



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANA LUIZA DE LIMA MEDEIROS

**RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: Análise do
fenômeno da judicialização da saúde à luz do princípio constitucional da
isonomia**

Recife
2022

ANA LUIZA DE LIMA MEDEIROS

RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: Análise do fenômeno da judicialização da saúde à luz do princípio constitucional da isonomia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Silvio Romero Beltrão.

Recife
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Medeiros, Ana Luiza de Lima.

Reserva do Possível e direito à saúde no Brasil: análise do fenômeno da judicialização da saúde à luz do princípio constitucional da isonomia / Ana Luiza de Lima Medeiros. - Recife, 2022.

54 f., tab.

Orientador(a): Silvio Romero Beltrão

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Reserva do Possível. 4. Separação de Poderes. 5. Custo dos direitos. I. Beltrão, Silvio Romero. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ANA LUIZA DE LIMA MEDEIROS

**RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: Análise do
fenômeno da judicialização da saúde à luz do princípio constitucional da
isonomia**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 01/11/2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.(a) Dr.(a) Silvio Romero Beltrão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.(a) Dr.(a) Fabíola Albuquerque Lôbo (examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.(a) Dr.(a) Paulo Bandeira (examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a todos que me acompanharam nesta trajetória. Mais que a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, essa conquista representa a recompensa por uma vida de estudos.

Ao meu pai, devo minha formação acadêmica. À minha mãe, devo quem eu sou e guardarei comigo nossas eternas primaveras. À minha irmã Maria Juliana, devo o exemplo no qual sempre me espelhei. À Andreia, devo todo o suporte e atos de cuidado aos meus dias. Às minhas avós, devo incontáveis orações zelosas. A Vinícius, devo os laços de amor e companheirismo que dividimos neste ciclo. Ao meu cunhado, tios, tias, primos e primas, devo carinho e acolhimento. Aos meus amigos, devo imensas alegrias. Às equipes com as quais estagiei ao longo desta graduação, devo enorme aprendizado profissional. E enfim, aos mestres da Faculdade de Direito do Recife, devo o meu conhecimento jurídico. Decerto que das muitas vezes que agradeço, ainda falta um pouco mais.

RESUMO

A fim de traçar os impactos do fenômeno da judicialização da saúde na esfera constitucional brasileira, o presente trabalho discutiu a efetividade do direito fundamental social à saúde sob o prisma da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial. Reforçou a separação de poderes ao rechaçar o controle judicial e o ativismo desregulado sobre a atividade administrativa, de modo a comprometer a legalidade, igualdade e a alocação orçamentária. Além disso, teve como objetivo a busca por elementos que pudessem compatibilizar a tutela individual e coletiva à saúde, evidenciando a participação social democrática como força motriz da consolidação de políticas públicas.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização da saúde; Administração Pública; Separação de Poderes; Reserva do Possível; Mínimo existencial; Custo dos direitos; Isonomia; Orçamento público; Políticas Públicas; Ativismo judicial.

ABSTRACT

In order to draw the impacts of the Judicialization of public health in the Brazilian constitutional sphere, the present work debates the effectiveness of the fundamental social right to health care under the prism of the Possible Reserve and of the existential minimum. It reinforced the separation of powers by rejecting judicial control and unregulated activism over administrative activity, in order to compromise legality, equality and budget allocation. In addition, it aimed to search for elements that could make individual and collective health protection compatible, highlighting democratic social participation as a driving force in the implementation of public policies.

Keywords: Right to health care; Judicialization of public health; Public administration; Separation of powers; Possible Reserve; Minimum existential; Cost of rights; Equality; Budgetary Cost; Public policies; Judicial activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	11
2.1 A saúde como direito fundamental	11
2.2 O Sistema Único de Saúde	15
2.3 O fenômeno da Judicialização da Saúde	18
3 A RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA E JURÍDICA	27
3.1 O Estado como sujeito passivo nas obrigações de saúde	27
3.2 O custo do direito à saúde no orçamento público	29
4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O DIREITO COLETIVO À SAÚDE	35
4.1 A tutela do direito à saúde pelos tribunais caracteriza ativismo judicial?	35
4.2 Como compatibilizar a tutela individual e coletiva à saúde?	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito à saúde passou a ser previsto como direito social estampado no artigo 6º¹. Deste modo, importa ao Estado brasileiro o dever intangível de prestação, regulamentação e controle para promover o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. Pauta-se, portanto, a noção de direito individual e coletivo à saúde, que vincula o Estado ao provimento orçamentário e assistencial.

A fim de assegurar tal garantia fundamental, um tratamento específico foi dado ao tema da saúde, disposto nos artigos 196 a 200 da Carta Magna. Contiguamente, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) como vetor das ações e serviços públicos condutores da prestação de saúde à população. Por conseguinte, a Lei 8.080/1990 foi introduzida a dispor sobre as condições para a promoção, proteção, organização e o funcionamento dos serviços de saúde oferecidos pelo Sistema Único.

A universalidade do direito à saúde fornecida pelo Estado esbarra, todavia, nos limites orçamentários do poder público. Frente a esse impasse, a administração pública adota o princípio da reserva do possível consubstanciado ao mínimo existencial, protetor da dignidade da pessoa humana. Implícito aos deveres estatais, o princípio da reserva do possível é elemento pragmático que sobrepesa a disponibilidade financeira do Estado ao reconhecer a possibilidade de efetivação dos direitos sociais.

Quando os recursos públicos enfrentam a escassez diante de uma assoberbada demanda, o princípio da reserva do possível se torna elemento atenuante da igualdade de fornecimento e tratamento de saúde, comprometendo o

¹ **Art. 6 da CRFB/88.** 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.

acesso universal a direito fundamental ². Outra influência que reduz as perspectivas de igualdade prevista no fornecimento de serviços de saúde são as regras adjuntas ao Sistema Único que instituem ordens prioritárias de acesso a prestações, como por exemplo a sua Política Nacional de Regulação prevista na Portaria nº 1.559/2008, cujo manejo é atribuído à administração pública.

Frente a esta problemática, os cidadãos recorrem às tutelas jurisdicionais como instrumento de consecução da prestação emergencial de saúde perante o Sistema Único, formando o fenômeno ao qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se dirige como “judicialização da saúde”. Ainda sobre os ditames constitucionais, dispõem estes sobre a aptidão dos entes federativos em atuar no polo passivo das demandas referentes à saúde. Isso pois, no artigo 23, inciso II ³ regula-se que é de competência comum entre a União, o Distrito Federal e os Municípios cuidar da saúde e assistência pública. Quanto à competência para legislar, ela é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal segundo o artigo 24, inciso XII ⁴.

Dito isso, o impacto criado pela judicialização da saúde conduz a uma reflexão primordial sobre a vastidão do espectro de acesso à justiça na sociedade brasileira, dado que o sistema judiciário permite àqueles que são hipossuficientes recorrem à Defensoria Pública ou Ministério Público em busca da efetivação de seu direito. Muito embora a larga disponibilidade, ela não basta para fomentar a devida prestação jurisdicional, pois o acesso à justiça em seu conceito mais amplo deverá, também, produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos, ou seja, que abarque a noção individual e coletiva dos direitos fundamentais ⁵.

² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. p. 222

³ **Art. 23 da CRFB/88**. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

⁴ **Art. 24 da CRFB/88**. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

Diante dos constantes pedidos de prestação jurisdicional sobre a concessão de tratamentos de saúde no SUS e da estruturação de um grande aparato judicial que impõe obrigações ao Estado garantidor, é possível afirmar que o ordenamento jurídico - refletido nas diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e na atuação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos estados e Distrito Federal- vem sobrepondo de modo errôneo a primazia do direito à saúde sobre os parâmetros isonômicos traçados pelas regras do SUS e pela Administração pública?

O presente trabalho tem como objetivo estudar os direitos fundamentais à saúde e suas possíveis restrições no âmbito da reserva do possível, principalmente, em face do fenômeno da judicialização da saúde e seu conflito com o princípio da isonomia. Buscar-se-à sedimentar elementos epistemológicos a respeito do fenômeno da judicialização da saúde no SUS em âmbito nacional, abarcando entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e estatísticos. Em um segundo momento, a narrativa terá um incremento descritivo do princípio da reserva do possível aplicado à questão do orçamento público, revelando o impacto das liminares concessivas de direitos relacionados à saúde na esfera judiciária e na administração pública.

Enfim, cuidará esse estudo do quesito analítico na aplicação do princípio da isonomia e das noções de equidade, igualdade e justiça aos regramentos do SUS e da administração pública. Traçará o mesmo comparativo isonômico na atuação do poder judiciário ao decidir sobre o acesso ao direito à saúde. Tal análise pretende robustecer a noção de que, muitas vezes, a atuação dos tribunais ultrapassam os limites isonômicos para conceder tutelas de urgência a determinados indivíduos; que, por diversas razões, conseguiram ter acesso à justiça e sua respectiva prestação, modificando sua posição passiva perante a organização fornecida pelo sistema de saúde.

2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1 A saúde como direito fundamental

Consagrando em âmbito nacional todo o desenvolvimento histórico de promoção dos direitos sociais na seara internacional dos tratados e convenções, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro o direito à saúde como direito fundamental. Evidentemente, o direito à saúde relaciona-se diretamente à dignidade da pessoa humana, princípio regente do Estado Democrático de Direito, centro de irradiação e núcleo essencial dos direitos fundamentais ⁶. Em definição conceitual, o conteúdo do direito à saúde corresponde no ordenamento brasileiro àquilo que está exposto no artigo 196 da Constituição ⁷.

Outrossim, o dispositivo constitucional que atribui o caráter fundamental do direito à saúde é o artigo 6º, caput ⁸. Adicionalmente, dispõe o artigo 5º, §1º que o referido direito goza de aplicabilidade imediata, não se tratando de norma programática do constituinte originário, mas de um mandamento dotado de efetividade e observância obrigatória ⁹, cuja força normativa demanda a prestação do Estado Interventor em busca de sua concretização.

Nesse sentido, o direito social à saúde caracteriza-se como direito fundamental de segunda dimensão, associado a uma liberdade positiva que tem

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. , p. 10.

⁷ **Art. 196 da CRFB/88.** 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.

⁸ **Art. 6 da CRFB/88.** 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.

⁹ **Art. 5 da CRFB/88.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **§ 1º** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

como finalidade garantir o perfazimento da igualdade material no plano individual e coletivo através da atuação estatal por meio de atos positivos. Quanto à relação entre a categoria dos direitos sociais e a sua vinculação com o princípio da igualdade, Paulo Bonavides e José Afonso da Silva tecem as seguintes considerações:

“(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.¹⁰

“(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais ao passo que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, conseqüentemente, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.¹¹

Além da perspectiva da igualdade material contida no direito social à saúde, a diagramação conceitual revela que o direito social de segunda geração é expansível para além da perspectiva individual, considerando a dimensão democrática do acesso universal à saúde garantido aos grupos, comunidades, classes e corporações contidos na sociedade. Deste modo, o caráter positivo do direito à saúde deve ser igualmente aferido a partir de um contexto social e solidário, onde as noções de qualidade de vida física, social e cultural se institucionalizam a partir do interesse coletivo.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p 517

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 468.

Sob um prisma financeiro, o Estado garantidor tem a função de equilibrar o caráter prestacional dos direitos sociais com os investimentos em políticas públicas de implementação. Nesse diapasão, configura-se como diretiva básica para a efetivação destes direitos a busca por uma igualdade material através de uma intervenção positiva na interação entre o mercado financeiro, a economia e a sociedade. O jurista alemão Robert Alexy, em suas tratativas sobre os direitos fundamentais ¹², estabeleceu que a diferença entre regras e princípios recai no quesito da estrutura, onde as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização. Por isso, devido a sua natureza de norma principiológica, os direitos fundamentais de cunho social são interpretados como mandamentos de otimização, impondo ao Estado a busca por meios econômicos e políticos que possam efetivá-los.

Por ordem constitucional, o núcleo substancial do direito à saúde precisa ser assegurado pelo Estado e pode ser exigido de forma imediata. Todavia, no plano fático, a efetividade devida pelo Estado a contar da percepção de que o direito à saúde é um mandamento de otimização empata na conjuntura socioeconômica brasileira, tingida por desigualdades sociais extensas. A hipossuficiência financeira de uma grande parcela da população, quando associada a limitação de recursos orçamentários estatais, leva ao sobrecarregamento do poder-dever estatal, que passa a ser desafiado a garantir proteção ao núcleo mínimo, ou mínimo existencial, dos direitos sociais. Sobre o relacionamento entre o mínimo existencial e os direitos sociais, o professor Fernando Scaff opina:

“Verifica-se, portanto, vários pontos de contato entre os conceitos de mínimo existencial e de direitos fundamentais sociais em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social. No Brasil, como em vários países periféricos, as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país atingem níveis alarmantes, que faz com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade” ¹³.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. VERBA JURIS-Anuário da Pós-Graduação em Direito, v. 4, n. 4, 2005, p.88

O mínimo existencial, apesar de não ser positivado de forma objetiva pela Constituição, consiste na consagração de um direito a condições básicas dos direitos sociais de modo a possibilitar ao cidadão uma forma de vida digna, devendo ser garantido pelo Estado. Quanto ao tema, o Supremo Tribunal de Justiça já avaliou que o direito à saúde, por ser garantia fundamental do cidadão e indissociável do direito à vida, implica na necessidade de se garantir o mínimo existencial do ser humano, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana ¹⁴. Neste núcleo mínimo de proteção, o entendimento é de que a garantia do mínimo existencial deve conciliar o interesse individual razoável sem desequilibrar o orçamento público ¹⁵.

O Estado tem o dever de prover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção da saúde, obrigando-se a fornecer tratamento médico a todos que necessitem; pois todos detêm o direito subjetivo à saúde, uma prerrogativa jurídica indisponível garantida à universalidade das pessoas. Assim sendo, quanto à satisfação do direito à saúde, o estabelecimento do nível básico de assistência médica é o meio de garantir o núcleo essencial do direito à saúde; de modo que este, inobstante, possa abranger com eficiência a satisfação do interesse coletivo respeite os limites impostos pela dignidade da pessoa humana.

Tratado no debate jurídico brasileiro como um direito constitucional mínimo, o núcleo mínimo de direitos sociais se relaciona às condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações positivas ¹⁶. Em uma, a razão do conceito

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 730104**. PI, Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 01/02/2013. Acesso em: 20 abr. 2022.

¹⁵ GUIMARÃES, Marcia; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013, p. 588

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35

estipulado pauta-se na dignidade humana e as condições materiais da existência, que não podem retroceder aquém de um mínimo.

2.2 O Sistema Único de Saúde

As lutas sociais e reformas sanitárias pela garantia universal e igualitária do direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988, consubstanciadas à consciência do dever estatal de promoção da saúde ensejaram o legislativo na criação da paradigmática Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), com o propósito de atingir uma melhoria nos serviços e no gerenciamento da saúde ¹⁷.

O comando constitucional disposto no artigo 198 ¹⁸ previu que a forma de prestação dos serviços de saúde no país se daria de forma regionalizada e hierarquizada, sob o regime de um Sistema Único de Saúde (SUS). Por conseguinte, a partir do cenário criado pela Lei Orgânica da saúde, o SUS se firmou como o principal meio para a promoção de políticas públicas de saúde no país, sanando necessidades, proporcionando bem-estar social, resguardando a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Ressaltam-se ainda os princípios ético-políticos contidos na normativa, que norteiam o Sistema Único de Saúde e o orientam à prevenção na saúde, sendo eles: a universalidade do acesso, a integralidade da atenção, a equidade, e a participação social. Em definição precisa, a Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde dita que:

Compreende-se por princípios ético-políticos do SUS:

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 140.

¹⁸ **Art. 198, caput da CRFB/88**. 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.

- a **universalidade do acesso**, compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- a **integralidade da atenção**, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema;
- a **equidade**, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação; e
- a **participação social**, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde¹⁹.

A saúde compõe um dos pilares do tripé da Seguridade Social brasileira, conforme previsto no artigo 194, da Constituição Federal. Nesse sentido, o financiamento do Sistema Único de Saúde, conforme dispõe o art. 198, § 1º ²⁰ da Constituição da República, será realizado nos termos do art. 195 com recursos da Seguridade Social; que por sua vez é 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. Em maior atenção às principais fontes de recursos para a saúde pública do Brasil, destacam-se a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), pagas pelas empresas à União ²¹.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 24.

²⁰ **Art. 198, §1º da CRFB/88.** 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.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Gestão do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015, p. 133.

Outra característica própria do Sistema Único de Saúde são seus princípios organizativos, sendo o primeiro a descentralização, executada a partir da organização regionalizada, sendo esta uma responsabilidade de todas as esferas do governo. A finalidade deste mecanismo conhecido também como "municipalização" é atender as peculiaridades de cada região, aproximando o cidadão das decisões setoriais e implicando na responsabilização do município pela saúde de seus cidadãos ²².

O segundo princípio organizativo é a intersetorialidade, que impõe um comprometimento dos diversos setores do Estado com a promoção da saúde e do bem-estar da população. Em terceiro lugar, a hierarquização, capaz de organizar a atenção à saúde segundo níveis de complexidade e oferecer a distribuição desses níveis por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde. Por fim, o princípio da transversalidade transmite a necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde ²³.

A Lei nº 8.080/90 tem como escopo a promoção, proteção e recuperação da saúde e estabelece regras de organização e funcionamento do Sistema de Saúde, estabelecendo também as finalidades do SUS conforme o seu artigo 5º ²⁴. Todavia, outras são as leis que regulam a saúde pública no Brasil, a exemplo da Lei 8.142/90 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo que cada esfera de governo deve ter sua respectiva

²² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 142.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p.24.

²⁴ **Art. 5 da Lei 8.080/1990**. São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: **I** - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; **II** - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; **III** - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Conferência de Saúde e seu Conselho de Saúde como instâncias colegiadas de participação social. Tal participação social tem fulcro em garantia constitucional e coloca a população em posição ativa quanto à formulação de políticas de saúde e controle de sua execução em todos os níveis ²⁵.

2.3 O fenômeno da Judicialização da Saúde

Quando se analisam as causas da omissão estatal na prestação dos serviços de saúde por meio de políticas públicas, dois são os princípios que norteiam a efetividade e os custos dos direitos sociais: a separação do poderes, que reflete a autonomia da administração pública; e o princípio da reserva do possível, diretamente relacionado às noções de mínimo existencial e financiamento das atividades estatais. No que se refere ao princípio da separação dos poderes e da autonomia da administração pública, é evidente que tais princípios entram em conflito com a inafastabilidade da jurisdição estatal, na medida em que esta é acionada a solucionar situações de desabastecimento ou ineficiência das políticas públicas de saúde.

Deste modo, instrumentaliza-se o princípio da separação de poderes como uma ferramenta argumentativa crítica à conduta do Poder Judiciário, principalmente nos atos decisórios que se sobrepõem às políticas públicas de saúde, obrigando a Administração Pública a fornecer tratamentos hospitalares ou assistência farmacêutica em cenários não previstos. A problemática da imposição judicial à execução da prestação à saúde se deve à sistemática de escassez dos recursos financeiros não previstos em ditames orçamentários, pois o custo monetário para executar as ordens judiciais precisa ser deslocado de outros programas, que possuíam destinação orçamentária prévia²⁶.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.html. Acesso em: 14 abr. 2022.

²⁶ SILVA, Virgílio A. da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos**. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (orgs.).

Decerto, o Estado Brasileiro enfrenta panoramas econômicos de escassez de recursos, buscando executar suas políticas públicas com zelo e estudo estratégico na alocação dos meios financeiros para amparar as necessidades basilares de saúde, ou seja, o mínimo existencial. Portanto, é explícito o efeito das decisões judiciais na matéria de prestação à saúde frente aos recursos públicos, sendo fundamental a observação e priorização das políticas públicas de saúde vigentes; diante dos significativos gastos estatais com a saúde, derivados do cumprimento de decisões judiciais que ultrapassam as balizas de políticas governamentais.

O princípio da separação dos poderes, quando posto no eixo entre a atuação do poder judiciário no Estado Liberal e Estado Social, revela a possibilidade argumentativa que aponta uma distinção estrutural entre direitos individuais e o direito à saúde. Desta forma, intensifica-se o pressuposto jurídico que indica a impossibilidade de decisões judiciais ignorarem as políticas públicas vigentes na esfera administrativa. Em vista disso, Marcos Masseli Gouvêia ²⁷ indica o impacto de decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer medicamentos aos demandantes é avaliada negativamente por diretores de unidades médicas quando postas sob o prisma de equidade e do direito coletivo à saúde. Afirmam tais profissionais que o cumprimento das decisões judiciais permite que os pacientes com cadastro ativo nos centros de referência em saúde permaneçam sem a devida assistência farmacêutica, por conta do deslocamento destas medicações para a satisfação da tutela judicial.

Portanto, a prática do ativismo judicial ao tutelar casos concretos, envolvendo garantia da plena efetivação do direito à saúde a um indivíduo específico, constantemente ignora a organização das políticas públicas e a razoabilidade, ingerindo na seara de competência da administração pública. A recorrência trazida

Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

²⁷ MAGALHÃES, Iasmim Pacheco. **Judicialização da saúde**: critérios e limites para a atuação de magistrados em ações judiciais para aquisição de medicamentos pelo Estado. Brasília: Trabalho de conclusão de curso em direito da UnB, 2014, p. 55.

pela judicialização gera inconsistências na própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos recursos. Por consequência, do desbalanceamento da capacidade orçamentária do Estado decorre ainda o comprometimento da efetivação do direito à saúde coletiva, a qual se vincula o Estado para assegurar políticas de saúde, mantidas através do SUS.

Em um outro enfoque, tem-se que a efetivação do direito social à saúde, se sujeita à reserva do possível, diante da finitude dos recursos do Estado; e a limitação objetiva dada pela reserva do possível estabelece, inclusive, os liames da exigência subjetiva e individual perante a necessidade da coletividade. Sobre esse segundo aspecto, infere-se que a obrigação do legislador em fiscalizar o orçamento visa amparar, inicialmente, os interesses da coletividade em detrimento dos individuais ²⁸. Não obstante, os direitos individuais e os sociais contabilizam ambos custos para o Estado, mas estes últimos geram gastos mais elevados, e é por isso que as decisões judiciais que buscam efetivar a prestação à saúde de indivíduos isolados geram um impacto maior na alocação de recursos públicos ²⁹.

Sobre a finitude dos recursos financeiros e o desfalque no orçamento público provocado pelas decisões judiciais de prestação à saúde, opina o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

“(...) o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um

²⁸ PEDRINI, T. F. e VANDRESEN, T. **A reserva do possível**: entre a suposta insuficiência de recursos disponíveis e a execução do direito à saúde. Revista Bonijuris, v. 28, 2018, p. 16 - 22.

²⁹ SILVA, Virgílio A. da. **O judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592-594.

critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento ³⁰.

Outrossim, o princípio da reserva do possível pode ser abordado a partir de sua relação direta com as noções de mínimo existencial, custos dos direitos sociais, recursos disponíveis e financiamento das atividades estatais. Em um exercício de conceituação, o argumento da reserva do possível abrange a razoabilidade entre a satisfação do interesse individual pleiteado e o interesse coletivo; logo, a possibilidade de exigir da sociedade o ônus relativo ao cumprimento de um interesse individual deve ser razoável. Adicionalmente, permeia a noção de reserva do possível o empenho financeiro necessário para a satisfação desse ônus, que deve ser compatível com o equilíbrio do orçamento público ³¹.

As limitações para a concretização dos direitos fundamentais pode ser vista sob aspectos fáticos e jurídicos. Na aplicação do princípio da reserva do possível, a dimensão fática passa a ser tratada como a total ausência de recursos para a realização dos direitos prestacionais. Entretanto, o modo como os recursos direcionados à saúde são distribuídos também podem alterar a dimensão fática da escassez.

Sobre a dimensão jurídica inserida no ponto de vista da limitação orçamentária, ela enxerga a existência de recursos, muito embora eles estejam indisponíveis. Nessa conciliação do plano fático e jurídico, a reserva do possível se assenta na necessidade de se adequar pretensões sociais às restrições

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p 3.

³¹ SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. apud. TOLEDO, Cláudia. **Mínimo existencial**: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. PIDCC. Aracaju, ano VI, v. 11 no. 01, p.102-119, fev/2017, p. 107.

orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos de caixa, para a efetivação de despesas ³².

No que importa a onda de judicialização das demandas de prestação à saúde e a concessão de decisões judiciais nesse sentido, é importante avaliar que a implementação do direito social à saúde não tem previsão constitucional de sua efetivação por meio da ingerência do poder judiciário; mas sim por meio de das políticas públicas de promoção, proteção e recuperação, executadas pela administração Estatal. Essa distinção recai justamente na circunstância de que os direitos sociais não têm a possibilidade de seguir um processo de conquista semelhante ao dos direitos individuais, pois tem como fundamento normativo a prestação positiva do estado garantidor. Quanto aos excessos da Judicialização da Saúde Pública no Brasil e a impossibilidade de consolidação deste caminho resolutivo, disserta o advogado Antônio César Caúla Reis:

“Se o Estado, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, eventualmente falha na consecução dos objetivos sociais, certamente não é por falta de atores públicos capacitados que efetivamente almejam o bem comum e que ajam com verdadeiro espírito público. Assim, ultrapassados os casos pontuais, a exacerbação do fenômeno que hoje se vê em sede de concessão de medicamentos apenas implicará uma mudança no local em que se forma a fila de cidadãos à busca de atendimento a suas vontades ou necessidades. O Poder Judiciário simplesmente não poderá alterar, por si, a realidade social que produz as demandas e, em consequência, receberá um julgamento desfavorável decorrente da falha de resultado daquilo que se dispôs a fazer ³³”.

Por fim, em uma abordagem de prisma social, a reserva do possível não pode ser referenciada apenas como um limite fático-jurídico dos direitos fundamentais, mas principalmente como ferramenta essencial na garantia dos direitos sociais de

³² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012. P. 182.

³³ CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição**: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 35.

cunho prestacional, diante do seu manejo em viabilizar a igualdade material e o mínimo existencial ao compreender que as finanças do Estado são finitas e devem ser destinadas com cautela e prudência. Diante desse aspecto da equidade e do sobrepesamento entre a prestação à saúde individual e coletiva, o princípio da reserva do possível deve observar, em cada caso concreto, os elementos da necessidade, da distributividade dos recursos e da eficácia do serviço de políticas públicas.

Por sua previsão constitucional, o direito à saúde é direito social de cunho fundamental garantido à sociedade brasileira através de um grande amparo fornecido pelo Estado e fomentado pelo Sistema Único de Saúde. A garantia da saúde universal e igualitária promove grande responsabilidade objetiva ao Estado quanto ao seu fornecimento. Consequências de fundo orçamentário e organizacional acabam gerando a omissão desse dever de garantia, importando àqueles que se sentem lesados a possibilidade de reclamar tal direito perante os órgãos da justiça com ímpeto resolutivo.

Como alertam os dados expostos na Tabela 1, a tendência de judicialização de demandas relacionadas à concessão de serviços de saúde cresceu a largos passos graças aos meios de acesso à justiça fornecidos à população, transmitindo um poder de concessão da assistência à saúde ao judiciário quando antes tal poder era individualizado na esfera administrativa dos governos federais, estaduais e municipais. Tamanha mudança repentina causou alterações no modo de se racionalizar o direito à saúde e suas previsões constitucionais, bem como o modo como a administração pública se vincula a tal objeto. Afinal, todas as demandas que geram a concessão de liminares implicam em obrigações impostas ao poder executivo e à administração da saúde.

Tabela 1 - Quantidade de casos novos segundo Região geográfica dos Tribunais de Justiça do país entre 2015 e 2020.

Região Geográfica	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Norte	6.336	8.809	18.433	11.266	15.725	6.852	67.421
Nordeste	41.152	50.957	65.220	65.702	63.209	53.514	339.754
Sudeste	190.609	173.706	188.262	147.292	188.161	47.005	935.035
Sul	72.315	68.464	73.794	72.829	84.982	312.999	685.383
Centro Oeste	11.983	18.511	21.729	29.308	75.556	66.053	223.140
Total	322.395	320.447	367.438	326.397	427.633	486.423	2.250.733

Fonte: CNJ, 2021.

O fenômeno da judicialização da saúde tornou-se um tema de ampla discussão nacional, com grande relevância social. O Conselho Nacional de Justiça dispõe de inúmeros enunciados, pesquisas, compilações, orientações e planos sobre a equação dessas demandas de saúde que atingem a esfera judiciária, gerando afogamento dos tribunais estaduais e federais diante da sobrecarga de processos judiciais. À exemplo, a Resolução nº 31 do CNJ emitida em 2010 “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Tabela 2 - Percentual de Processos com e sem concessão de liminar por grupo de assuntos.

Grupo de Assuntos	% de Processos com Concessão de Liminar	% de Processos sem Concessão de Liminar
-------------------	---	---

Fornecimento de Medicamentos/insumos	83,0%	17,0%
Hospitais e Outras Unidades de Saúde/ Internações/ UTI e UCI	86,3%	13,7%
Planos de Saúde	70,7%	29,3%
Saúde Mental	86,9%	13,1%
Saúde/SUS	80,4%	19,6%
Tratamento Médico-Hospitalar	81,9%	18,1%
Total	80,8 %	19,2%

Fonte: CNJ, 2021.

Nesse sentido, judicialização vem designando a notória prevalência do judiciário como meio de encerramento e solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àquelas decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos ³⁴. No entanto, até que ponto há legitimidade nesta atuação do Judiciário para interferir nas políticas públicas, requerendo o cumprimento de suas decisões, sem levar em consideração o planejamento orçamentário destinado à saúde coletiva, e privilegiando demandas particulares? Abordando essa questão, segue trecho de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

³⁴ NOBRE, Milton Augusto de Brito. **Da denominada “judicialização da saúde”**: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes ³⁵”.

Tais limites subscrevem-se na máxima argumentativa da indevida ingerência do judiciário na administração pública, modificando a posição de sujeito ativo do Estado na prestação à saúde. Em que pese a faculdade de o Judiciário exercer o controle sobre os atos praticados pela Administração Pública, não se pode olvidar dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa e a separação dos poderes.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE-AG. REG 322348** / SC - Santa Catarina, AG.REG. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça: 6 dez. 2002.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA E JURÍDICA

3.1 O Estado como sujeito passivo nas obrigações de saúde

O dever prestacional do Estado em assistência à saúde, como evidenciado anteriormente, está pautado na Constituição da República e na lei 8.080/90, vinculando a atuação da administração pública ao respeito, proteção e promoção do direito à saúde. Notadamente, os princípios da administração pública introduzidos no art. 37, caput da Constituição ³⁶ impõem a observância da legalidade e da eficiência em sua atuação. Por conseguinte, a articulação do poder público deve estar orientada à prevenção e cuidado, estruturando os serviços de saúde com políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos individuais e coletivos.

Adicionalmente, é visto que a Lei 8.080/90 interpreta o direito à saúde como o direito de participação popular ativa na formulação e fiscalização de políticas sociais de saúde, com vontade democrática. Deste modo, autoriza e incentiva todos os agentes políticos e sociais para fiscalizar a integralidade dos esforços federativos, tanto no âmbito político como no contexto técnico, em prol da implementação de políticas públicas interligadas e interdependentes.

Quando a interpretação do direito à saúde é feita sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais, extraem-se as dimensões objetiva e subjetiva, que dirigem o intérprete à acepção da plena eficácia prestacional do direito fundamental à saúde. Acertada é a narrativa de Clenio Schulze ³⁷, quando aponta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz uma eficácia irradiante e condiciona a atuação do legislador, do administrador, do julgador e da sociedade organizada no debate,

³⁶ **Art. 37 da CRFB/88.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:.

³⁷ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos parâmetros para a Judicialização da Saúde:** Critérios Para A Teoria Da Decisão Judicial. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019, p. 31.

exercício e controle das políticas públicas de saúde. Outrossim, a proteção integral do direito à saúde sob a dimensão subjetiva implica no permissivo que leva o cidadão a solicitar ao Estado-Juiz o respeito e a reparação da violação concreta ou potencial àquele direito fundamental.

Na atuação dos tribunais brasileiros, o principal formato de argumentação posto às demandas de saúde é o de que a Constituição Federal deve ser integralmente aplicada no âmbito dos direitos fundamentais, podendo os cidadãos se socorrerem à via judicial, diante de um esvaziamento da eficiência administrativa em concretizar os direitos previstos no texto constitucional ³⁸. Todavia, o impasse à efetivação do direito fundamental à saúde é encontrado no plano fático através da teoria da reserva do possível, que retira o caráter absoluto do direito fundamental pondo-o em confronto com os recursos econômicos e orçamentários disponíveis ao Estado prestador.

Decerto, a eficiência da administração pública fica comprometida em face de decisões judiciais que alteram a destinação dos recursos de políticas públicas, criadas com a devida alocação de orçamento e custeadas com recursos obtidos pelo recolhimento de tributos. Nesse sentido, indica Stephen Holmes em sua obra “O custo dos direitos”:

“Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá , no fim das contas , ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são , em última análise , responsáveis” ³⁹.

³⁸ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

³⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.91.

Segundo Fernando Scaff⁴⁰, todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências harmônicas ao contexto econômico do Estado. Ou seja, em uma aproximação econômica, a dimensão orçamentária e os meios financeiros do Estado são limitadores à consecução da garantia universal do direito fundamental à saúde. Sobre o conceito de reserva do possível, disserta Ana Paula de Barcellos:

“A rigor, sob o título da reserva do possível convivem ao menos duas espécies de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”⁴¹.

Vê-se que a eficácia irradiante do direito fundamental reflete a necessidade inesgotável e cíclica da população à assistência em saúde, mas os recursos que o prestador dispõe para efetivar a demanda são finitos, o que provoca o fenômeno da escassez orçamentária e a consequente eleição e alocação de prioridades nos serviços de saúde.

3.2 O custo do direito à saúde no orçamento público

A fim de melhor avaliar a amplitude do tratamento do direito fundamental à saúde na atuação jurisdicional dos tribunais brasileiros, o embate entre a satisfação do direito individual e coletivo é um ponto central. Isso pois, o deferimento a pleitos de demandas individuais de saúde, garantindo o acesso a tratamentos para determinados pacientes, tem o condão de comprometer o orçamento público, as

⁴⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais - Orçamentos e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261.

licitações, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o próprio funcionamento do serviço público de saúde. Em consonância, dita Fernando Mânica:

“percebe-se que, mesmo os direitos fundamentais não podem ser vistos como dotados de uma supremacia absoluta, já que a reserva do possível, em que pese não possa servir como uma espécie de óbice intransponível à efetivação desses direitos, serve à imposição de restrições a tal efetivação, uma vez que os custos devem ser considerados no processo de ponderação de bens”⁴².

Tal consequência se dá pois a satisfação de obrigações judiciais em saúde provoca a realocação de verba sem previsão orçamentária, comprometendo a discricionariedade administrativa para o manejo e desenvolvimento de políticas públicas. Além disso, a obrigação imposta ao administrador em deslocar verbas, que tinham previsão de dispensação a políticas públicas específicas, para atender a demandas individuais, danificam a tutela coletiva e o tratamento de diversos pacientes também assistidos pelo SUS. É fundamental, deste modo, a realização de estudos sobre gastos públicos, composição de orçamentos e impacto das decisões judiciais em toda a cadeia de distribuição de rendas. Sobre o tema, interessa extrato da obra de Octávio Ferraz:

“Dado que o fornecimento de bens e serviços de saúde, assim como de todos os demais direitos constitucionais, depende de recursos limitados, não há aqui um conflito real entre a vida e os interesses financeiros do Estado. Ao invés disso, existe um difícil problema de alocação de recursos limitados entre inúmeras necessidades individuais: entre diversas vidas igualmente valiosas. O ‘interesse financeiro secundário’ do Estado é, de fato, o interesse de toda a população, incluindo os requerentes, que dependem de recursos limitados do Estado para usufruir de serviços e ações relacionadas à saúde e à vida. Ao ignorar esta dimensão distributiva e policêntrica de suas decisões, o Judiciário está na verdade simplesmente desviando recursos de programas de saúde escolhidos pelos órgãos políticos e técnicos do Estado para a satisfação das necessidades de alguns indivíduos que conseguem chegar ao Judiciário (necessariamente uma minoria dado que o acesso às Cortes é também um recurso limitado)”⁴³.

⁴² MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007, p. 18

⁴³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Entre a usurpação e a abdicação?** O direito à saúde no judiciário no Brasil e da África do Sul, p. 138/139. In: Constituição e política na democracia: aproximação entre direito e ciência política. Daniel Wei Liang Wang. (Org.) São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Em especial destaque à discricionariedade administrativa, tem-se que a definição de diretrizes e prioridades na distribuição de recursos cabem ao poder executivo, não podendo ser transferidas ao Judiciário, sob pena de lesão da independência e harmonia entre os poderes, consoante o art. 2 da Constituição Federal ⁴⁴. A faculdade do Poder Judiciário em exercer o controle sobre os atos praticados pela Administração Pública olvida a separação de poderes, já que cabe ao Poder executivo o planejamento e a execução de ações preventivas e corretivas na seara da saúde, consoante as limitações orçamentárias existentes.

Impõem-se que sejam observadas as diretrizes já fixadas pela Administração, através de Portarias do Ministério da Saúde e de sua política de saúde pública, que não consubstanciam mero entrave burocrático; mas são imperativas à própria manutenção da viabilidade e funcionamento dos serviços do SUS, que não pode ficar, reiteradamente, a mercê de ser compelido ao desrespeito da legislação à qual se vincula por força do princípio da legalidade.

A teoria da reserva do possível não é uma construção teórica utilizada para afastar a responsabilidade do Estado em relação à efetividade dos direitos fundamentais. Ao contrário, abrange um âmbito maior da ideia de planejamento das atividades públicas, para que elas possam suprir a maior quantidade de necessidades, com eficiência e democracia. Nesse contexto, aferem-se algumas premissas: 1) o direito à saúde não é absoluto; 2) não há um conflito real entre a proteção da saúde e os interesses financeiros do Estado; 3) o direito à saúde é um direito de satisfação progressiva.

Para Maurício Mota ⁴⁵, um conceito de Estado Democrático de Direito que tenha efetividade e não seja uma quimera simplesmente programática, deve atrelar

⁴⁴ **Art. 2 da CRFB/88.** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴⁵ MOTA, Maurício. **Paradigma Contemporâneo do Estado Democrático de Direito: Pós-Positivismo e Judicialização da Política.** In: MOTA, Luis Eduardo; MOTA, Maurício (orgs.). **O Estado Democrático de Direito em Questão.** São Paulo: Campus Jurídico, 2011, p. 15-16.

a materialidade dos direitos prestacionais a um contrapeso entre o desfrute de liberdades individuais e objetivos coletivos igualitários. Ou seja, a vontade política do Estado deve oferecer condições que compatibilizem a intervenção estatal prestacional e a livre expressão das potencialidades individuais.

Disserta Stephen Holmes⁴⁶ que o financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária caracteriza esses direitos como bens públicos, ou seja, serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo em prol do aperfeiçoamento do bem estar coletivo e individual. Daí, o custo dos direitos é significativo na medida em que todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão administrativa, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário.

Num Estado democrático de Direito, os gastos coletivos devem ser objeto de uma supervisão igualmente coletiva, constituindo a vontade política estatal na administração pública. Os limites financeiros excluem a possibilidade de que todos os direitos básicos sejam garantidos com o mesmo vigor ao mesmo tempo, sendo pressuposta, invariavelmente, uma troca ou concessão financeira, determinada por considerações políticas.

A escassez é uma razão totalmente legítima para que o governo não consiga proteger os direitos de forma absoluta, devendo haver o investimento seletivo de recursos escassos. Sobre esse investimento seletivo de recursos escassos, Stephen Holmes⁴⁷ evidencia que ele deve possuir uma destinação de recursos com transparência democrática na prestação de contas, considerando variáveis de equidade e justiça distributiva.

⁴⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.44.

⁴⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.126.

A partir da premissa de que o direito à saúde deve ser qualificado como investimento público, a justiça distributiva se mostra como ponto central para a alocação de recursos. Deste modo, os recursos orçamentários destinados à saúde devem contemplar a proteção dos direitos individuais e coletivos, buscando alcançá-los com equidade. Nesse contexto, a intervenção do poder judiciário na seara da saúde pública é questionada, também, na dicotomia entre prover justiça material ao caso concreto, concedendo a medida de urgência a fim de garantir direito fundamental; ou se restringir diante do princípio da legalidade e, como isso, negar o direito ao mínimo existencial pleiteado, em prol da organização administrativa.

Esse dilema é invocado por Angélica Carlini ⁴⁸, que afirma que o poder judiciário, ao negar pleitos individuais em saúde como forma de proteger o princípio da legalidade administrativa, procede com o cumprimento da lei, mas não faz justiça. Por isso, a autora justifica que existem evidências suficientes para afirmar que demandas individuais de saúde são inadequadas à resolução no âmbito do Poder Judiciário, e deveriam se ater à esfera pública dos órgãos administrativos municipais, estaduais e federais com fiscalização do Ministério Público e dos Defensores Públicos.

Em concordância com tal argumento, Stephen Holmes ⁴⁹ afirma que o Estado ainda é o mais eficaz instrumento disponível pelo qual uma sociedade politicamente organizada é capaz de buscar seus objetivos comuns, entre os quais está o de assegurar a proteção dos direitos jurídicos de todos. Sobre o tema, acertada é a opinião de Ana Paula de Barcellos:

“A prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo deveria poder ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma

⁴⁸ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁴⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 225.

situação, pois o conteúdo do mínimo existencial é dado por prestações em relação às quais seja factível afirmar que todos os indivíduos têm direito, e não apenas aqueles que vão ao Judiciário. Se a decisão judicial que concede determinado bem ou serviço não pode ser razoavelmente universalizada, acaba - se por consagrar uma distribuição no mínimo pouco democrática dos bens públicos: todos custeiam— sem que tenham decidido fazê-lo — determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável. (...) Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial”⁵⁰.

No entanto, as decisões judiciais, em geral, deixam de enfrentar tal questão, fundamentando, genérica e equivocadamente, que o Direito à Saúde está previsto na Constituição e que por isso cabe ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o Ente Público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias.

Há a falsa crença no imaginário brasileiro de que a má gestão dos recursos pela administração pública é a única causa para a escassez de recursos, sendo a alegação do Estado sobre reserva do possível justificativa para favorecer interesses escusos de administradores públicos e seus aliados políticos. Entretanto, para algumas necessidades de cadência infinita os recursos jamais serão integralmente suficientes, como acontece no caso da saúde pública. É preciso, portanto, administrar os recursos com planejamento técnico e estratégico, de modo a atender a maior quantidade possível de necessidades.

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidade, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 820.

4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O DIREITO COLETIVO À SAÚDE

4.1 A tutela do direito à saúde pelos tribunais caracteriza ativismo judicial?

Em uma abordagem temática inicial, é necessário conceituar o ativismo judicial, que pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. O ativismo judicial se põe como circunstância fática atrelada à jurisdição quando esta procura ativamente contrapor as opções políticas das demais esferas de Governo, em especial àquelas dos representantes democraticamente eleitos para o parlamento; com vista a promover determinadas propostas sociais ou econômicas, mediante interferência em políticas públicas ou modificação do equilíbrio de valores da Constituição ⁵¹.

No neoconstitucionalismo brasileiro, um dos paradigmas é a judicialização de temas políticos e das relações sociais sob a égide da teoria dos direitos fundamentais. Tal movimento faz com que o judiciário colete insatisfações decorrentes da atuação legislativa, do Executivo e das relações entre os particulares ⁵². A postura ativista pauta-se no comportamento judicial que impõe um raciocínio baseado em interpretações favoráveis a um determinado ponto de vista.

Segundo Barroso ⁵³, as decisões judiciais no âmbito da saúde pública são categoria de ativismo judicial, pois ditam a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, podendo ser elencadas como decisões de: aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição; imposição de

⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 227

⁵² VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 11.

⁵³ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009, p. 8.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Pondo o conteúdo das decisões em análise, ao indagar se as decisões judiciais sobre demandas individuais em saúde compõem a categoria de ativismo judicial ou protagonismo judicial, Angélica Carlini ⁵⁴ indica que adquire especial relevância a discussão dos elementos fundamentais postos nos argumentos decisórios. Isso pois, é viável detectar nos argumentos o ensejo dos tribunais, que podem tanto se limitar à interpretação do texto constitucional ou migrar para o debate político em torno do direito à saúde, adentrando a competência da administração pública. Vejamos trecho em destaque do livro “Judicialização da Saúde Pública e Privada”:

“As decisões políticas têm por característica fundamental o sopesamento de interesses dos diversos grupos organizados em partidos ou em outras formas, como organizações, associações e sindicatos, por exemplo. Essas decisões atendem a interesses que se sobrepõem a outros não necessariamente com clareza de intenções, mas quase sempre por acordo dos atores sociais envolvidos. As decisões judiciais atendem à lógica da aplicação do Direito ao caso concreto e, por isso, supostamente são justas ou injustas, mas não possuem dimensão de articulação de interesses ou de arranjo político”.

Nesse sentido, um ponto central para a discussão sobre a postura do ativismo judicial é a capacidade institucional, ou seja, a análise de qual Poder está mais capacitado tecnicamente para produzir a melhor decisão acerca de determinado assunto socialmente relevante. São tecidas diversas críticas ao Ativismo Judicial na esfera da saúde pública, sendo as principais: a crítica financeira, que evoca a invasão indevida do poder judiciário no orçamento dos demais Poderes, diante da imposição decorrente do cumprimento das decisões; a crítica administrativa, que remete à atuação judiciária uma atitude substitutiva que desorganiza a atuação dos

⁵⁴ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

órgãos da administração pública; e, ainda, a crítica técnica, que afirmar que o juiz não tem conhecimento para atuar no campo da saúde pública ⁵⁵.

O impasse jurídico cuja natureza se relaciona à falta de implementação de políticas públicas dá lugar ao que se convencionou chamar de controle judicial de políticas públicas. O autor Freire Júnior ⁵⁶ pondera que admitir o controle judicial de políticas públicas seria o mesmo que considerar o Judiciário como um superpoder, visto que este poderia controlar os atos dos demais Poderes da República, mesmo que por razões não tão confessáveis, implicando violação ao princípio da separação de poderes.

No entender de Joana de Souza Machado ⁵⁷, o ativismo judicial não contribui para a efetividade democrática, invadindo a esfera do debate político, tão necessário nas sociedades plurais. Todavia, Barroso ⁵⁸ pondera que a missão do Judiciário é resguardar o processo democrático, promovendo os valores constitucionais e superando o déficit de legitimidade dos demais poderes. Mas faz-se necessário verificar que caso o Judiciário venha a atuar de forma abusiva, de modo a exercer preferências políticas em vez de realizar os princípios constitucionais, terminará por desqualificar sua própria atuação. Em consonância com essas críticas, posiciona-se Stephen Holmes:

“As cortes possuem graves limites institucionais, os quais são argumentos contra um papel judicial de maior importância nas reformas sociais. São três os problemas de maior interesse: 1) depender das cortes poderá prejudicar

⁵⁵ SCHULZE, Clenio Jair. **Novos parâmetros para a Judicialização da Saúde**: Critérios Para A Teoria Da Decisão Judicial. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019, p. 53.

⁵⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

⁵⁷ MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008, 120 páginas, dissertação. Programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008, p. 108.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político; 2) as decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais. Estudos diversos chegaram a documentar essa conclusão; 3) a adjudicação é um sistema excepcionalmente fraco para reforma social em grande escala. Raramente os tribunais se tornam especialistas nas áreas em questão. Ademais, o enfoque nos casos sob litígio dificulta aos juízes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial. O conhecimento desses efeitos é crucial mas às vezes está inacessível”⁵⁹.

Importante salientar que ao Poder Judiciário é facultado impor objetivos e metas a serem obtidos pelo ente da administração pública, com vistas a sanar o desrespeito aos direitos fundamentais, mas cabe não a ele prescrever os meios para sua consecução; uma vez que ao Poder Executivo é assegurada a discricionariedade de meios⁶⁰. Deste modo, por um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a materialização do direito social à saúde; muito embora as decisões judiciais tenham o condão de desafiar a função dos elaboradores e executores das políticas públicas. Aqui, tem-se que a administração pública se vê compelida a garantir a prestação do direito social à saúde de modo contrastante com a política estabelecida pelos governos, e além das possibilidades orçamentárias⁶¹.

Sobre os limites da atuação jurisdicional em matéria de saúde pública, um precedente importante no ordenamento jurídico brasileiro é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada pelo Ministro Celso de Mello, que tratou sobre o controle judicial de políticas públicas, reserva do possível, ponderou a respeito da limitação de recursos e analisou o custos dos direitos. Pôs o

⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

⁶⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando, a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus podivm, 2008.

⁶¹ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

julgado que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem no âmbito ordinário da função institucional do Poder Judiciário. Adicionalmente, ressaltou ser competência excepcional do Poder judiciário suprir a esfera administrativa em matéria de saúde; devendo esta atuação ocorrer sob a circunstância de omissão dos órgãos políticos competentes, de jeito a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais ⁶².

Na ementa da ADPF nº 45 consta o tratamento da questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, sendo essa legitimidade condição imposta ao exercício jurisdicional interventor na esfera de competência dos demais poderes. Entretanto, a atuação jurisdicional deve ser limitada à adoção das providências necessárias a afastar a abusividade governamental, sendo incompetente para formular e implementar políticas públicas. Vejamos trecho selecionado da decisão:

“Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” ⁶³.

Em suma, tem-se que a inaptidão judicial para a composição de políticas públicas é relativizada diante da inadimplência estatal em cumprir encargos político-jurídicos. Ou seja, a omissão estatal deve estar diretamente atrelada ao comprometimento da eficácia e da integralidade do direito constitucional individual ou coletivo pleiteado. Em consonância, ressalta-se a inteligência de outro trecho da decisão paradigmática:

⁶² WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**. Revista Direito FGV, São Paulo 4(2) | P. 539-568 | Jul-Dez 2008, p. 548.

⁶³ CORTEZ, Iaponã Fernandes. **Os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2009, p. 115.

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”⁶⁴.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a vinculação da cidadania ativa ao ato de um cidadão ir ao Poder Judiciário requerer concessão de tutelas jurisdicionais em matéria de saúde, limita a abrangência da participação cidadã e restringe por demasia a atividade política. Na contemporaneidade, a participação dos cidadãos nas decisões coletivas é cada vez mais crescente, ampliada com o uso das redes sociais, o que potencializa a compreensão do papel a ser exercido pelo povo no processo democrático.

É salutar, portanto, que o controle da atividade jurisdicional em matéria de saúde pública deve se pautar na extensão da vontade política do poder legislativo, do poder executivo e da sociedade ao consolidar políticas públicas⁶⁵. A atuação jurisdicional deve, deste modo, exigir uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais para que discutam de forma ampla e proponham soluções conjuntas para minimizar o conflito social, tendo destaque relevante instituições

⁶⁴ CORTEZ, Iaponã Fernandes. **Os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2009, p. 116.

⁶⁵ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

como o Ministério Público, agências reguladoras, Tribunais de Contas; bem como a figura dos gestores públicos, das organizações sociais e da sociedade civil.

4.2 Como compatibilizar a tutela individual e coletiva à saúde?

A experiência constitucional brasileira ainda é muito incipiente quando se trata de efetivação de direitos fundamentais sociais, mas detém as premissas corretas rumo a uma maior eficiência, ao passo que reconhece a necessária associação da positivação dos direitos fundamentais à participação social. Esse entendimento tem cunho essencialmente democrático, e implica a busca ativa por mecanismos de incentivo que ainda não se encontram plenamente implementados ⁶⁶.

Decerto, a resolução de conflitos em saúde pública por meio de mecanismos não judiciais pode ser interpretada como sinal de maturidade de uma sociedade organizada, já que a participação política revigora a importância do diálogo e do sopesamento de argumentos em substituição aos ditames judiciais, que nem sempre possuem condições materiais para levar em conta o impacto de sua decisão no conjunto da esfera pública.

Deste modo, o combate ao aumento da judicialização deve ser acompanhado por alternativas que possam diminuir a incidência do fenômeno e, ao mesmo tempo, despertar a sociedade brasileira contemporânea em busca de soluções mais eficientes e equitativas que as decisões judiciais, levando em consideração a dimensão política e social do problema da saúde, que exige, na maioria das vezes, soluções coletivas ⁶⁷.

⁶⁶ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁶⁷ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Diante das tendências atuais, o debate nacional a respeito da judicialização da saúde direciona-se ao exercício de uma prestação jurisdicional que corrija as falhas do sistema público de saúde, de modo a fortalecer sua autonomia e instâncias de deliberação interna, garantindo seu funcionamento eficiente, sem interferências em sua independência ⁶⁸. Nesse sentido, as políticas públicas de saúde desenvolvidas pelo Poder Executivo devem adquirir protagonismo na redução de desigualdades econômicas e sociais existentes entre os indivíduos. Em conjunto, os tribunais restam competentes para direcionar a garantia da execução das decisões políticas tomadas pelo Administrador Público, consolidando medidas previamente consagradas por escolhas dos gestores.

Rejeitada pelas diretrizes judiciais atuais, a prestação jurisdicional que privilegia uma situação individual em detrimento da coletiva, e compromete o orçamento voltado a políticas públicas, é nociva ao sistema de assistência à saúde, viola o postulado da igualdade e pode desaguar em um colapso de escassez. Nesse contexto, Barroso ⁶⁹ cita que o sistema de assistência à saúde pode se esvaziar diante do excesso de cura, ou seja, do imenso número de decisões que forçam a satisfação de tutelas individuais. Desta forma, imperioso é o desenvolvimento de critérios para a atuação do Poder Judiciário nas demandas de direito à saúde, devendo estes parâmetros estarem pautados na razoabilidade e preservarem o princípio da legalidade na administração pública.

Um dos elementos que dão força política ao sistema de assistência à saúde são os Conselhos de Saúde ⁷⁰, cuja participação não fica adstrita ao debate teórico em torno de ações e programas de saúde, mas contempla igualmente a formulação

⁶⁸ LIMA, George Marmelstein. **You can't always get what you want**: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 107.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

⁷⁰ BRASIL. **Conselhos de saúde**: a responsabilidade do controle social democrático do SUS. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013, p.6.

de estratégias e o controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. A idealização dos Conselhos de Saúde dada pela Lei 8.080/1990 foi fundamentada no perfazimento de um caminho eficiente à democracia participativa e, em consequência, à efetividade do direito à saúde.

A nível local, os Conselhos Municipais de Saúde, por força de lei, têm a atribuição de debater o uso dos recursos econômicos e financeiros nas políticas públicas de saúde; conjuntamente, possuem caráter de fiscalização sistemática das práticas do Poder Executivo municipal na efetividade dos serviços de saúde para a população ⁷¹. O fortalecimento da participação política ativa através dos Conselhos de Saúde enfrenta dificuldades na prática, sendo algumas a carência de estrutura, capacitação, assessoria e autonomia. No todo, ainda é possível aferir a falta de compromisso político de alguns gestores e a diminuta legitimidade deste órgão perante o poder executivo e a sociedade.

Reiterando os pilares da consolidação do processo democrático brasileiro e as dificuldades de acesso a serviços de saúde como motivação para a criação dos Conselhos de Saúde, é importante o esforço público à sua atividade. Gradualmente, o cidadão brasileiro se dá conta de que a aproximação do povo às instâncias de decisão amadurecem a democracia participativa; e, no âmbito da saúde pública, os Conselhos Municipais, poderão cumprir importante papel ⁷².

Dentre as diversas soluções em matéria de saúde pública, o Conselho Nacional de Justiça criou o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Este Fórum foi regulamentado através da Resolução CNJ nº 107/2010, e recebeu a competência de formular estudos, propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento dos

⁷¹ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁷² CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos ⁷³.

Igualmente notável é a Recomendação do CNJ nº 31/2010, criada com o intuito de guiar os tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, assegurando maior eficiência na solução das demandas judiciais de assistência à saúde. No teor da recomendação foram fornecidas diretrizes, ressaltando a necessidade de amparo das decisões judiciais com informações médicas e técnicas; para tal, destacou-se a atuação de gestores da área de saúde em integração ao âmbito judicial, de modo a esclarecer as razões das decisões, em especial quanto a negativas de atendimento, internação e fornecimento de medicamentos. Em complemento, foi posta a promoção da interação dos juízes com organismos como os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, e as Unidades de Saúde Pública ou conveniadas ao SUS ⁷⁴.

Ainda sob o prisma da necessidade dos tribunais fundarem suas decisões com apoio técnico especializado, vários Tribunais de Justiça do Brasil implantaram as Câmaras Técnicas ou os Núcleos de Assistência. Estas são órgãos compostos por equipes multidisciplinares, incumbidas de emitir parecer técnico para fundamentar a decisão do magistrado nos casos de pedidos de tutela de urgência em matéria de saúde. Para fortalecer a assessoria técnica, inclui-se nesses órgãos o trabalho de auditores de saúde, profissionais preparados e capacitados para orientar sobre a relação custo e resultado em cada caso concreto; função esta que é essencial quando se avalia o custo dos direitos em matéria de saúde e a necessidade de salvaguarda de recursos coletivos. Ademais, os estudos de

⁷³ BARROS, Livia Dias. **Judicialização do direito à saúde**: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamentos no estado de Pernambuco. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Artes e Comunicação. Direitos Humanos, 2016, p. 86.

⁷⁴ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

medicina baseada em evidências e as diretrizes clínicas são a metodologia indicada para as Câmaras e Núcleos de Assessoria Técnica dos tribunais ⁷⁵.

⁷⁵ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à saúde é consagrado como direito fundamental social. A efetividade deste direito no plano fático é imediata e obrigatória, tendo suporte na lei 8.080/1990 e na atuação da administração pública, que deve garantir a satisfação progressiva da assistência à saúde. Todavia, ao contrário do que aponta a Teoria dos Direitos Fundamentais, o direito à saúde, como está pautado na Constituição Federal, não é investido de caráter absoluto.

Tal afirmação deriva-se da constatação de que o custo de efetivação da assistência à saúde esbarra com os limites orçamentários do Estado prestador, cuja disponibilidade financeira se vincula à arrecadação tributária. Decerto, a limitação orçamentária não pode ser escusa para a negar o direito à saúde, devendo o Estado juntar esforços de modo a garanti-lo em patamares aceitáveis, que não podem ser inferiores ao mínimo existencial.

Por outro lado, inegável é o desafio enfrentado pelo poder judiciário brasileiro ao lidar com o fenômeno de judicialização da saúde, um movimento crescente de demandas judiciais solicitando a prestação de assistência à saúde a indivíduos que, por diversos motivos, tiveram acesso à justiça buscando a concessão de tal pleito. Contagiadas pela forte garantia constitucional, a tendência das decisões judiciais em matéria de saúde é a de deferimento do pedido, impondo ao Estado prestador o dever de fornecer medicamentos, cirurgias, tratamentos ou outro gênero de assistência àquele cidadão beneficiado.

A consequência dessa leitura constitucional é a sobrecarga do orçamento público, que deve estar atrelado ao princípio da legalidade e não pode ser deslocado de políticas públicas já consolidadas. Diante disso, o conceito de reserva do possível se desenha em conjunto à noção de separação de poderes entre o eixo da atuação do juiz e do administrador público, revelando a indevida ingerência e o controle judicial das políticas públicas.

Traçando parâmetros doutrinários, jurisprudenciais e estatísticos, foi possível situar o fenômeno da judicialização da saúde como uma problemática manifesta à realidade jurídica brasileira. Aplicando a teoria da reserva do possível à esfera do orçamento público, possibilitou-se dimensionar a abrangência do impacto da judicialização da saúde na esfera da administração pública, revelando o custo do direito à saúde e o desbalanceamento da capacidade orçamentária do Estado.

Outrossim, ao robustecer a noção do papel das políticas públicas para a efetivação do direito à saúde, o presente estudo aferiu que a ingerência do poder judiciário na administração pública não pode ultrapassar os limites da separação entre os poderes. A constatação de que o direito à saúde deve ser qualificado como investimento público, a ser distribuído equitativamente entre os cidadãos, fundamenta a importância da administração pública em sua gestão. De resto, salienta-se que o controle judicial de políticas públicas evade a capacidade institucional do poder executivo para a promoção, proteção e recuperação da assistência à saúde.

Ao investigar a atuação dos Tribunais brasileiros, concluiu-se que a primazia dada às prestações individuais em direito à saúde compromete os parâmetros isonômicos traçados pelas regras do SUS e pela Administração pública, devendo ser balizados de modo a evitar o ativismo judicial exacerbado. Tal constatação advém do fato de que as decisões judiciais atendem a uma lógica de aplicação do direito a um caso concreto e, para isso, desprezam os elementos políticos pré-existentes de gestão da saúde.

Partindo da premissa de que existe uma interdependência entre o direito individual e coletivo à saúde, que devem ser promovidos de maneira isonômica e equilibrada, o objeto de investigação deste estudo foi a aferição dos meios de conciliação entre a competência administrativa e a inafastabilidade da jurisdição, de modo a salvaguardar a produção de resultados que sejam individuais e socialmente justos.

Soluções foram desenvolvidas e dirigidas à administração pública a fim de resolver esta controvérsia e evidenciar a capacidade institucional de cada um dos agentes políticos envolvidos, evocando ao poder executivo a necessidade de fortalecimento da participação política e democrática. Dentre algumas das posturas ativas adotadas, estão o fortalecimento dos Conselhos de Saúde como fóruns de debate, pois estes demonstram-se como força potencializadora da prevenção em saúde e podem fiscalizar ativamente o uso dos recursos financeiros nas políticas públicas.

Com relação ao poder judiciário, puseram-se limites à atuação jurisdicional em matéria de saúde pública, que deveria atuar apenas em casos de nítida omissão estatal à assistência à saúde. Em destaque, a ADPF nº 45 apontou a incompetência do poder judiciário para formular e implementar políticas públicas, devendo apenas estender a vontade política existente. Ademais, reconheceu-se que a implantação de Câmaras Técnicas ou Núcleos de Assistência nos Tribunais de Justiça muniu o judiciário para o amparo na tomada de decisões que envolvam alto grau de informações médicas, técnicas e orçamentárias.

Portanto, o presente estudo ensejou averiguar quais as medidas que podem ser adotadas para amenizar o impacto da satisfação dos pleitos judiciais no desenvolvimento de políticas públicas, que devem objetivar a otimização simbiótica e isonômica da tutela individual e coletiva à saúde. Por conseguinte, sedimentou-se a necessidade de estimular a sociedade brasileira contemporânea a colher soluções mais eficientes e equitativas que as decisões judiciais, buscando soluções coletivas que priorizem a participação social e a vontade democrática como força motriz da consolidação de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a Prestações de Saúde**: Complexidade, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Livia Dias. **Judicialização do direito à saúde**: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamentos no estado de Pernambuco. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Artes e Comunicação. Direitos Humanos, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Gestão do SUS** / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL. **Conselhos de saúde**: a responsabilidade do controle social democrático do SUS. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. 2. ed. Brasília : Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências

intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 730104**. PI, Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 01/02/2013. Acesso em 20 abr. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.
BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARLINI, Angelica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição**: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde**: ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: CNJ, 2015.

CORTEZ, Iaponã Fernandes. **Os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Entre a usurpação e a abdicação?** O direito à saúde no judiciário no Brasil e da África do Sul, p. 138/139. In: Constituição e política na democracia: aproximação entre direito e ciência política. Daniel Wei Liang Wang. (Org.) São Paulo: Marcial Pons, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Marcia; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos.** Edição do Kindle. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner. **A (in)viabilidade da Judicialização da Saúde no Brasil diante da extrema desigualdade social.** Ijuí-RS, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/2217/1869>. Acesso em: 6 dez. 2021.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando, a democracia e os direitos sociais fundamentais.** Salvador: Jus podivm, 2008.

LIMA, George Marmelstein. **You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos.** Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008, 120 páginas, dissertação. Programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

MAGALHÃES, Iasmim Pacheco. **Judicialização da saúde: critérios e limites para a atuação de magistrados em ações judiciais para aquisição de medicamentos pelo Estado.** Brasília: Trabalho de conclusão de curso em direito da UnB, 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS.** São

Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5151/tde-23022016-162923/publico/ReynaldoMapelliJunior.pdf>. Acesso em 5 dez. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTA, Maurício. **Paradigma Contemporâneo do Estado Democrático de Direito: Pós-Positivismo e Judicialização da Política**. In: MOTA, Luis Eduardo; MOTA, Maurício (orgs.). **O Estado Democrático de Direito em Questão**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. **Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEDRINI, T. F. e VANDRESEN, T. **A reserva do possível: entre a suposta insuficiência de recursos disponíveis e a execução do direito à saúde**. Revista Bonijuris, v. 28, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 4 dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. apud. TOLEDO, Cláudia. **Mínimo existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã**. PIDCC. Aracaju, ano VI, v. 11 no. 01, p.102-119, fev/2017, p. 107.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

SILVA, Virgílio A. da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos**. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. VERBA JURIS-Anuário da Pós-Graduação em Direito, v. 4, n. 4, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais - Orçamentos e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos parâmetros para a Judicialização da Saúde: Critérios Para A Teoria Da Decisão Judicial**. 2019. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012.

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

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 11.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**. Revista Direito FGV, São Paulo 4(2) | P. 539-568 | Jul-Dez 2008.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015.