DE ABRIL DE 2010.. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29744921&num\\_registro=201301147659&data=20130701&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29744921&num_registro=201301147659&data=20130701&tipo=5&formato=PDF)>

\_\_\_\_\_. Recurso Especial n.º 674803 - 2004/0092249-5 de 06 de março de 2007. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS.



FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2912671&num\\_registro=200400922495&data=20070306&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2912671&num_registro=200400922495&data=20070306&tipo=5&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário nº 855.178 - SE, de 05 de março de 2015. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.. **Lex:**

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>

BRASIL. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário nº 855.178 - SE, de 05 de março de 2015. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.. **Lex:**

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>.

\_\_\_\_\_. Sentença judicial nos autos do Processo n 5011627-10.2014.4.04.7102/RS. **Lex:** Justiça Federal da 4ª Região.

<[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50116271020144047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=b993c4a2fbd1142b9b3321a0110c3258&txtPalavraGerada=qwwr&txtChave="](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50116271020144047102&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=b993c4a2fbd1142b9b3321a0110c3258&txtPalavraGerada=qwwr&txtChave=)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 839.**

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo839.htm>>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistêmico de Fiscalização – FISC Saúde.**

<<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15232A37901529D2A5D8A2277>>

**Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.** São Paulo: 2016.

<<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>

ESTADO DO ACRE. Tribunal de Justiça. **Atual gestão do TJAC institui Núcleo de Apoio Técnico em Saúde.** <<https://www.tjac.jus.br/noticias/atual-gestao-do-tjac-institui-nucleo-de-apoio-tecnico-em-saude/>>

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos.** Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

KERTZMANN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O Mínimo Existencial Como Limite à Aplicação da Reserva do Possível aos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306>>

MINHA VIDA. **Síndrome de Guillain-Barré: sintomas, tratamentos e causas**. <<http://www.minhavidacom.br/saude/temas/sindrome-de-guillain-barre>>

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. 2ª tir. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 – MG. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-vers%C3%A3o-final.pdf>>

RODRIGUES, Carolina de Miranda. **Estado esclarece sobre acesso a Medicamentos de Alto Custo** <<http://www.saude.mt.gov.br/noticia/1523>>

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet e TIMM, Luciano Benetti. Organizadores. **Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. 2 tiragem. Porto alegre:

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>

SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. **Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo**. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. <[http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_29.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_29.pdf)>