



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ANA CAROLINA DIAS SANTOS RIBEIRO

**LIMITES DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: GARANTIA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

São Cristóvão

2021

ANA CAROLINA DIAS SANTOS RIBEIRO

**LIMITES DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: GARANTIA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito como requisito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara
Machado.

Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora:

Professor Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Professor Dr. Eduardo Lima de Matos

Professor Dr. Ubirajara Coelho Neto

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo a todos aqueles que acreditaram na minha capacidade e potencial e, assim, me fizeram acreditar também.

Especialmente, dedico a Cristo, meu Salvador e capacitador.

Não posso deixar de dedicar essa vitória a meus pais, Jorge e Juciene, que por toda a minha vida e até hoje cuidam de mim e batalham pra que eu tenha todas as oportunidades e comodidades que eles não puderam ter. Por todo o esforço, amor, carinho, abrigo e incentivo.

Dedico também a meu irmão, Matheus, que já se apaixonou e deixou apagar a chama pelo Direito, mas que cuida de mim como um fiel escudeiro, sempre presente, sempre oferecendo abrigo, amor e palavras de incentivo. Nunca duvidou da minha capacidade e não sabe o quanto isso foi e é importante para essa e outras conquistas.

AGRADECIMENTOS

Em lágrimas escrevo os presentes agradecimentos. Neste exato momento, posso afirmar que estou prestes a finalizar este Trabalho de Conclusão de Curso. O sentimento é de vitória. Depois de um período inteiro sem conseguir avançar neste estudo, pela infinita Graça e misericórdia de Cristo, pude retomar um estado de paz e mente sã. Somente Deus sabe quão desafiadora essa etapa tem sido para mim, e os familiares e amigos próximos têm uma boa noção disso.

Todo o mérito desse trabalho é Daquela que me salvou da escuridão e me toma em Teus braços de amor diariamente. Ele, que limpa a minha mente e meu coração, que me assegura que viverei um futuro de paz e que faz questão de cuidar de cada detalhe da minha vida e rotina.

Não tenho palavras para agradecer a um Deus tão amoroso e bondoso como o Deus que eu conheço e louvo. Um Deus que é pai perfeito, acredito que sequer é possível que a mente humana compreenda tão grande amor e cuidado. Amo-te, Deus. Com todas as minhas forças e fôlego. A Ele a Glória.

Sou grata, ainda, por todas as orações feitas em meu favor.

Na dimensão natural, não posso deixar de agradecer aos meus pais, Jorge e Juciene, e ao meu irmão, Matheus. Sempre presentes, dividem todos os momentos comigo, especialmente os piores, aliviando a carga dessa jornada. Por todo o apoio incondicional demonstrado, eu agradeço a vocês, que são a base de tudo que já conquistei e conquistarei. Sem dúvida alguma, eu afirmo: não conseguiria sem a ajuda de cada um de vocês, de modo que essa vitória não é minha, mas nossa. Amo vocês.

Agradeço ainda ao Professor Doutor Carlos Augusto, meu orientador nesta etapa fundamental da graduação, por toda a paciência, carinho e sabedoria que despejou sobre minha vida. Posso dizer que fui abençoada com uma orientação sábia, objetiva, em tempo recorde e leve. Obrigada por tudo isso!

Manifesto minha gratidão também a Paulo, que se fez presente me apoiando com palavras de coragem, incentivo, confiança e amor, tornando esse processo mais leve e doce.

Ainda, agradeço a Alexandre, Débora, Nataly, Raphael, Raquel e Rodrigo, que me ajudaram a começar e continuar. É muito bom desfrutar da amizade que vocês dispensam sobre minha vida.

Honro aos professores que cruzaram minha jornada e contribuíram para a concretização do presente momento.

RESUMO

O presente trabalho investiga a aplicação da teoria da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvem o direito à saúde, tendo como parâmetro o julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão do caso conhecido como *numerus clausus*. O tema da pesquisa surgiu de inquietação despertada durante a graduação ao verificar que, embora a teoria em questão tenha origem na Alemanha e não esteja restrita a aspectos econômicos, de modo geral, no Brasil, a reserva do possível é invocada por um viés de ausência de recursos financeiros suficientes ao cumprimento de obrigações estatais. Foi realizada pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental, permitindo verificar que o Tribunal Alemão elege, a grosso modo, os critérios da razoabilidade da pretensão e respeito aos limites impostos pela Constituição, enquanto o Supremo Tribunal Federal aprecia, em regra, se há violação ao mínimo existencial, se há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira e se as expectativas são legítimas. Vê-se que, no Brasil, o maior enfoque é dado ao aspecto financeiro da tese, porém não está ausente a observação do aspecto originário quanto à razoabilidade da pretensão. Ademais, o mínimo existencial é, em regra, o fundamento que afasta a aplicação da teoria ao caso concreto. Constata-se que há grandes expectativas em torno da tese de ser fixada pelo STF no RE nº 566.471/RN, que poderá trazer critérios objetivos para casos de fornecimento gratuito de medicamentos.

Palavras-chave: reserva do possível; *numerus clausus*; mínimo existencial; direito à saúde.

ABSTRACT

The present study investigates the application of the theory of reserve for contingencies by the Supreme Court (Brazil) in cases involving the right to health, using as a parameter the judgment by the German Federal Constitutional Court on the case known as *numerus clausus*. The research theme came from concerns raised during graduation when verifying that, although the theory in question originates in Germany and is not restricted to economic aspects, in general, in Brazil, the reserve for contingencies is invoked based on the lack of financial resources to fulfill state's obligations. Bibliographical, jurisprudential and desk research was carried out, allowing to verify that the German Court elects, in general terms, the standard of the reasonableness of claim and respect for the limits imposed by the Constitution, while the Federal Supreme Court (Brazil) values, in general, if there is a violation of the right to basic conditions of life, if there is objective proof of economic and financial incapacity and whether the expectations are reasonable. Therefore, in Brazil, the main focus is given to the financial aspect of the thesis, but the observation of the original aspect - the reasonableness of the claim - is not absent. Furthermore, the right to basic conditions of life, in most cases, is the foundation that rules out the application of the theory to the concrete case. It appears that there are great expectations around the thesis to be fixed by the STF in the RE No. 566.471/RN, which may bring objective parameters for cases of free drug supply.

Keywords: reserve for contingencies; *numerus clausus*; right to basic conditions of life; right to health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR – Agravo Regimental

AM – Amazonas

AP - Amapá

Art. – Artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CF/88 – Constituição Federal de 1988

MG – Minas Gerais

ONU – Organização das Nações Unidas

PE - Pernambuco

PR – Paraná

RE – Recurso Extraordinário

RN – Rio Grande do Norte

SL – Suspensão de Liminar

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE	10
2.2	LIMITES CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	27
3	A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	32
3.1	A RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS ANTECEDENTES: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	32
3.2	OS PARÂMETROS FIXADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
3.2.1	Breves considerações doutrinárias.....	37
3.2.2	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, AP.....	39
3.2.3	Recurso Extraordinário nº 581.352, AM.....	40
3.2.4	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, MG	43
3.2.5	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, PR.....	44
3.2.6	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.165.054, RN	45
3.2.7	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.189.014, SP.....	46
3.2.8	Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.272.488, PE	47
3.3	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RE Nº 566.471, RN.....	47
4	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Durante os estudos realizados ao longo da graduação, notou-se que a teoria da reserva do possível geralmente é abordada em linhas gerais e com maior enfoque em um aspecto financeiro.

Observou-se, então, que o Estado tem, reiteradamente, utilizado a teoria da reserva do possível como argumento para eximir-se de deveres e responsabilidades impostos pela CF/88, dentre os quais está o dever de garantir saúde a todos, corolário lógico do direito universal à saúde, que compõe um dos bens mais sensíveis da humanidade, de valor inimaginável.

Nesse sentido, entende-se que a teoria em comento tem sido vinculada a questões orçamentárias e à característica finita dos recursos econômico-financeiros. Todavia, ciente de que a tese tem origem em decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, surgiu o interesse em verificar os parâmetros originalmente adotados pelo direito alienígena, para analisar como a teoria tem sido recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal.

A importância do estudo está em observar se a reserva do possível tem constituído, no Supremo Tribunal, um limite razoável ou não à responsabilidade do Estado diante do direito à saúde. Desse modo, nascem algumas inquietações relacionadas ao delineamento dos aspectos originais da tese em questão e outros referentes à sua aplicação pela Suprema Corte.

O ponto principal está na verificação se referido tribunal brasileiro alterou a fundamentação, dimensão e objetivo da teoria, além da maneira como a responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde tem sido afetada mediante a reserva do possível. Além disso, tratando-se de direito fundamental, a preocupação com o respeito ao mínimo existencial é inerente a esta análise.

Para isso, buscou-se identificar a responsabilidade do Estado diante do direito à saúde e seus limites constitucionais. Ademais, necessário compreender a teoria em questão em sua origem e surgimento, observando seu contexto fático e critérios aplicados para, em seguida, estudar sua aplicação e parâmetros considerados pelo Supremo Tribunal Federal.

A fim de concretizar este trabalho, foi realizada, inicialmente, pesquisa documental e bibliográfica para analisar brevemente a evolução histórica das Constituições brasileiras em relação ao direito à saúde. Logo depois, executada pesquisa bibliográfica com o intuito de verificar como se apresenta o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro atual, estudando sua eficácia e exigibilidade em juízo, observado o mínimo existencial, o que se vê no 2º capítulo do trabalho.

Em seguida, no 3º capítulo, pesquisa bibliográfica tanto para assimilar a teoria da reserva do possível em sua origem, identificando os pontos considerados relevantes pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quanto para estudar a tese no âmbito da doutrina brasileira, e, por fim, do Supremo Tribunal Federal, através de pesquisa jurisprudencial qualitativa.

Esta última foi realizada por meio do sítio eletrônico do STF, em 25 de outubro de 2021. Buscou-se, na ferramenta de pesquisa do referido *site*, a expressão “reserva possível saúde”, resultando em 40 acórdãos, 1.514 decisões monocráticas e 311 informativos.

Para os fins deste estudo, em um primeiro momento, somente foram considerados os acórdãos, cujas ementas foram lidas para, em seguida, descartar os casos em que não havia menção expressa à “reserva do possível” ou não envolviam o direito à saúde. Somente 8 acórdãos obedeceram aos critérios elencados, de modo que se prosseguiu à análise das decisões proferidas pela Suprema Corte nesses casos, exceto em relação ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, pois não foi possível acessar ao inteiro teor da sua decisão no *site* do Supremo, sendo ainda um processo físico, inclusive.

Por fim, ainda no 3º capítulo, foram feitas breves considerações quanto ao Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, tendo em vista que se trata de caso paradigmático a envolver a questão do fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente aqueles não incorporados pelo SUS, havendo grandes expectativas dos juristas em torno da fixação de tese de repercussão geral que se aproxima.

2 OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais são a base do ordenamento jurídico, pois operam tanto limitando a atuação do Estado como instituindo seus fins, orientando-o (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 5). Dentre eles, estão os direitos sociais, sendo que o direito à saúde é destacado pela Constituição de 1988, pois se conecta à dignidade da pessoa humana.

Historicamente, o direito à saúde foi abordado por outras Constituições, entretanto é notório que nenhuma o fez com a riqueza da atual. Sendo direito fundamental social, seu caráter prestacional é revelado e sua eficácia é objeto de estudo, conforme considerações adiante.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE

A saúde é uma qualidade de difícil conceituação, ao passo em que definir sua abrangência é, também, limitar o direito correspondente. De todo modo, segundo o Preâmbulo da Constituição da OMS (1946), bem observado por Teixeira e Moraes (2020, p. 555), a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. No entendimento de Teixeira e Moraes (2020, p. 555), entretanto, talvez seja impossível delimitar a saúde, tendo em vista sua dimensão e característica interdisciplinar.

Furtando-se o estudo aprofundado acerca do que é a saúde, registre-se que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecê-la como direito de todos, refere-se, expressamente, à prevenção de doenças (redução do risco), abarcando a sua proteção, promoção e recuperação, além do acesso universal e igualitário (art. 196 da CF/88¹).

Imprescindível é fazer uma breve consideração quanto à classificação dos direitos fundamentais para, então, adentrar no direito à saúde. Dessa maneira, com destaque para a doutrina clássica de Paulo Bonavides (2010, p. 560-570), os direitos fundamentais podem ser de primeira, segunda ou terceira geração. Os primeiros estão ligados aos direitos civis e políticos, fundados nas liberdades individuais e, em regra, possuem natureza negativa, ou seja, impõem uma obrigação de não interferir, sendo nesse sentido oponíveis ao Estado.

Os direitos de segunda geração, comumente identificados como direitos econômicos, sociais e culturais, estão, por sua vez, atrelados à ideia de igualdade material, que busca garantir

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

a todos condições equivalentes, respeitando e em atenção às desigualdades existentes. Geralmente, são efetivados através de prestações positivas do Estado e, portanto, revelam a importância das intervenções estatais (MASSON, 2020, p. 192).

Por fim, os direitos de terceira geração buscam a manutenção da vida digna para as gerações futuras – e, por isso, conhecidos como direitos transindividuais ou coletivos – e se relacionam com o direito ao meio ambiente. Conforme Masson (2020, p. 193), há quem discorra acerca de direitos de quarta e quinta geração, todavia referido estudo não se apresenta relevante para o presente trabalho.

Pela classificação citada, o direito fundamental à saúde é de 2º geração e, para entender sua previsão em nosso ordenamento jurídico, interessa realizar uma breve análise de sua evolução histórico-constitucional. Seguindo uma ordem cronológica, a Constituição do Brasil Império, em 1824, já trazia menção à saúde em seu art. 179, XXIV², dispositivo que expressava a legalidade de todo gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio, desde que não fizessem oposição aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos.

Desse modo, embora a saúde tenha sido colocada como bem a ser protegido, o principal foco da previsão constitucional estava no trabalho e economia. Além disso, é sabido que a Constituição em questão estava inserida num contexto político absolutista e sequer garantia remédios constitucionais de extrema relevância, como o *habeas corpus* (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 13).

Em seguida, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891 (alterada pela Emenda Constitucional nº 3/1926), trouxe extensa Declaração de Direitos na Seção II do Título IV, cujo rol elencado é meramente exemplificativo, conforme seu próprio art. 78³. Todavia, tratou somente de direitos individuais (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 13), cujo foco, conforme destacado pelo art. 72⁴, foram os direitos relacionados com a liberdade, a

² Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

³ Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

⁴ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 1º Ninguém póde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma cousa, senão em virtude de lei. § 2º Todos são iguaes perante a lei. A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho. § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. § 5º Os cemiterios terão character secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis. § 6º Será leigo o ensino ministrado nos

segurança individual e a propriedade privada. Retrocedeu, portanto, no âmbito dos direitos sociais, ausente qualquer menção ao direito à saúde.

Sob presidência de Getúlio Vargas, a preocupação com a saúde volta a ser representada no âmbito constitucional, desta vez no inciso II do art. 10⁵ da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), que define, à União e Estados, competência concorrente para cuidar da saúde e assistência públicas. Consoante Silva e Brega Filho (2016, p. 13), referida Carta deu início ao Estado Social no Brasil, pois impôs limites ao direito à propriedade e

estabelecimentos publicos. § 7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomatica do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio. § 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. § 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados. § 10. Em tempo de paz, qualquer pessoa póde entrar no territorio nacional ou delle sahir, com a sua fortuna e seus bens. § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. § 13. Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente. § 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir. § 15. Ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórma por ella regulada. § 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas. § 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia. a) A minas pertencem ao proprietario do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. b) As minas e jazidas mineraes necessarias á segurança e defesa nacionaes e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros. § 18. É inviolavekl o sigillo da correspondencia. § 19. Nenhuma pela passará da pessoa do delinquente. § 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. § 22. Dar-se-ha o *habeas-corporis* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção. § 23. Á excepção das causas, que por sua natureza, pertencem a juizos especiaes, não haverá fóro privilegiado. § 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial. § 25. Os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario ou será concedido pelo Congresso um premio razoavel, quando haja conveniencia de vulgarizar o invento. § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. § 27. A lei assegurará a propriedade das marcas de fabrica. § 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico. § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos. § 30. Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize. § 31. É mandida a instituição do jury. § 32. As disposições constitucionaes assecutorias da irreductibilidade de vencimentos civis ou militares não eximem da obrigação de pagar os impostos geraes creados em lei. § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os suditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica. § 34. Nenhum emprego póde ser creado, nem vencimento algum, civil ou militar, póde ser estipulado ou alterado senão por lei ordinaria especial.

⁵ Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas;

estabeleceu a submissão da ordem econômica aos “princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional” (art. 115⁶, Constituição de 1934).

No ano de 1937, Getúlio Vargas outorgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a qual coleciona diversas críticas quanto ao seu aspecto autoritário, entretanto, é válido destacar que, ao menos formalmente, referida Carta menciona a saúde em dois de seus dispositivos. A primeira menção é feita no inciso XXVII, art. 16⁷, que define a competência privativa da União quanto ao poder de legislar sobre normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente tratando-se de saúde da criança.

A segunda referência é feita na alínea “c” do art. 18⁸, que complementa a tutela constitucional da saúde ao dar, independentemente de autorização e na presença de lei federal sobre a matéria, poder aos Estados para que supram eventuais omissões da referida lei ou, ainda, providenciem medidas especiais em razão de características locais, tudo através de leis estaduais que versem a respeito de assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

Adiante, na Constituição de 1946, com o retorno da ordem democrática, foram reinseridos os remédios constitucionais (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, art. 101, I, alíneas “h” e “i”⁹), abolida a pena de morte e a de prisão perpétua (art. 141, § 31¹⁰) e,

⁶ Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

⁷ Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...) XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

⁸ Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...) c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

⁹ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido; (...) i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, do Senado e da Câmara dos Deputados ou das respectivas Mesas, do próprio Supremo Tribunal Federal, de suas Turmas ou de seu Presidente do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas e dos Tribunais Federais de última instância (art. 106, art. 109, I, e art. 122, I);

¹⁰ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

ainda, retomados os princípios da legalidade e irretroatividade da lei (art. 141, §§ 2º e 29¹¹) (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 14).

Especificamente quanto ao direito à saúde, a competência da União nesse âmbito resta delimitada pela alínea “b”¹², do inciso XV do art. 5º, restringindo-se à edição de normas gerais de defesa e proteção da saúde. Além disso, o termo é novamente citado em seu art. 186¹³, o qual, ao tratar dos funcionários públicos, determina, além do concurso, a necessidade de prévia inspeção de saúde para a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar, o que remete a possíveis questões previdenciárias e trabalhistas.

Em 1964 o país vivenciou o golpe militar, de modo que houve a manutenção meramente formal da Constituição de 1946 e somente em 1967 foi adotada nova ordem constitucional. Ocorre que, aproximadamente 1 ano após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1967), que estabeleceu tanto direitos individuais quanto sociais¹⁴, o povo brasileiro foi submetido ao Ato Institucional nº 05, em 1968, o qual, dentre outras medidas ditatoriais, impossibilitou a impetração de *habeas corpus* (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 14-15).

A despeito disso, a Constituição do regime militar contempla a expressão “saúde” em dois incisos de seu art. 8º, ao designar a competência da União para instituir planos nacionais de educação e saúde (art. 8º, inciso XIV¹⁵) e para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção de saúde (art. 18, inciso XVII, alínea “c”¹⁶ – alínea essa idêntica à alínea “b”, do inciso XV do art. 5º da Constituição de 1946, já mencionada).

Na vigente Constituição (1988), o termo em questão é utilizado 67¹⁷ vezes – incluso o ADCT –, de maneira a evidenciar a preocupação do poder constituinte com a saúde, tratando do tema em toda a Carta, além de reservar um espaço destinado especificamente ao assunto (Seção II do Capítulo II do Título VIII).

¹¹ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (...) § 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.

¹² Art 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: (...) b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

¹³ Art 186 - A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

¹⁴ Conferir o Capítulo II “Dos Direitos e Garantias Individuais” do Título II e o Título III “Da Ordem Econômica e Social”, BRASIL (1967).

¹⁵ Art 8º - Compete à União: [...] XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde.

¹⁶ Art 8º - Compete à União: [...] XVII - legislar sobre: c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário.

¹⁷ O termo é citado 43 vezes no texto permanente e 24 vezes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consoante pesquisa realizada na data de 30 de setembro de 2021.

Assim, a primeira citação da saúde é feita pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º¹⁸, quando elege os direitos sociais, que fazem parte de um bloco de direitos conhecidos como fundamentais, junto aos direitos individuais, coletivos, da nacionalidade e políticos, estando, também, conectados à noção de dignidade da pessoa humana, pois a lesão a esses direitos fere a esfera da pessoa humana (BARCELLOS, 2011, p. 132) e a promoção respectiva contribui para sua concretização (BARCELLOS, 2011, p. 136-137).

O reconhecimento de direitos sociais resultou de construção histórica que ganhou força após a garantia dos direitos liberais e a partir da observação da insuficiência do liberalismo econômico (TEIXEIRA; MORAES, 2020, p. 551). Outrossim, a importância de os direitos sociais constituírem parte dos direitos fundamentais está no caráter de essencialidade que estes carregam, apresentando algumas características privilegiadas, dentre as quais importa citar a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Nesse sentido, impecável a lição de Silva (2016, p. 180):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.
(grifos do autor)

Salienta-se, então, o entendimento de que o direito fundamental à saúde está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a implementação de políticas públicas nesse sentido traduz “meios de realização da dignidade do ser humano” (TEIXEIRA; MORAES, 2020, p. 554), proporcionando condições mínimas de vida. Acerca desse ponto, importante a lição de Silva (2006, p. 5):

Esses Direitos fundamentais nascem com o indivíduo. E por essa razão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948), diz que os direitos são proclamados, ou seja, eles pré existem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que por outro lado devem proteger tais direitos de qualquer ofensa.

Conforme já observado anteriormente, a Constituição (1988) demonstra forte preocupação com o tema da saúde. Nesse teor, o constituinte elege a saúde como direito de

¹⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

todos e dever do Estado (art. 196¹⁹, CF/88), fixando meios para que referida incumbência seja cumprida. Ademais, o dispositivo em comento institui o princípio normativo do acesso universal e igualitário às ações e serviços que promovem, protegem e recuperam a saúde. Ainda, determina que o Estado estabelecerá políticas sociais e econômicas com vistas à redução do risco de doenças.

Para reforçar a importância do acesso universal, os artigos seguintes dispõem expressamente quanto à relevância pública das ações e serviços de saúde (art. 197²⁰, CF/88), além de definirem o SUS – Sistema Único de Saúde – e suas atribuições (respectivamente, art. 198, *caput*²¹ e art. 200²², ambos da CF/88). O art. 197 determina, ainda, que cabe ao Poder Público dispor, conforme a lei, acerca da regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, as quais podem ser executadas diretamente ou através de terceiros, permitindo-se, também, que sejam prestadas por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Merecem maior destaque as normas constitucionais que orientam e sustentam o SUS. Consoante mencionado, o Sistema Único de Saúde é previsto pelo *caput* do art. 198 da CF/88, o qual estabelece uma rede regionalizada e hierarquizada para as ações e serviços públicos de saúde, de modo a formar um único sistema, orientado pela descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. A descentralização do SUS, por sua vez, deve obedecer a direção única em cada esfera governamental, e o atendimento deve priorizar atividades de prevenção, sempre ressalvados os serviços assistenciais (incisos I a III²³ do art. 198, CF/88).

¹⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁰ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

²¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...].

²² Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

²³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Para o tema da presente pesquisa, grande atenção deve ser dada aos parágrafos que acompanham o dispositivo em questão. O legislador constituinte apresenta a organização financeira e orçamentária do SUS, estabelecendo padrões e regras mínimas a serem seguidas, tamanha a relevância do direito. Assim, de acordo com o texto constitucional (art. 198, § 1º²⁴), o SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social de todos os entes da federação, além de outras fontes. Nos incisos do parágrafo 2º²⁵ são discriminadas alíquotas mínimas e suas respectivas bases de cálculo, correspondentes à responsabilidade financeira-orçamentária de cada ente, seja União, Estado, Distrito Federal ou Município.

Essa definição de valores básicos a serem destinados à saúde pública é emblemática e os impactos dessa norma serão melhor abordados posteriormente, quando tratado o mínimo existencial e a reserva do possível em seu viés econômico-financeiro. Todavia, desde já fica evidenciado o tratamento constitucional dado ao repasse de valores às ações e serviços públicos de saúde.

Inobstante, manteve a Constituição a possibilidade de a iniciativa privada participar, de modo complementar, da assistência à saúde, conforme seu art. 199²⁶ e parágrafos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 648).

Conclui-se, então, que o direito à saúde é direito social, à medida que visa promover a justiça social e igualdade material, e direito fundamental, à medida que contribui para a realização da pessoa humana como fim em si mesma, sendo inegável a relação que o direito à saúde tem com a ideia de vida digna. Outrossim, irrefutável sua relevância pública, a partir dos ditames constitucionais.

²⁴ Art. 198. [...] § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

²⁵ Art. 198. [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

²⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Conforme mencionado anteriormente, os direitos sociais são considerados prestacionais, o que significa dizer que, para serem concretizados, dependem da intervenção do Estado. A efetivação desses direitos está relacionada, portanto, à eficácia que lhes é atribuída. Acerca desse tema, observa-se que surgiu nos Estados Unidos da América a classificação entre normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, com base na visão de que a Constituição elege princípios e regras de caráter geral, cabendo ao legislador ordinário dispor mais especificamente quanto à aplicação das normas (CARVALHO, 2017, p. 5).

Silva (1993, p. 9-10), insatisfeito com a classificação introduzida pelos norte-americanos e posteriormente aprofundada pelos italianos, propõe diferente classificação normativa, elaborando a denominada teoria tripartite ou tricotômica das normas constitucionais. Para entender essa teoria, é fundamental observar a premissa de que todas as previsões inseridas na Carta de 1988 constituem normas constitucionais, sendo rejeitado, no presente estudo, o conceito minoritário de que a Constituição é mera carta política despida de força vinculante (SILVA, 1993, p. 8).

Nesse sentido, insubstituíveis as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 65):

A constituição não é um simples ideário. Não é apenas a expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos, do poder e cidadãos.

A Constituição de 1988 demonstra enorme atenção para a questão da eficácia e aplicabilidade de suas normas, o que se depreende da simples leitura do § 1º de seu art. 5º²⁷, que estabelece a aplicação imediata das normas que instituem os direitos e garantias fundamentais (SILVA, 1993, p. 8). A lição de José Afonso da Silva quanto à classificação das normas constitucionais em relação à sua eficácia é preciosa para este trabalho.

Referida doutrina destaca que as normas constitucionais podem ser classificadas, em relação à sua eficácia e aplicabilidade, em três grupos: (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata e integral ou não; (3) normas de eficácia limitada. Estas últimas, por sua vez, subdividem-se em dois grupos: (3.1) as normas de eficácia limitada e declaratórias de princípio institutivo e (3.2) as normas de eficácia limitada e declaratórias de princípio programático (SILVA, 1993, p. 10).

²⁷ Art. 5º 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.

As normas de eficácia plena produzem, ou são capazes de produzir, seus efeitos imediatamente e de modo direto desde sua entrada em vigor, porque detém todos os meios necessários para sua aplicação, prescindindo da edição de outras normas. As normas de eficácia contida, em regra imperativas e limitativas do Poder Público, são aplicáveis imediata e diretamente, entretanto, dependem de norma diversa que estabeleça limites de atuação ou, ainda, dependem da concretização das circunstâncias restritivas admitidas em Constituição (SILVA, 1993, p. 10-11).

Por fim, as normas de eficácia limitada dependem de posterior diligência a discriminar sua aplicação. Se estabelecerem princípio institutivo, tratarão de regras gerais a partir das quais o legislador infraconstitucional, mediante lei ordinária ou complementar, estruturará de modo mais específico as instituições, entes e órgãos. As de princípio programático, porém, apenas instituem princípios a serem observados pelos órgãos e poderes públicos, com foco no fim social do Estado (SILVA, 1993, p. 11).

Talvez, a dedução mais rápida que se imagina a partir da classificação supracitada poderia fazer concluir, precipitadamente, que as normas de eficácia plena garantem ao indivíduo um direito de modo mais firme que as demais. E precipitadamente porque o ilustre Mello (2017, p. 68) introduz novas nuances ao estudo da eficácia das normas constitucionais, destacando que as normas de eficácia plena podem conferir ao administrado posições jurídicas mais ou menos firmes.

Nesse sentido, exemplifica que uma norma constitucional que simplesmente atribui à União a competência para legislar, embora seja de eficácia plena, segundo a lição de José Afonso da Silva, mantém o administrado em posição frágil, pois ele não é apresentado a um direito subjetivo. Entretanto, há casos em que a norma de eficácia plena colocará o indivíduo em posição forte, pois uma vez violada a disposição constitucional, nasce a pretensão de exigir seu cumprimento. É o caso do art. 176, § 3º, III, CF/67, conforme EC nº 1/69²⁸ (de texto semelhante ao do art. 208, I, CF/88²⁹), que determina a gratuidade do ensino primário em instituições oficiais (MELLO, 2017, p. 68).

Avança ao observar a possibilidade de que uma norma de eficácia contida ofereça ao seu administrado uma posição jurídica mais intensa que uma de eficácia plena, comparando,

²⁸ Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola. [...] § 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: III - o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos.

²⁹ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

assim, a situação do indivíduo que se vê sob a norma que atribui competência legislativa à União em paralelo à situação do indivíduo que está sob a norma que preconiza a inviolabilidade do domicílio, por traduzir um direito “fruível e exigível” (MELLO, 2017, p. 68), consoante art. 153, § 10, CF/67 conforme EC n° 1/69³⁰ (atualmente, o dispositivo correspondente é o art. 5°, XI, CF/88)³¹.

Conclui, portanto, que a classificação tripartite da eficácia normativa constitucional não representa instrumento capaz de identificar, sozinho, as posições jurídicas decorrentes dessas normas, motivo pelo qual propõe modelo diverso e neutro em relação às classificações já registradas (MELLO, 2017, p. 68).

Em síntese, a ideia trazida por Mello (2017, p. 69) divide o ordenamento constitucional em três tipos de normas, de acordo com a posição jurídica que conferem aos seus administrados. Há as normas que outorgam um poder jurídico, geralmente referentes aos chamados direitos propriamente ditos e se desdobram em “uma utilidade concreta” ou na exigibilidade da referida utilidade, caso desrespeitada por outrem.

Diz também que existem normas que outorgam um direito, no sentido de que geram utilidade a ser usufruída através da prestação de outrem, operando-se, portanto, em cumprimento de uma relação jurídica. Para essas, é necessário que a Constituição tenha delineado o direito de modo que viabilize a identificação do conteúdo dessa prestação positiva capaz de satisfazer efetivamente a utilidade conferida ao indivíduo administrado. As normas que outorgam direitos atribuem ao administrado, então, o gozo efetivo de uma utilidade e/ou o poder de exigir judicialmente esse gozo, se embaraçado ou negado por quem deveria satisfazê-lo (MELLO, 2017, p. 69).

Ressalva, todavia, que a norma constitucional pode tão somente determinar um objetivo a ser cumprido pelo poder público, sem, porém, indicar os meios – ou o comportamento a ser adotado – para tanto. Nesses casos, sendo citada como exemplo a norma que elege a função social da propriedade como princípio da ordem econômica, ao administrado é conferida posição jurídica menos firme, pois ausente fruição ou exigibilidade de algum comportamento

³⁰ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

³¹ Art. 5° 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: [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

específico. A despeito disso, Mello ensina que continuam sendo relevantes tais normas, à medida que seu conteúdo culmina na proibição de editar normas ou se comportar de modo contrário a elas, sob pena de inconstitucionalidade. Afirma, ainda, que o Estado fica obrigado a agir em conformidade com essas regras e o Poder Judiciário deverá observá-las em sua tarefa de interpretar o direito nos casos concretos. (MELLO, 2017, p. 69).

Disso depreende-se que, mesmo as normas que, à primeira vista, não outorgam direitos ou poderes, por meio de um olhar mais aprofundado vê-se que elas atribuem ao seu administrado o direito de opor-se judicialmente ao cumprimento de normas e práticas contrárias, além do direito a “prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que esteja em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.” (MELLO, 2017, p. 70).

Avançando ainda mais em seu estudo, Mello apresenta importantíssima lição jurídico-linguística ao observar que, inobstante existam normas que incluem conceitos imprecisos, elas continuam com imediata aplicabilidade no que diz respeito ao núcleo incontroverso de seu significado – e a existência deste núcleo é que torna a comunicação humana possível. Assim, o que realmente está por trás de um conceito infraconstitucional que busca delimitar ou elucidar um conceito vago trazido pela Constituição é, mais que uma questão científica, uma questão ideológica (MELLO, 2017, p. 71).

Essa é uma reflexão interessante a que este trabalho se furta, pois é merecedora de estudos próprios, todavia, registra-se que a eficácia do núcleo de direitos fundamentais não pode sofrer limitações conforme a alternância política nos órgãos públicos. Além disso, são direitos que encontram previsão para além das Constituições nacionais, sendo previstos em normativas internacionais (MORAES, 2011, p. 2).

De todo modo, importa ressaltar que nunca foi questionada, na seara do Direito Civil, por exemplo, a competência do Judiciário na tarefa de identificar os limites desses conceitos penumbrosos, os quais são constatáveis em qualquer área do Direito, de modo que é estranho que somente se exija um conceito legal pormenorizado quando se trata da vontade constitucional (MELLO, 2017, p. 71). Acerca disso, precioso o ensinamento de Mello (2017, p. 76):

A interpretação que o Legislativo faz da lei maior é simples condição do exercício de sua missão própria: legislar dentro dos termos permitidos. Nisto não se diferencia da interpretação das leis que o Executivo necessita fazer para cumpri-las. Porém, nem um nem outro têm a função jurídica de interpretar normas. A interpretação que fazem é itinerário lógico irremissível para o cumprimento de outras funções. Diferentemente, o único ao qual assiste – e monopolisticamente – a função de interpretar normas, para aplicá-las aos casos concretos, é o Poder Judiciário.

Dentre as diversas conclusões que o autor supracitado chegou a partir de seu estudo, para este trabalho merecem destaque duas delas. A primeira é a de que toda norma constitucional atrelada à Justiça Social, mesmo se programática, gera, de modo imediato, direitos subjetivos ao cidadão. A segunda, que se desdobra em duas, é a de que a existência de conceitos imprecisos não obsta que o Judiciário reconheça, em cada caso concreto, a abrangência desses direitos; inclusive, é comum que o Judiciário realize essa tarefa em outras searas do Direito. Ainda, por mais vago que seja um conceito, é possível e fático que haja um conteúdo mínimo inegociável, sob pena do fracasso da própria comunicação humana.

Ainda em relação à eficácia das normas, interessa a percepção de Ana Paula de Barcellos. Ela demonstra que a Constituição, em seu próprio texto, impõe diferentes patamares de fundamentalidade jurídica, o que fica evidenciado pela eleição de algumas normas como cláusula péticas, por exemplo. Mas para além das cláusulas péticas, a partir da definição de princípios gerais a reger matérias e capítulos, bem como da indicação dos fundamentos da República, a Lei Maior assegura a esses imperativos uma posição superior aos demais, no aspecto axiológico e funcional, ressaltando-se que todas as normas constitucionais gozam de uma única e igual hierarquia (BARCELLOS, 2011, p. 142-143).

Essa observação é relevante porque as circunstâncias consideradas pela própria ordem constitucional como mais relevantes devem estar relacionadas com os tipos de eficácia jurídica mais firmes (BARCELLOS, 2011, p. 143). Destaca-se, então, a visão de Barcellos quanto às modalidades de eficácia.

Consoante mencionado, referida autora assevera que são dotadas da eficácia jurídica mais consistente as normas que visam proteger os bens considerados mais valiosos, conforme cada contexto histórico-cultural (BARCELLOS, 2011, p. 139). Elege, então, dois critérios para direcionar a identificação dos bens a serem considerados mais valiosos.

O primeiro deles é o que chama de “fundamentalidade social”. Trata-se da verificação do nível de importância dado ao bem em questão e é tarefa que comumente direciona a política legislativa. Assim, quanto mais fundamental para a sociedade, mais próximo da eficácia positiva³² deve estar; se impossível que assim seja, observar-se-á as demais modalidades de eficácia, em ordem decrescente (BARCELLOS, 2011, p. 140). O outro critério é o da “fundamentalidade jurídica”, ou seja, a relevância que o próprio ordenamento jurídico atribui a

³² Para Barcellos, em regra, as normas são dotadas de “eficácia positiva”, que é aquela que cria um direito subjetivo para o seu beneficiário ou para quem seria atingido se fossem concretizados os efeitos do comando normativo (BARCELLOS, 2011, p. 77). A autora apresenta, ainda, diversos outros tipos de eficácia jurídica: nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa do retrocesso, penalidade, etc. Cf. Barcellos (2011, p. 82-107).

determinadas situações. Registre-se que, em regra, o sistema normativo brasileiro indica o grau de fundamentalidade jurídica dos bens que regula e protege, de modo que se deve recorrer primeiro a este critério que ao anteriormente citado. (BARCELLOS, 2011, p. 141-142).

Feitas essas considerações quanto à eficácia das normas constitucionais, é oportuno adentrar especificamente na eficácia daquelas que preveem os direitos sociais. Conforme Silva (1993, p. 14), vê-se que desde a década de 80 a inquietação contra o entendimento de que os direitos sociais são concebidos em normas de caráter e eficácia jurídica vinculante é, em seus últimos termos, a mesma; “(...) como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômico-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?” (CANOTILHO, 1982, p. 166, grifos originais).

Consoante já referido anteriormente, o capitalismo liberal, apesar de garantir liberdade individual, frequentemente negava bens fundamentais aos indivíduos, de modo que parcela da população não gozava de condições materiais mínimas como educação, saúde e alimentação e, por essa razão, os direitos individuais existiam apenas formalmente para alguns. Igualmente, ausentes condições mínimas de dignidade, a democracia se apresenta meramente formal (BARCELLOS, 2011, p. 132).

Destarte, nota-se que a conquista dos direitos sociais encontra fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sendo esse princípio um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88³³), além de evidentemente conectado aos direitos sociais, importa tecer algumas considerações acerca da eficácia conferida aos princípios.

Barcellos (2011, p. 111) ensina que, frequentemente, atribui-se aos princípios uma tripla eficácia: interpretativa, negativa e proibitiva do retrocesso. A eficácia interpretativa está atrelada à inexatidão dos efeitos dos princípios, bem como às inúmeras situações possíveis em que podem ser aplicados ou em que devam operar direcionando a interpretação. Dessa constatação, a autora conclui que toda norma há de ser interpretada para efetivar da maneira mais abrangente possível o princípio que regula a situação em questão, especialmente quando for um princípio constitucional.

A eficácia negativa, porém, necessita maiores esforços para ser aplicada a um princípio, em razão também da indeterminação de seus efeitos. Trata-se de eficácia que visa obstar a

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

prática de atos, comandos ou normas que vão de encontro aos objetivos do princípio em foco. Embora aparentemente de difícil demonstração, ressalta a professora que “se é possível identificar atos ou normas que contrariam o princípio, é porque foi possível identificar algum efeito por ele pretendido” (BARCELLOS, 2011, p. 112).

Por fim, a vedação ao retrocesso – desenvolvida em consideração singular aos princípios constitucionais e, mais especialmente, àqueles que definem fins materiais aos direitos fundamentais que prescindem de regulação infraconstitucional – busca impedir que o legislador imponha obstáculos não previstos constitucionalmente, ou mesmo desmanche a proteção constitucional (BARCELLOS, 2011, p. 112).

A doutrinadora salienta, todavia, que referida tripla eficácia não é suficiente para a efetivação dos preceitos constitucionais, à medida em que falha em impedir a violação do princípio por omissão. Nesse teor, ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana – cuja análise conceitual se reserva para momento posterior – demanda tanto ações quanto omissões, motivo pelo qual propõe que lhe seja atribuída modalidade de eficácia mais firme, preferencialmente a positiva, viabilizando a solução judicial, ou seja, permitindo sua exigibilidade em juízo (BARCELLOS, 2011, p. 112).

Verifica-se que Silva (1993, p. 12), ao discorrer especificamente sobre os direitos sociais, entende que estão, em regra, previstos em normas de eficácia limitada e princípios programáticos. Referido doutrinador ensina, porém, que as normas programáticas são dotadas de eficácia jurídica, não podendo ser vistas como mera direção destinada ao legislador. Afirma ainda que há dois tipos de princípios, os jurídicos fundamentais e os políticos constitucionalmente conformadores.

Nesse sentido, afirma que os primeiros estão previstos positivamente no ordenamento jurídico, conduzindo a interpretação e aplicação normativa. Os princípios políticos constitucionalmente conformadores, porém, seriam aqueles que apresentam os valores políticos do Poder Constituinte e que, seja por ato do Constituinte ou do legislador, evoluem para normas mais específicas.

A lição trazida por Silva é fundamental à medida que conclui que os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social são programáticos apenas porque estabelecem fins e tarefas do Estado, mas “constituem direito imediatamente vigente, e são diretamente aplicáveis” (1993, p. 16). Isso significa que a Constituição, ao prever que a ordem

econômica e a ordem social devem ter como objetivo a justiça social (artigos 170, *caput*³⁴ e 193, *caput*³⁵, CF/88), está prevendo uma norma-fim. Válido lembrar, ainda, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina, em seu art. 5º³⁶, que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, reforçando assim o fim social do Estado.

Apenas após fazer tais considerações é que Silva (1993, p. 21) conclui que já não há norma programática em sentido tradicional, observando que a eficácia limitada e aplicabilidade indireta dos direitos sociais constitui exceção, pois estão previstos, em regra, em normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, tudo conforme o §1º do art. 5º³⁷ da Constituição Federal, bem como seus artigos 6º a 11³⁸.

Não obstante, mesmo quando os direitos sociais estão previstos em normas de eficácia contida, ou seja, quando necessitam de lei diversa que os regulamente, continuam sendo exigíveis através do mandado de injunção. Machado (2004, p. 72-73) ensina que esse remédio constitucional tutela todos os direitos elencados na Constituição mediante normas que viabilizam tais direitos através da intervenção do legislador infraconstitucional, ou seja, trata-se de mecanismo que visa a concretização de direitos previstos em normas constitucionais não autoaplicáveis.

O ilustre doutrinador ressalta que a própria Constituição (art. 5º, LXXI³⁹, CF/88) institui o instrumento para hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável tanto o

³⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

³⁵ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

³⁶ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

³⁷ Art. 5º 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.

³⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]; Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]; Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

³⁹ Art. 5º 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: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

exercício dos direitos e liberdades constitucionais quanto o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Oportuno mencionar que o mestre Machado (2004, p.74-75) verifica que no julgamento do Mandado de Injunção n° 107/DF (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990)⁴⁰, considerado *leading case*, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Relator Moreira Alves, ao observar divergência doutrinária sobre o tema, registrou que a concessão de mandado de injunção está para os direitos e garantias previstos pelo art. 5° da Constituição Federal assim como está para outros direitos e garantias constitucionais, incluídos os direitos sociais, desde que seu exercício tenha sido inviabilizado por ausência de norma regulamentadora.

De acordo com o que já foi versado neste trabalho, da leitura do §1° do art. 5° da CF/88, é possível retirar duas conclusões, que servem como premissas para o seguimento deste estudo: as normas de direitos sociais

são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplica-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.
(SILVA, 1993, p. 21)

Destarte, a conclusão que se extrai é que para Mello, Silva e Barcellos, mesmo que por diferentes linhas de pensamento, os direitos sociais constituem direitos subjetivos e são, portanto, exigíveis em juízo. Repita-se que a Carta Magna de 1988 elegeu o direito à saúde como um direito de todos e obrigação pública. Não apenas fixou o dever estatal de garantir o direito à saúde, como indicou os meios pelos quais esse direito há de ser efetivado: políticas sociais e econômicas (CANUT; CADEMARTORI, 2011, p. 22).

Entendido o direito à saúde como subjetivo, pode-se distinguir o direito subjetivo a políticas públicas e o direito subjetivo atrelado à necessidade individual que não encontre guarida nessas políticas públicas (CANUT; CADEMARTORI, 2011, p. 24). Dessa divisão, compreende-se que o direito subjetivo individual, de modo geral, somente será reivindicado quando não há política pública firmada, ou quando a que existe é insuficiente. Diante de uma falha do Estado para com a implementação de políticas públicas na área da saúde, surge a possibilidade de demandar judicialmente, com o objetivo de reparar a situação e promover a igualdade material (SCHWARTZ, *apud* CANUT; CADEMARTORI, 2011, p. 26).

O problema da efetivação do direito subjetivo à saúde através de demanda individual está, ao menos inicialmente, nos conceitos indeterminados que protegem esse direito (CANUT;

⁴⁰ Trata-se de processo físico.

CADEMARTORI, 2011, p. 27). Como desdobramento da dignidade da pessoa humana (CANUT; CADEMARTORI, 2011, p. 28), o direito fundamental à saúde não pode ser esvaziado de conteúdo, sob pena de ferir princípio fundamentador de nosso Estado, de acordo com o já abordado. Barcellos (2011, p. 132) bem pontua que se respeita a dignidade de uma pessoa quando seus direitos fundamentais são verificados e concretizados, ressaltando ainda que a dignidade da pessoa humana não se esgota apenas nos direitos fundamentais.

Sabe-se que, entretanto, o mundo em que se vive é material e a finitude dos recursos – financeiros ou não – é fato notório. Dessa simples constatação, ainda superficial e que será melhor abordada em breve, descobre-se a inviabilidade de se exigir judicialmente a intervenção estatal ante toda e qualquer situação que se relacione à saúde. Há, portanto, a necessidade de delimitar os conceitos constitucionais indeterminados empregados nas normas que protegem o direito à saúde, delineando assim a responsabilidade estatal em relação a esse direito de todos e dever do Estado.

De acordo com o que já foi versado, por mais indeterminado que seja um conceito, é sempre possível extrair um significado mínimo, incontroverso, que inclusive sustenta a linguagem humana, permitindo sua comunicação. Se é possível averiguar um conceito mínimo estabelecido pelas normas constitucionais, pode-se concluir, então, que há um conjunto de prestações mínimas asseguradas constitucionalmente e que, conseqüentemente, são exigíveis judicialmente. Esse núcleo mínimo coincide com o que se convencionou chamar “mínimo existencial”.

2.2 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: O MÍNIMO EXISTENCIAL

Para delimitar a responsabilidade do Estado diante de seus deveres em relação aos direitos fundamentais e, especialmente, ao direito à saúde, é necessário desvendar o conceito do mínimo existencial.

Conforme já observado, esse conceito representa prestações mínimas, garantidas pela Carta de 1988. A noção de essencialidade que compõe o mínimo existencial está, por sua vez, conectada à ideia de que o ser humano possui um valor inerente, ou seja, está ligada ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, de modo que o estudo do mínimo existencial é precedido pelo estudo da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, inegável a contribuição de Kant (2007, p. 68) ao observar que o homem “existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela

vontade”, o que permite concluir que não pode ser utilizado como instrumento do Estado, devendo este estar estruturado em prol daquele.

Com o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, e em contraponto à finitude de recursos materiais, é reconhecida a garantia constitucional de um padrão mínimo dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais (OLIVEIRA; LOPES, 2015, p. 80). Nesse sentido, ressalta-se que a ordem econômica visa assegurar a todos não apenas a existência, mas uma existência digna (art. 170, *caput*⁴¹, CF/88). Assim, reitera-se que a dignidade da pessoa humana não está restrita aos aspectos físicos e relativos à mera sobrevivência do indivíduo, sob pena de esvaziar a qualidade “digna” da vida assegurada a todos constitucionalmente.

Outrossim, embora em regra entenda-se que seu conteúdo ultrapassa a ideia de sobrevivência, bem pontuam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 642) quanto à ausência de um conceito unânime de mínimo existencial, seja na doutrina ou na jurisprudência.

De todo modo, a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, identificam-se necessidades básicas do ser humano. A satisfação dessas necessidades tem sido transformada em direitos, constatando-se a presença de bens fundamentais que compõem a dignidade humana. Para Barcellos (2011, p. 137), são esses bens fundamentais que constituem o mínimo existencial.

Para Souza (2013, p. 212-213), o significado da expressão pode ser entendido ainda como “padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado”, não podendo esse núcleo ser objeto de interferência estatal. Desse modo, o reconhecimento de um mínimo existencial é o reconhecimento de uma barreira à invocação do argumento que diz sobre a ausência de recursos, também conhecido como reserva do possível financeira, conceito a ser abordado posteriormente.

O mínimo existencial retrata, destarte, o direito fundamental social definitivo – ou seja, exigível e devido – *a priori*, exatamente por constituir núcleo que há de ser garantido pela via judicial (TOLEDO, 2017, p. 113). Nesse sentido, toma-se como exemplo o rol não taxativo do art. 25⁴² da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que assegura a todo ser

⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

⁴² Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e

humano o direito a padrão de vida capaz de garantir a si e a seus familiares saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, maternidade, infância e serviços sociais previdenciários. Semelhante, inclusive, o disposto na Carta Constitucional brasileira, que ao estabelecer o direito do trabalhador ao salário mínimo (art. 7º, IV⁴³, CF/88), determina que referido salário deve ser suficiente para atender às necessidades vitais básicas não apenas de moradia, alimentação, e saúde, como também de lazer, transporte, dentre outras.

Nota-se que não há como indicar taxativamente cada um dos componentes do mínimo existencial, sendo imperiosa a análise de cada caso concreto em conformidade com o direito fundamental reivindicado (SOUZA, 2013, p. 212). Todavia, de modo geral, verifica-se que o mínimo existencial é edificado sobre a noção de direitos fundamentais sociais mínimos e de dignidade da pessoa humana (TOLEDO, 2017, p. 103).

Ausente a pretensão de esvaziar este tema, para os fins do presente estudo entende-se que o mínimo existencial é o conjunto de “condições elementares necessárias à existência humana” (BARCELLOS, 2011, p. 244), abarcando-se condições que excedem a sobrevivência e alcançam a qualidade de dignidade.

Por fim, merece breve consideração a discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário quanto à imposição de prestações positivas ao Estado, com vistas a assegurar a concretização de direitos sociais, pois é sabido que parte da doutrina entende que o mínimo existencial encontra limites na reserva legal, especialmente quanto à lei orçamentária.

Nesse sentido, embora compreenda que direitos fundamentais e mínimo existencial não são objeto de atos discricionários da Administração Pública ou do Poder Legislativo, parcela de juristas afirma que, havendo omissão do legislador ou ausente dotação orçamentária para a garantia do mínimo existencial, ao Judiciário cabe, em regra, apenas determinar e pressionar os demais poderes à realização dos atos orçamentários correspondentes (TORRES, 2008, p. 323).

Em contraponto, valiosas as lições de Barcellos (2011, p. 254) ao identificar que a separação dos poderes e o princípio majoritário representam boa parte dos argumentos que obstam a atuação do Judiciário em relação às prestações positivas em questão. Conciliando a característica prestacional necessária à efetivação do direito à saúde com o princípio da separação dos poderes e o princípio majoritário, a autora traz relevantes considerações para

assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

⁴³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)

sustentar a legitimidade do Poder Judiciário para impor, ao Estado, a concretização de referidas prestações.

Desse modo, observa-se que o núcleo dos direitos fundamentais é que constitui verdadeiro limite ao princípio majoritário, sob pena de ferir de morte este mesmo princípio, não sendo razoável que, por decisão da maioria, sejam retirados direitos da minoria. Ainda, a separação dos poderes não sofre lesão pela ação judicial que busca concretizar efeitos previstos constitucionalmente – seja de modo expresso ou por sua leitura hermenêutica –, havendo, em verdade, melhor equilíbrio dos poderes, pois um ajusta e fiscaliza o outro (BARCELLOS, 2011, p. 267; 270-271).

Traçando diferente caminho para fundamentar a constitucionalidade da atuação judicial na efetivação dos direitos fundamentais, Barroso (2018, p. 3) ensina que supremas cortes e tribunais constitucionais possuem três principais papéis: contramajoritário, representativo e de vanguarda iluminista.

Em relação ao papel contramajoritário, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018, p. 3) ensina que se trata do poder que essas Cortes têm de imporem sua interpretação da Constituição sobre a interpretação que fazem agentes públicos eleitos, através da invalidação de leis e atos normativos. O papel representativo, por sua vez, está no atendimento a demandas sociais frustradas pelas instituições políticas. Acerca da função iluminista, explica o Ministro que pode ser percebida nas decisões proferidas ou confirmadas pelo STF que promovem avanço civilizatório, embora tratem de temas sobre os quais ainda não se constata a adesão da maioria. Nesse teor, verifica que

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos (BARROSO, 2018, p. 28).

Pertinente, então, o destaque feito pelo mestre Machado (2017, p. 179-180) que, ao lecionar acerca do constitucionalismo fraternal, que tem por base a dignidade da pessoa humana, dialogando, assim, com o mínimo existencial, aponta que a primeira referência à fraternidade como categoria jurídica, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode ter ocorrido em 2004, em voto do antigo ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128-7/DF, conforme trecho do referido voto transcrito abaixo:

Depois, porém, apercebi-me de que a solidariedade, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, aquele terceiro valor fundante, ou inspirador da Revolução Francesa,

componente, portanto - esse terceiro valor -, da tríade “Liberté, Egalité, Fraternité”, a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante. (BRASIL, 2004, p. 497/498)

Além disso, vê-se que em 2000 o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da exigibilidade do direito à saúde em juízo, quando, por meio do voto do Ministro Relator José Delgado, asseverou que, por se tratar de medicamento necessário à sobrevivência da parte requerente, negar a pretensão de obter medicamento de alto custo considerado singular e exclusivo para retardar sua patologia é negar o direito à vida. Quanto à questão de ser a norma programática ou não, foi fundamentado que “nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1998, na Constituição Brasileira” que diz ser a saúde um direito de todos e dever estatal. Foi considerado, neste caso, que a pretensão aduzida se tratava de direito líquido e certo (BRASIL, 2000, p. 18).

É, portanto, constitucional o exercício do controle, pelo Judiciário, da constitucionalidade ou não de ações/omissões do Estado, especialmente quando digam respeito ao núcleo mínimo de direitos fundamentais, pois é em relação a esse núcleo que se observa uma coexistência harmônica entre a eficácia jurídica positiva (que reveste um direito subjetivo exigível judicial e diretamente) e o princípio majoritário e separação de poderes (BARCELLOS, 2011, p. 270-272).

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Uma vez que os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados conforme os limites do mínimo existencial, bem como observado que os recursos necessários à sua efetivação não são infinitos, constata-se que a questão de maior controvérsia a envolver a exigibilidade dos direitos sociais é o aspecto econômico de suas prestações e está ligada à reserva do possível (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 627). Nesse ponto, cabe salientar a reflexão trazida por Barcellos (2011, p. 280 e 288) quanto ao fato, por muitos ignorado, de que direitos individuais também costumam⁴⁴.

Segundo Falsarella (2012, p. 5), a reserva do possível é, majoritariamente, citada pela doutrina somente em seu aspecto financeiro, afastando-se da proposta original quanto à razoabilidade da pretensão em questão. A despeito do caráter econômico revelado, a teoria abarca mais que a mera escassez de recursos materiais e foi primeiro pensada na Alemanha (SARLET, 2009, p. 236).

3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS ANTECEDENTES: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

A reserva do possível tem origem em uma decisão⁴⁵ proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que, em 1972, realizou o julgamento de processos cujo objeto dizia respeito à admissão no curso da graduação de medicina nas universidades de Hamburg e Baviera (FALSARELLA, 2012, p. 5).

No caso, foi questionada a constitucionalidade de algumas normas que instituíam restrições de admissão (vagas de vestibular) nas instituições de ensino superior (MOURÃO, 2010, p. 35-36). A decisão em questão, conhecida pela doutrina brasileira como “*numerus clausus*”, foi objeto de tradução na obra organizada por Martins (2005, p. 656-667), através da qual este trabalho analisa o julgado em comento.

O contexto diz respeito ao fato de que a Lei Universitária de Hamburgo de 25/04/1969 admitia que as vagas para determinados cursos fossem restringidas, caso houvesse necessidade e durante o período em que essa necessidade perdurasse, em razão da capacidade de absorção da instituição de ensino superior, visando assegurar a realização regular do curso. Além disso,

44 A autora exemplifica que a polícia, que garante a segurança do povo, por exemplo, traz para o Estado diversos custos relacionados à sua manutenção (BARCELLOS, 2011, p. 288).

45 BVERFGGE 33, 303 - Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung – Decisões do Tribunal Administrativo Federal, Coletânea Oficial.

referida lei determinava que, antes de impor uma limitação na admissão, caberia à universidade avaliar as medidas a serem tomadas a fim de evitar tal restrição (MARTINS, 2005, p. 656)

Outro ponto importante a ser mencionado é que as vagas de entrada nas universidades eram regulamentadas por leis de admissão estatuídas pelo Senado Acadêmico, após ouvidos os departamentos interessados. Essas leis deveriam prever regras acerca da escolha e número de candidatos a serem aceitos (MARTINS, 2005, p. 656).

Desse modo, o Senado Acadêmico da Universidade de Hamburgo editou, para um semestre de 1970, uma lei de admissão para os cursos de medicina e odontologia. Referida lei distribuía as vagas para candidatos alemães da seguinte forma: 60% seriam preenchidas conforme índices de desempenho (currículo) e 40% seriam preenchidas com preferência a candidatos que já houvessem prestado serviço militar ou serviço civil alternativo (princípio do ano de nascimento), ressalvando-se a possibilidade de que algumas vagas ficassem reservadas para casos especiais - o que seria definido a cada semestre (MARTINS, 2005, p. 656-657).

A Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 08/07/1970, por sua vez, ditava que as vagas para alguns cursos poderiam ser restringidas caso a medida fosse necessária à manutenção regular do curso, em decorrência da capacidade das instalações da instituição de ensino. Referida lei também fixava os critérios de distribuição de vagas e autorizava que o Ministério da Educação Bávaro editasse decreto com o intuito de concretizar os requisitos previstos (MARTINS, 2005, p. 657).

Ambos os casos tratavam, portanto, da limitação *numerus clausus* à admissão de calouros nos cursos de medicina de Hamburgo e da Baviera, em decorrência de esgotamento da capacidade de ensino. O Tribunal Constitucional Federal Alemão verificou que tal restrição provoca o adiamento do curso desejado para um número maior ou menor de candidatos, por um período de tempo maior ou menor, além de influenciar na escolha profissional, podendo até estimular o abandono da vontade original do candidato (MARTINS, 2005, p. 659).

Nas razões da decisão, o Tribunal mencionou o direito constitucional dos alemães de escolher com liberdade o local de ensino para sua graduação, explicando que, quando da inserção deste direito na Lei Fundamental Alemã, o que se buscava era garantir ao indivíduo um direito contra limitações de liberdade no âmbito da formação universitária. O que se visava, destarte, era a

liberdade de escolha entre diferentes universidades e a possibilidade de assistir a aulas de professores especialmente célebres, tendo em vista uma formação diversificada. Também haveria de se evitar que alguns Estados-membros permitissem apenas a pessoas naturais desses Estados a realização de cursos em suas universidades (MARTINS, 2005, p. 659-660).

Assim, o Tribunal ressaltou que, mesmo em caso de exaurimento da capacidade de ensino, sendo inevitável a promoção de uma distribuição planejada de candidatos, o direito fundamental em questão precisava ser respeitado em seu máximo possível (MARTINS, 2005, p. 660).

Os juízes consideraram também que a situação dos autos apresentava conflito com o direito fundamental à livre escolha profissional, à medida que a graduação precede, em regra e no caso concreto, a atuação profissional. Observou-se que, tratando-se de atividade profissional que pressupõe determinada formação, eventuais limitações no acesso a essa formação devem ser analisadas tão rigidamente quanto as limitações ao próprio exercício profissional – nessa hipótese, da medicina (MARTINS, 2005, p. 660).

Ainda, o Tribunal Federal lançou em suas razões que quanto mais o Estado moderno se incline à seguridade social, mais será exigida a outorga de direitos fundamentais de participação, a serem prestados pelo Estado. Fundamentou que a lei do ensino superior busca garantir o direito do alemão à conclusão do curso de graduação por ele escolhido, desde que provada a qualificação necessária, de modo que o reconhecimento de referido direito não está à mercê da vontade livre do legislador, fazendo menções ao princípio da igualdade e do Estado social (MARTINS, 2005, p. 661). Interessantíssimo o seguinte trecho da decisão:

Aqui, em um Estado de direito e social de liberdade (freiheitlicher Rechts- und Sozialstaat), não mais pode confiar-se à livre decisão dos órgãos estatais delimitar a seu bel prazer o círculo dos favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional. Pelo contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito de todo cidadão qualificado para o ensino superior de participar, a princípio igualmente, da chance de vida oferecida. O Art. 12 I GG c.c. Art. 3 I GG e com a ordem do Estado social, garante, portanto, um direito do cidadão que preencha os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha (MARTINS, p. 661-662).

O problema do caso concreto se concentrava, então, nas limitações absolutas ao ingresso no curso superior, decorrentes de uma situação fática caracterizada pela insuficiência das capacidades disponíveis quanto à alocação de todos os indivíduos devidamente qualificados ao ensino superior (MARTINS, 2005, p. 662).

Uma vez constatado que as consequências da lotação das instituições em questão só poderiam ser solucionadas através da expansão da capacidade do ensino, bem como observado que o caso envolve direitos fundamentais e monopólio estatal de formação, o Tribunal incita o questionamento acerca da existência ou não de um mandamento constitucional, próprio do Estado social, de providenciar a capacidade suficiente para os diversos cursos. Todavia, o próprio Tribunal deixa de responder a essa questão, por considerar que tal análise somente seria

necessária quando observada evidente ofensa a esse suposto mandamento (MARTINS, 2005, p. 663).

O que os juízes entenderam é que os direitos sociais prestacionais não podem ser limitados a parâmetros previamente existentes, sob pena de se tornarem inócuos. Entretanto, tais direitos "se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade." (MARTINS, 2005, p. 663).

Foi introduzida, portanto, a teoria da reserva do possível, a qual, segundo o Tribunal autor da tese, deve ser avaliada, em primeiro lugar, pelo legislador, tanto em sua tarefa de administração do orçamento - que deve ser concretizada em cumprimento às normas que perseguem harmonia econômica -, quanto em relação à delimitação da extensão e preferências da expansão do ensino superior, verificando-se que a ampliação (seja por reformas ou por novas construções) da capacidade de ensino superior é dever conjunto da União e Estados-membros. Em segundo lugar, os demais órgãos públicos competentes devem estar atentos às inclinações acerca do tema, evitando que atuem considerando apenas averiguações de necessidade (MARTINS, 2005, p. 663).

Nesse sentido, o Poder Judiciário alemão foi expresso ao entender que "o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia [sic] do Estado social." (MARTINS, 2005, p. 664). Precioso observar, porém, que ao considerar a ausência da suposta violação constitucional, fundamentou que a "obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada por nenhum responsável nos órgãos estatais" (MARTINS, 2005, p. 664).

Nesse sentido, o Tribunal Federal ressaltou que a lei de fomento à construção de universidades reconhece o dever da União e Estados-membros de expandir e construir novas universidades e que, em relação ao cumprimento desse dever, foi possível verificar que a conjuntura drástica a que se chegou é decorrente não só de obstáculos objetivos, além de que já houve uso de parcela considerável dos recursos disponíveis para a ampliação das instituições de medicina. Foi mencionado também que, "Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação" (MARTINS, 2005, p. 664).

A conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional Federal Alemão é de que é possível a limitação do acesso às universidades existentes desde que cumpridos os pressupostos jurídicos materiais e formais. Sendo a pretensão jurídica em comento decorrente de um direito social prestacional, pode ser submetida à reserva do possível e precisa ser regulamentada

(MARTINS, 2005, p. 665). Os pressupostos elencados pelo Tribunal, conforme se extrai da tradução de Martins (2005, p. 665-666) foram os seguintes:

- a) o direito dos candidatos qualificados ao ingresso no curso de graduação de sua preferência, protegido pela Lei Fundamental Alemã, é restringível, conforme a própria Lei em comento, observada a reserva de regulamentação do 2º período;
- b) as restrições permitidas somente estão amparadas pela Constituição quando introduzidas através de lei ou conforme a lei, imputando-se ao legislador a responsabilidade de limitar a quantidade de vagas por conta da insuficiência das capacidades;
- c) as limitações absolutas em questão devem observar rígidas exigências, uma vez que, quanto maior o impacto à liberdade de escolha da profissão, menor deve ser o poder regulamentar.

Com base nesses pressupostos é que o Tribunal Federal Alemão decidiu que eventual limitação absoluta à admissão em curso superior apenas é constitucional quando

- (1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exhaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando
- (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III) (...). (MARTINS, 2005, p. 666-667)

Nesse teor, foi decidido que as normas sobre ingresso em instituições de ensino superior de Hamburgo e da Baviera não são totalmente compatíveis com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

O que se extrai das razões desse *leading case* alemão é que direitos fundamentais sociais de prestação positiva podem ser restringidos, desde que nos limites em que a própria Constituição permite - buscando sempre a mínima lesão possível -, e conforme o que razoavelmente se espera da coletividade, verificando-se ainda o imperioso cumprimento dos deveres do Estado para com os sujeitos de direito, o que pode ser constatado através da observação dos esforços e recursos já destinados ao problema apurado.

Conclui-se que a ideia de reserva do possível foi criada, portanto, com a finalidade de solucionar um problema fático, no qual direitos fundamentais sociais foram parcialmente restringidos em decorrência da incapacidade estrutural das instituições de nível superior de medicina, tendo em vista que diversos esforços concretos e recursos já haviam sido designados para a solução da situação, bem como que não é razoável que o Estado providencie recursos e

vagas nas universidades ilimitadamente, sob pena de ferir o próprio Estado social e o princípio da igualdade.

3.2 OS PARÂMETROS FIXADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar na jurisprudência, convém versar brevemente sobre o que diz a doutrina acerca do tema em comento. Apegando-se às razões da decisão alemã, a reserva do possível está ligada à razoabilidade da pretensão em questão. Contudo, quando o Brasil passou a referenciar a tese, seu foco foi desviado do razoavelmente exigível para ganhar destaque por um viés econômico-financeiro (MOURÃO, 2010, p. 37).

Assim, relevante verificar, ainda que em linhas gerais, como a doutrina brasileira visualiza essa teoria.

3.2.1 Breves considerações doutrinárias

Ao tratar da reserva do possível, Scaff (2006, p. 45), embora combata⁴⁶ o seu uso genérico pelo Estado, conclui que a tese está condicionada às possibilidades orçamentárias. Semelhantemente, Barcellos (2011, p. 277) aponta que a expressão em comento faz referência ao “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis” frente às necessidades a serem satisfeitas. Percebe-se que, então, para boa parte da doutrina brasileira, a reserva do possível diz respeito à restrição financeira e orçamentária do Estado ante as demandas ilimitadas (MASCARENHAS; SOUSA, 2020).

Conforme Mânica (2007, p. 5), é comum que se afirme o descabimento de intervenção judicial em relação à concretização e implementação de políticas públicas, sob o fundamento de que se trata de atividade discricionária dos Poderes Legislativo e Executivo. Há que se reiterar, todavia, que o orçamento público deve respeitar os parâmetros e prioridades estabelecidos constitucionalmente (por exemplo, o já mencionado artigo 198, § 2º, CF/88⁴⁷). Acerca do tema, pontua Barcellos (2011, p. 284) que:

⁴⁶ “A teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º., dentre outras normas-objetivo.” (p. 45-46).

⁴⁷ Art. 198. [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza orçamentária da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos. (...)

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.

Relevante, ainda, a observação feita por Mourão (2010, p. 40) ao constatar que, na Alemanha, a teoria pode ser aplicada mesmo que existam recursos financeiros suficientes, uma vez que a discussão é fundada na razoabilidade da pretensão, de modo geral.

Importante destacar que há, na doutrina pátria, ao menos duas dimensões da reserva do possível: fática e jurídica. A primeira é concretizada quando constatada a ausência real de recursos, enquanto a segunda se conecta à inexistência de previsão orçamentária para a despesa em questão (BARCELLOS, 2011, p. 277-278).

Feitas essas considerações acerca do tema, impõe-se a análise quanto à aplicação e apreciação da teoria da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal. Foi realizada, portanto, pesquisa jurisprudencial através do sítio eletrônico do STF, em 25 de outubro de 2021. Quando buscada a expressão “reserva possível saúde” foram encontrados 40 acórdãos, 1.514 decisões monocráticas e 311 informativos. Com o objetivo de viabilizar o presente estudo, somente os acórdãos constituem objeto de análise.

A partir da leitura da ementa dos 40 acórdãos encontrados, verificou-se que apenas 8⁴⁸ realmente citavam a “reserva do possível” e envolviam o direito à saúde, motivo pelo qual apenas esses processos serão analisados. Uma vez que o intuito é identificar os parâmetros adotados pela Suprema Corte, somente as decisões por ela proferidas são objeto de análise.

Dentre os resultados encontrados e cuja ementa é elegível ao estudo proposto nesta pesquisa, a análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 223 resta prejudicada diante da impossibilidade de acesso ao inteiro teor da decisão no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, tratando-se ainda de processo físico.

⁴⁸ Quanto aos demais, alguns faziam referência à reserva legal e outros citavam “saúde” em diversos aspectos. Alguns foram encontrados talvez por falha no instrumento de busca, talvez porque a expressão pesquisada apenas foi mencionada no inteiro teor da decisão, e não na ementa. Há, ainda, ao menos um (o ARE 639337 AgR) que envolve reserva do possível e direito à educação, citando o direito à saúde como mero exemplo de direito a prestações positivas do Estado.

3.2.2 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 642.536, AP

O processo mais antigo foi julgado no ano de 2013 e se trata do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 642.536, Amapá. Embora os autos do processo sejam físicos, é possível acessar o inteiro teor da decisão que julgou o Recurso Extraordinário e da decisão que julgou o Agravo Regimental, sendo que esta última apenas reiterou os termos daquela.

O caso tem origem em Ação Civil Pública na qual o Ministério Público afirma que o único hospital de destaque no município do Amapá sofre progressivamente com a ausência de manutenção e renovação dos equipamentos e instalações, bem como necessita de atualização dos recursos humanos de modo geral, havendo colapso das ações e serviços de saúde, ferindo diuturnamente o direito universal à saúde (BRASIL, 2011, p. 2).

A demanda chega ao Supremo Tribunal Federal através de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Amapá, no qual alega-se que o descumprimento injustificado do dever público de implementar políticas de governo constitui ilícito que provoca o desequilíbrio da ordem jurídica, sendo necessária a intervenção judicial (BRASIL, 2011, p. 4).

Conforme relatório da decisão, o ente fiscal da lei, em suas razões, alega ainda que o princípio da separação dos poderes há de ser observado adequadamente, ressaltando a existência de realidades constitucionais diversas. Acerca do princípio da reserva do possível, afirma que somente pode ser aplicado quando há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, além de não poder constituir obstáculo à garantia da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011, p. 4).

O objetivo do RE é restabelecer a sentença de primeiro grau (reformada pelo Tribunal de Justiça do Amapá) que reconheceu a ilegitimidade passiva do município e condenou o Estado do Amapá à obrigação de prestar devida e ininterruptamente os serviços de saúde em relação ao município do Amapá, devendo o Estado, emergencialmente, realizar reforma e adquirir determinados equipamentos em até 90 dias (BRASIL, 2011, p. 3 e 5).

Consoante se observa da própria decisão, o ponto controverso dos autos estava na possibilidade ou não de o Poder Judiciário ordenar que o Poder Executivo exerça diligências administrativas para melhorar a qualidade do serviço público de saúde. O Ministro Luiz Fux julgou monocraticamente o Recurso Extraordinário, observando que controvérsia semelhante⁴⁹ já havia sido decidida pelo STF (BRASIL, 2011, p. 5).

⁴⁹ Suspensão de Liminar 47 – AgR.

Destacou, então, que se tratando de direito à saúde, ponderados os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, é cabível a intervenção quando o Poder Judiciário somente determina o cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas. Ou seja, quando não há, por parte do Poder Judiciário, criação de política pública, o direito subjetivo a essa medida é evidente e não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes. Desse modo, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário (BRASIL, 2011, p. 5 e 8).

O Estado do Amapá, porém, interpôs o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, buscando a reconsideração da decisão, alegando ausência de prequestionamento, requisito de admissibilidade para o RE, bem como afirmando a impossibilidade de apreciação da controvérsia sem verificação dos fatos e provas (BRASIL, 2013a, p. 4). O voto do Relator foi seguido por unanimidade e se limita a reiterar as razões anteriores, negando provimento ao Agravo Regimental sob o argumento de que o agravante (Estado do Amapá) não apresentou tese capaz de prejudicar a decisão do RE (BRASIL, 2013a, p.13).

Desse modo, em primeiro lugar observa-se que a Suprema Corte afasta a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes por entender que, se tratando de políticas públicas estabelecidas previamente pela Constituição, o Poder Judiciário está apenas exigindo o cumprimento da lei, tarefa que lhe é atribuída tipicamente.

Em segundo lugar, e mais interessante a esta pesquisa, vê-se que o Supremo Tribunal Federal não tolera a teoria da reserva do possível quando se trata de direito à saúde, por ser um direito que integra o mínimo existencial, excepcionando apenas a hipótese de comprovação objetiva da insuficiência financeira. Quanto a essa comprovação objetiva, porém, nada mais é discorrido, de modo que não há uma proposta cristalina de como se daria referida prova, diante da complexidade inerente ao orçamento público.

3.2.3 Recurso Extraordinário nº 581.352, AM

No caso seguinte, o Ministério Público do Estado do Amazonas interpôs Recurso Extraordinário nº 581.352/AM em face do Estado de Amazonas, buscando a imposição, a este último, da obrigação de ampliar e aprimorar o atendimento a gestantes nas maternidades estaduais (BRASIL, 2013b, p. 3).

O Ministro fundamenta que o direito à saúde é revestido de tamanha essencialidade que é legítima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nos casos de omissão do órgão público competente para implementar políticas públicas que concretizem a eficácia desse direito (BRASIL, 2013b, p. 4).

Ressalta que os serviços de saúde são de relevância pública, conforme artigos 129, II⁵⁰ e 197⁵¹, ambos da CF/88. Mais uma vez, a questão controversa é a possibilidade de o Poder Judiciário interferir na Administração Pública, determinando que ela adote medidas a fim de efetivar o acesso da coletividade a direitos atingidos pela omissão estatal em seus deveres constitucionais (BRASIL, 2013b, p. 7).

Observa então que a Suprema Corte é dotada de dimensão política, não podendo eximir-se do dever de concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de ferir a integridade e eficácia da Constituição (BRASIL, 2013b, p. 8).

Ressalta que, ainda que em regra caiba aos Poderes Executivo e Legislativo o dever de elaborar e executar políticas públicas, quando constatada omissão capaz de violar a eficácia dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário é autorizado a agir (BRASIL, 2013b, p. 9-10).

Desse modo, revela que o dever do Estado de efetivar os direitos fundamentais e implementar as políticas públicas constitucionalmente previstas constitui verdadeiro limite à discricionariedade da Administração Pública, que não pode deixar de cumprir esse encargo com base em critérios de conveniência e oportunidade (BRASIL, 2013b, p.10 e 13).

Especificamente em relação à reserva do possível, fundamenta que:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.**

(...)

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2013b, p. 12-13. Grifou-se).

Prossegue o Ministro apontando que o dever de assegurar a saúde a todos constitui um imperativo de solidariedade impostergável e que, adentrando no que se tem chamado de

⁵⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (...)

⁵¹ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

“escolhas trágicas”, não pode o Poder Judiciário favorecer questões orçamentárias em detrimento da saúde do povo (BRASIL, 2013b, p. 14).

Reconhece a norma do art. 196 da CF/88 como programática, ao tempo em que assevera que não pode ter seu conteúdo esvaziado como uma “promessa constitucional inconsequente” (BRASIL, 2013b, p. 15).

Ainda, ressalta a incoerência de violação à separação dos poderes, eis que a tarefa de fazer cumprir a lei é inerente ao Poder Judiciário, especialmente quando se trata da Lei Fundamental (BRASIL, 2013b, p. 18).

Continua salientando ser preocupante a desvalorização do conteúdo constitucional por parte do próprio Estado, fazendo referência ao que chama de “fenômeno da erosão da consciência constitucional” (BRASIL, 2013b, p. 20).

Por fim, fundamenta que o princípio da proibição do retrocesso impede que o patamar já atingido de efetivação dos direitos sociais seja reduzido ou excluído, exceto quando implementadas políticas compensatórias, o que não restou comprovado no caso em questão (BRASIL, 2013b, p. 22).

Nesse sentido, e reconhecendo ainda a legalidade de imposição, em face do Estado do Amazonas, de multa por dia de atraso na adoção das medidas perseguidas, o Ministro dá provimento ao Recurso Extraordinário para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Inconformado, o Estado do Amazonas interpôs recurso de Agravo Regimental, buscando a reforma da decisão comentada anteriormente. Referido recurso teve seu provimento negado por unanimidade. O acórdão em questão tem conteúdo extremamente semelhante ao da decisão monocrática, trazendo como novidade apenas discussão acerca da natureza da sentença de primeiro grau (BRASIL, 2013c, p. 32/33), irrelevante para esta pesquisa.

Neste caso, vê-se que a reserva do possível foi observada em parâmetros semelhantes aos adotados no *leading case* alemão, pois ressaltada a necessidade de o Estado cumprir com seu dever de assistência à saúde diante de legítimas expectativas pautadas no texto constitucional brasileiro. Essas legítimas expectativas se aproximam daquilo que se pode razoavelmente exigir da sociedade, sendo necessário considerar que a Carta Magna brasileira realmente oferece base para a expectativa de se ter o direito à saúde e à vida digna.

Há que se observar, todavia, que ainda que o Relator Ministro Celso de Mello tenha discorrido expressamente acerca do que se é razoável exigir, o fez para afastar a alegação de insuficiência financeira e orçamentária do Estado, revelando algum apego à dimensão

econômica da teoria em questão, o que já é observado na doutrina brasileira, consoante discorrido anteriormente.

3.2.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, MG

O caso que se analisa neste momento se trata de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. O Recurso Extraordinário com Agravo foi interposto pelo Município de Belo Horizonte contra o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e, conforme o que se extrai de sua decisão monocrática, versa sobre controvérsia semelhante à do processo anteriormente citado.

A decisão conhece do Agravo para negar seguimento ao Recurso Extraordinário, limitando-se a afirmar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já apreciaram a questão controversa – determinação, pelo Poder Judiciário, de cumprimento de políticas públicas pelo Estado –, estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência, citando as ementas do AI 674.764-AgR/PI e AI 734.487-AgR/PR (BRASIL, 2014a, p. 1-2).

O município de Belo Horizonte interpôs, então, o Agravo Regimental a fim de obter o provimento do Agravo no Recurso Extraordinário. Inicialmente, o voto do Relator – Ministro Celso de Mello, seguido por unanimidade –, afirma a fundamentalidade do direito à saúde e de suas ações e serviços públicos, previstos constitucionalmente. Argumenta que em razão dessa essencialidade, a atuação do Poder Judiciário é legítima quando os entes públicos descumprem o mandamento constitucional e violam a eficácia dos direitos fundamentais (BRASIL, 2014b, p. 4).

Aduz que a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal uma dimensão política, motivo pelo qual este órgão não pode, sem ferir a ordem constitucional, se eximir da responsabilidade de promover a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais (BRASIL, 2014b, p. 5).

O Ministro esclarece que, ordinariamente, é do Poder Legislativo e Executivo o dever de criar e implementar políticas públicas. Todavia, quando constatado o descumprimento desse dever, culminando na violação da eficácia dos direitos em questão, o Poder Judiciário está autorizado a intervir, impondo a implementação daquelas ações previstas constitucionalmente. Nesse sentido, ressalta que a discricionariedade da Administração Pública é limitada no que diz respeito a essas políticas públicas (BRASIL, 2014b, 6-7).

Quanto à reserva do possível, observa que os direitos a prestações positivas custam e estão subordinados ao orçamento público, de modo que, comprovada, objetivamente, a

impossibilidade econômica do Poder Público, não há razoabilidade em exigir a efetivação imediata do direito. Entretanto, não pode a reserva do possível ser alegada com o simples objetivo de descumprimento de suas obrigações constitucionais (BRASIL, 2014b, p. 11).

Ao comentar sobre as chamadas “escolhas trágicas”, argumenta que não pode o Judiciário privilegiar questões de ordem orçamentária em detrimento da efetivação de prestações em prol da saúde, apontando a garantia dos direitos fundamentais como missão institucional da Suprema Corte (BRASIL, 2014b, p. 12).

Em relação à eficácia da norma prevista no art. 196⁵² da Constituição Federal, mais uma vez indica que seu caráter programático não pode ser visto como uma “promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade”, trair o que preconiza a Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2014b, p. 13).

Ainda, salienta que não há violação ao princípio da separação dos poderes, tratando-se de atividade comum do Judiciário a determinação do cumprimento da norma, especialmente a constitucional (BRASIL, 2014b, p. 16).

Prossegue destacando a importância de afastar a contumaz violação estatal à Constituição, porque esse comportamento de desvalorização implica informal alteração da Carta Magna, sendo assim extremamente nocivo e conectado a um desgaste do discernimento constitucional (BRASIL, 2014b, p. 17-18).

Por fim, fundamenta que o princípio da proibição do retrocesso impede que o patamar já atingido de efetivação dos direitos sociais seja reduzido ou excluído, exceto quando implementadas políticas compensatórias, o que não restou comprovado no caso em foco (BRASIL, 2014b, p. 20).

Conforme o exposto, a decisão em comento é extremamente similar à observada anteriormente, proferida nos autos do RE n° 581.352/AM.

3.2.5 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n° 727.864, PR

O Estado do Paraná interpôs Agravo a fim de obter provimento no Recurso Extraordinário combatendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que negou provimento ao Recurso de Apelação. O Relator Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática conhecendo do Agravo para negar seguimento ao Recurso Extraordinário, por compreendê-lo inviável, apresentando fundamentos muito semelhantes – para não dizer

⁵² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

idênticos – aos discorridos na decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745/MG e Recurso Extraordinário nº 581.352/AM.

Difere, porém, ao ressaltar que a Suprema Corte tem entendimento consolidado no sentido da responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, por ser o encargo de tornar efetivo o direito à saúde uma obrigação solidária de todos esses entes (BRASIL, 2014c, p. 31-32).

Irresignado, o Estado do Paraná interpôs Recurso de Agravo Regimental com o intuito de ser provido o Agravo outrora interposto. A Segunda Turma, por unanimidade (BRASIL, 2014d, p. 3), negou provimento ao recurso nos termos do voto do Relator, que foram reiterativos.

3.2.6 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.165.054, RN

Neste caso, o Município de Natal interpôs Recurso Extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte sob a alegação de violação aos arts. 100⁵³ e 2º⁵⁴ da CF/88, os quais tratam, respectivamente, da ordem de pagamentos por precatórios e da independência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que a questão dos precatórios não foi apreciada por ausência de prequestionamento, requisito para a interposição da espécie recursal (BRASIL, 2018, p. 1-3).

Quanto à separação de poderes, novamente são apresentados fundamentos similares aos já comentados, quanto à dimensão política do Supremo Tribunal Federal e seu dever de fazer valer, efetivamente, os direitos fundamentais de segunda geração, sob pena de ferir a eficácia da Constituição (BRASIL, 2018, p. 5).

Também discorre sobre a legitimidade que tem o Poder Judiciário para implementar políticas públicas previstas constitucionalmente e desrespeitadas pelo Executivo e Legislativo, pontuando que o dever constitucional imposto ao Poder Público limita a discricionariedade do Administrador Público (BRASIL, 2018, p. 6-7).

Acerca da reserva do possível, observa que as prestações positivas são, em regra, onerosas e dependem do orçamento público. Por essa razão, inclusive, entende que, se comprovada objetivamente a insuficiência financeira do ente público, não se pode

⁵³ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

⁵⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

razoavelmente exigir a concretização imediata da pretensão, pois configurada limitação real (BRASIL, 2018, p. 8).

Apesar disso, a reserva do possível não pode ser suscitada pelo Estado com o intuito de eximir-se da concretização de suas obrigações constitucionais, especialmente quando o descumprimento da obrigação for capaz de culminar em destruição de direitos constitucionais (BRASIL, 2018, p. 9).

Com base nessas razões, foi negado provimento ao recurso em decisão monocrática. O Município de Natal interpôs, então, Agravo Regimental, que teve provimento negado por unanimidade, conforme o voto do Relator (BRASIL, 2019a, p. 1-2). Referido voto, por sua vez, observa que os argumentos lançados no Agravo Regimental são reiterativos e repete os termos de sua decisão monocrática (BRASIL, 2019a, p. 4).

Mais uma vez os fundamentos apresentados pela Suprema Corte são semelhantes aos casos anteriores.

3.2.7 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.189.014, SP

No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.189.014/SP, o Estado de São Paulo recorreu contra acórdão que determinou a realização de obra de adaptação de prédio público para garantir a acessibilidade a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. No caso, foi constatada a existência de Lei Estadual a estabelecer tal reforma em um determinado prazo, todavia, ultrapassado o período temporal, o Poder Público permaneceu inerte. O acórdão recorrido arbitrou, ainda, multa pecuniária e prazo de 120 dias para o cumprimento da obrigação definida (BRASIL, 2019b, p. 1).

Conforme decisão monocrática do Relator Ministro Celso de Mello, o ponto central do recurso diz respeito à possibilidade ou não de o Poder Judiciário determinar a realização de providências para a implementação de políticas públicas. O recurso teve seu provimento negado e os fundamentos da decisão monocrática em nada inovam o que foi observado nos casos já citados (BRASIL, 2019b, p. 1-2 e 8).

O Estado de São Paulo interpôs Agravo Regimental repetindo as razões anteriormente suscitadas, de modo que o Ministro Celso de Mello proferiu voto reiterando os termos de sua decisão monocrática, o que foi seguido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, negando provimento ao Agravo Regimental (BRASIL, 2019c, p. 1-4).

3.2.8 Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.272.488, PE

Por fim, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.272.488/PE constitui recurso interposto pelo Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco contra decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário por descumprimento dos pressupostos necessários. Foi negado seguimento ao recurso em razão de ausência de impugnação específica da totalidade dos fundamentos da decisão recorrida (BRASIL, 2020, p. 1).

Após trâmite processual e interpostos dois Agravos Regimentais, os quais não adentram no mérito dos autos, foi interposto o terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo de nº 1.272.488/PE, que teve seu provimento negado, por unanimidade (BRASIL, 2021, p. 2).

O acórdão ressalta que “eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juiz *a quo* demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, e o exame da legislação local aplicável à espécie (...)”, o que torna inviável o Recurso Extraordinário em questão (BRASIL, 2021, p. 5). Salienta, porém, a ausência de violação à separação dos poderes, tendo em vista jurisprudência consolidada quanto à possibilidade de que o Poder Judiciário exerça controle de legalidade dos atos dos demais poderes, especialmente quando se trata de políticas públicas sobre o direito à saúde (BRASIL, 2021, p. 8 e 11). Desse modo, não traz novos critérios quanto à aplicabilidade da reserva do possível.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RE Nº 566.471, RN

Embora não tenha sido encontrado na pesquisa jurisprudencial feita em tópico anterior, o Recurso Extraordinário nº 566.471 merece comentários por se tratar de caso com tema de repercussão geral (Tema 6 do Supremo Tribunal Federal) em iminência de julgamento e em torno do qual há grandes expectativas por parte da doutrina e dos juristas, de modo geral.

Apesar de já ter sido julgado o mérito do caso concreto em questão, tendo sido negado o provimento do Recurso Extraordinário, resta pendente ainda a fixação da tese de repercussão geral. No sítio eletrônico do STF somente é viável acessar o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, bem como o aditamento feito por ele. O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, disponibilizou seu voto em *blog* pessoal. Quanto aos demais votos, sabe-se apenas que o Ministro Presidente Dias Toffoli foi considerado impedido e que o Ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao RE, teve seu voto vencido.

Por essas razões, breves considerações serão feitas em torno dos votos do Ministro Relator e de Luís Roberto Barroso, respectivamente. No caso concreto, a parte requerente busca receber do Estado continuamente, enquanto a necessidade perdurar, medicamento de alto custo indicado por profissional da medicina que, ao tempo da inicial, não estava incluso na lista do Programa de Dispensação de Medicamentos (programa do governo que visa disponibilizar a necessitados medicamentos de alto custo) (BRASIL, 2016a, p. 2-3).

Os pedidos da parte autora foram julgados procedentes em primeiro grau e mantidos em segundo grau. O Estado do RN, então, interpôs o Recurso Extraordinário a fim de reformar a decisão, alegando que a determinação de entrega de medicamento não previsto nos programas de governo ultrapassa o orçamento definido, porque não há o rateio de despesas, ferindo a ordem e economia públicas.

Invoca a reserva do possível como princípio para dizer que na ausência de recursos disponíveis, não há como atender a cada uma das pessoas que necessitam de medicamentos de alto custo e que, ao beneficiar uma pessoa, o Poder Judiciário prejudica outras (BRASIL, 2016a, p. 3-4).

Afirma, ainda, ser mais interessante que o dinheiro público seja utilizado em prol da coletividade que do indivíduo que acessa o Poder Judiciário, além de asseverar que os medicamentos pleiteados, muitas vezes, não são capazes de promover a cura, mas tão somente prolongar a vida em estado precário (BRASIL, 2016a, p. 4).

Ressalta que a União não tem reembolsado o Estado pelos gastos relacionados ao cumprimento das decisões judiciais, pois os medicamentos em questão não estão incluídos no rol estabelecido pelo Ministério da Saúde. Aduz também que o direito à saúde não é fundamental por não estar previsto no art. 5º da CF/88 e que cabe ao legislador infraconstitucional a concessão dos direitos sociais, que dependem da reserva do orçamento, suscitando os princípios da legalidade orçamentária e separação dos Poderes (BRASIL, 2016a, p. 4).

O voto do Ministro Relator do caso observa que o direito à saúde inclui o acesso a medicamentos e está vinculado à dignidade humana. Afirma, então, que “o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas” (BRASIL, 2016a, p. 10), todavia, salienta que no tocante ao mínimo existencial, o direito à saúde é direito fundamental, exigível judicialmente independentemente de reserva orçamentária (BRASIL, 2016a, p. 11).

Reconhece a existência da Política Nacional de Medicamentos e afirma esperar que políticas públicas como essa alcancem a todos, porém, quando, em situações especiais, assim não acontecer, impõe-se a tutela judicial. Ainda, afasta a alegação de que as normas constitucionais sobre direito à saúde têm caráter puramente programático. (BRASIL, 2016a, p. 12)

Destaca a ausência de violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista a “inequívoca transgressão a direitos fundamentais” (BRASIL, 2016a, p. 13). Em relação à reserva do possível, fundamenta que referida tese não pode prosperar em detrimento da satisfação do mínimo existencial e ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016a, p. 13-14).

Especificamente quanto à questão do fornecimento de medicamentos, assevera que há direito nesse sentido quando constatado o binômio da imprescindibilidade do medicamento (constatada por prescrição médica) e incapacidade financeira do paciente em obtê-lo (BRASIL, 2016a, p. 15).

Ressalta a responsabilidade solidária dos entes federativos e afirma a responsabilidade do Estado – em geral – como subsidiária à responsabilidade da família do paciente no custeio do medicamento e/ou tratamento médico, com base no princípio da solidariedade social e familiar (BRASIL, 2016a, p. 15 e 19-21).

Por fim, propõe, para os casos que envolvem o fornecimento de medicamentos de alto custo não previstos em listas oficiais de distribuição, a fixação de ordem de prioridade em relação ao dever de solidariedade familiar, cabendo aos entes federativos a responsabilidade subsidiária na complementação ou custeio total, conforme o caso (BRASIL, 2016a, p. 23-24).

Posteriormente, o Ministro Relator realiza aditamento de seu voto com o objetivo de melhor explicitar seu entendimento, ratificando a tese proposta para esclarecer que, além da imprescindibilidade do fármaco, deve ser observada a impossibilidade de sua substituição (BRASIL, 2016b, p. 6).

Quanto à capacidade financeira do requerente, afirma que o Estado deve custear o medicamento quando não houver espontaneidade da família solidária, priorizando assim a saúde em detrimento de possíveis impactos do fator temporal (pela ausência de espontaneidade de suposto membro familiar com condições financeiras), restando assegurado ao Estado o direito de regresso (BRASIL, 2016b, p. 6).

Desse modo, verifica-se que o Ministro Marco Aurélio, em relação às decisões já analisadas, inova ao ressaltar o princípio da solidariedade social e o dever de solidariedade

familiar. Não se pode, contudo, concluir precocemente que isso não seja ponto abordado com frequência nos casos que envolvem medicamentos de alto custo, pois não foi realizada essa análise no presente estudo.

Quanto ao tema especial deste trabalho, vê-se que o critério principal referenciado para afastar a tese da reserva do possível foi apenas a verificação de lesão ao mínimo existencial, violando direito fundamental.

Todavia, o binômio da imprescindibilidade do medicamento e incapacidade financeira para sua aquisição, associado à impossibilidade de substituição do medicamento, constituem elementos objetivos pautados naquilo que se é razoável esperar da coletividade, ou seja, na reserva do possível, pois, de fato, não há que se falar em responsabilidade do Estado se ausentes tais critérios tão essenciais.

O ministro Barroso, por sua vez, adentra no mérito em seu voto afirmando que, por mais que o cidadão brasileiro mereça o “máximo de justiça em matéria de saúde que o país possa pagar” (BARROSO, 2016, p. 7), não há como ignorar a existência de limites e a necessidade de realizar escolhas trágicas.

Defende que discussões como a que envolve o processo em comento devem ser transferidas para diferentes campos, mais precisamente para o orçamento público e instâncias técnicas do Ministério da Saúde e SUS (BARROSO, 2016, p. 7).

Ressalta que aqueles que têm acesso qualificado à justiça, porque conhecem seus direitos ou conseguem custear um processo, não podem ter suas vidas e saúde melhor valoradas que aqueles que não tem efetivo acesso ao sistema de justiça (BARROSO, 2016, p. 7-8).

Prossegue afirmando que, nos casos que envolvem a saúde:

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 critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. (BARROSO, 2016, p. 8)

Alega que isso provoca mobilização de muitos agentes e entes públicos, representando gastos e desvios de função. Conclui que a jurisprudência brasileira, se permanecer como tem se apresentado, poderá impossibilitar a efetiva implementação de políticas públicas voltadas à saúde (BARROSO, 2016, p. 8) e cita algumas consequências da intervenção judicial excessiva: desorganização administrativa, ineficiência alocativa e seletividade (BARROSO, 2016, p. 9).

Discorre quanto à impraticabilidade de um sistema em que se garanta “tudo para todos”, ressaltando os altos gastos do Ministério da Saúde para o cumprimento de determinações judiciais, que teriam alcançado R\$: 843 milhões no ano de 2014 (BARROSO, 2016, p. 10).

Quando aborda a reserva do possível expressamente, faz apenas para afirmar que há questões que vão além desse tema, defendendo a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário (BARROSO, 2016, p. 11).

Ainda, tece crítica quanto às capacidades institucionais, fundamentando que o Poder Judiciário não tem o conhecimento técnico necessário para verificar quais fármacos devem ser ofertados pelo SUS, cabendo a decisão aos órgãos correspondentes do Poder Executivo (BARROSO, 2016, p. 12).

Salienta que o magistrado, em regra, não consegue promover a justiça em sua ampla dimensão, mas apenas nos limites do caso concreto, faltando-lhe compreensão dos efeitos panorâmicos de suas decisões, de modo que sua intervenção deve ser excepcional (BARROSO, 2016, p. 13-14).

Discorre sobre os avanços do Sistema Único de Saúde e destaca os princípios da universalidade, igualdade e integralidade. Ressalta que este último abarca os medicamentos de alto custo, sendo a assistência farmacêutica prevista na Lei n° 8.080/90 (BARROSO, 2016, p. 14-15).

Fundamenta que é política pública atribuída ao Ministério da Saúde a escolha acerca de quais medicamentos serão fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (BARROSO, 2016, p. 16). Conclui que não há critérios firmes que permitam verificar quais os fármacos realmente são considerados de alto custo, pois isso depende também da demanda, de modo que a questão dos autos é identificar se e quando o Poder Judiciário pode determinar o fornecimento gratuito de fármacos, independentemente do valor unitário (BARROSO, 2016, p. 17).

O Ministro Barroso (2016, p. 19) propõe, então, duas soluções para dois diferentes cenários. Para o caso de medicamentos já incorporados pelo SUS, entende que são necessários apenas o preenchimento de dois requisitos: a prova da adequação e necessidade do fármaco e a prova de prévio requerimento administrativo.

Quanto aos medicamentos não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, elege 5 requisitos: incapacidade financeira do demandante (independentemente da capacidade financeira de sua família, diferentemente do que propõe o Ministro Marco Aurélio); comprovação de que não há fármaco alternativo já disponibilizado pelo SUS; prova da eficácia do fármaco para o caso concreto, através de documentos produzidos conforme a medicina

baseada em evidências; comprovação de inexistência de decisão explícita do órgão responsável estabelecendo a não incorporação do medicamento em discussão; e, por fim, exige que a demanda seja ajuizada contra a União (BARROSO, 2016, p. 20), fundamentando que é ela quem tem competência para decidir quanto à possibilidade e necessidade do fornecimento gratuito do medicamento pelo SUS (BARROSO, 2016, p. 27).

Além desses requisitos, Barroso entende que deve ser exigido, ainda, o que ele chama de “parâmetro procedimental”. Propõe, então, que exista cooperação e comunicação entre o Poder Judiciário e instituições ou pessoas com conhecimento técnico na área da saúde, para auxiliar na observação do cumprimento dos 5 requisitos mencionados anteriormente. Esse diálogo serviria, ainda, no caso de procedência do pedido do caso concreto, para determinar que os órgãos competentes analisem a possibilidade da incorporação do fármaco pelo SUS (BARROSO, 2016, p. 20).

Feitas essas considerações, o Ministro Barroso negou provimento ao recurso extraordinário porque, durante o processo, o fármaco objeto da lide foi incorporado pelo Sistema Único de Saúde (BARROSO, 2016, p. 30), passando a representar a primeira situação hipotética trazida pelo Ministro.

Das considerações trazidas por Barroso, vê-se que o Ministro buscou colocar em debate pontos diversos dos costumeiramente observados pela jurisprudência analisada em relação à reserva do possível.

Desse modo, não foi dado enfoque ao aspecto financeiro da teoria, porque o Ministro pontuou diversas complexidades envolvidas no processo de verificar se o custo de um medicamento é, considerando seu impacto financeiro global, alto, pois isso depende, por exemplo, da sua demanda (BARROSO, 2016, p. 17).

Por outro lado, extrai-se que os cinco requisitos elencados por Barroso constituem verdadeiras balizas do que ele entende que é razoavelmente esperado da coletividade, sendo assim evidente a retomada que faz à teoria em seu aspecto mais original, pois o faz considerando a insustentabilidade de um Estado que entregue tudo a todos (BARROSO, 2016, p. 20).

Observa-se que em cada um desses requisitos encontra-se como base a razoabilidade da pretensão. Por exemplo, é considerada irrazoável a concessão de medicamento não incorporado pelo SUS quando constatado que há medicamento alternativo e eficaz já incorporado pelo sistema.

Estranha-se a ausência de referência ao mínimo existencial no voto de Barroso. Quanto à crítica feita em relação à ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para

escolher os medicamentos a serem fornecidos, importante pontuar a existência de doutrina em sentido contrário. Assim, retoma-se a lição de Barcellos (2011, p. 254 e 266), que ensina que não há lesão à legitimidade democrática ou princípio majoritário, pois os direitos fundamentais é que constituem os limites desse princípio.

Nesse sentido, o próprio Barroso (2011, p. 266) já asseverou que “A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente a ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não.”

Além disso, algumas ressalvas gerais podem ser feitas à proposta do Ministro, como, por exemplo, a possível prova “diabólica” que exige quando diz respeito à comprovação de inexistência de decisão expressa quanto à não incorporação do medicamento pleiteado. Entretanto, imagina-se que muito ainda será discutido para fixação da tese de repercussão geral, estando pendentes possíveis propostas de outros ministros.

4 CONCLUSÃO

Ao longo da história brasileira, a saúde foi referenciada por diversas Constituições, sendo que somente na Constituição de 1988 tomou patamar diferencial, sendo a criação do Sistema Único de Saúde um marco histórico para o país. Atualmente, portanto, a saúde constitui bem que é direito de todos e dever do Estado, o qual está obrigado constitucionalmente a implementar políticas públicas para ações de promoção e recuperação da saúde (art. 196, CF/88).

Sabe-se que a preocupação do constituinte com o tema foi tão grande que estabeleceu percentuais mínimos de recursos a serem destinados à saúde (art. 198, CF/88), evidenciando que se trata de valor priorizado por essa ordem constitucional. Além disso, trata-se de direito social fundamental, tendo em vista que busca promover a justiça social, bem como apresenta caráter essencial e forte ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Sendo direito social a ser implementado pelo Estado por prestações positivas, seu aspecto financeiro recebe o enfoque que outros direitos (de negação) não recebem, pois os gastos são mais evidentes quando há ações a realizar do que omissões a respeitar.

É certo que os recursos são limitados e que, originalmente, cabe à Administração Pública definir sua distribuição. Todavia, compreende-se que o conjunto de direitos que integra o núcleo dos direitos fundamentais, também chamado de mínimo existencial, é exigível em juízo (BARCELLOS, 2011, p. 270-272).

Diante dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, vê-se que o princípio majoritário e a separação dos poderes não constituem obstáculos insuperáveis à exigibilidade do direito à saúde em juízo, observando que o exercício da democracia vai além da decisão da mera maioria, pois encontra limites nos direitos fundamentais do outro (BARCELLOS, 2011, p. 266-267). Nesse sentido, também merece destaque a construção teórica quanto ao papel contramajoritário, representativo e iluminista do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018, p. 3).

Constatado o aspecto financeiro que envolve o direito social à saúde, ganha relevância a teoria da reserva do possível. Referida tese tem origem no Tribunal Constitucional Federal Alemão que, em 1972, julgou o caso identificado pela doutrina brasileira como “*numerus clausus*”.

No *leading case* alemão foi questionada a constitucionalidade de algumas normas que restringiam a quantidade de vagas disponíveis para o curso superior de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera.

Conforme fundamentação do Tribunal Alemão, verificou-se que os direitos fundamentais sociais prestacionais estão sob a reserva do possível, o que significa que não são ilimitados, porém somente podem ser restringidos conforme os limites estabelecidos pela própria Constituição (MARTINS, 2005, p. 663 e 666-667).

Essa limitação, por sua vez, deve preservar ao máximo o direito, buscando a menor lesão possível, além de ser orientada por aquilo que se pode razoavelmente esperar da coletividade. Ainda, é importante observar o cumprimento dos deveres pelo Estado, cabendo ao Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto, observar eventuais esforços e recursos já destinados ao problema apresentado (MARTINS, 2005, p. 665).

Quanto à aplicação da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que desde 2011 até 2019 as decisões pouco evoluíram no tema. De modo geral, em matéria de saúde, a Suprema Corte afasta a invocação da reserva do possível e pouco se estende em sua apreciação, ausente análise mais profunda acerca da teoria e sua aplicabilidade ou não no caso concreto.

Inicialmente, conforme se observa nos autos do AgR no RE nº 642.536/AP, o critério eleito pelo Tribunal Supremo foi o do mínimo existencial, de modo a considerar que, sendo o direito à saúde integrante desse núcleo básico, não pode ser limitado em razão de impasses orçamentários.

Destarte, a Corte revela um caráter moral em suas decisões ao argumentar que o direito à saúde não pode ser colocado abaixo de questões orçamentárias do Estado. Conforme exposto, o direito referido é garantido a todos e se apresenta como um dos corolários da dignidade da pessoa humana. Todavia, reconhecidamente oneroso, é certo que devem haver limites na sua implementação pública.

A esse respeito, vê-se que o STF excetua apenas os casos hipotéticos em que a Administração Pública demonstre de forma objetiva sua incapacidade financeira. Ocorre que, conforme já observado, as decisões analisadas sequer indicam como essa prova poderia ser produzida, sendo relevante perceber que não poderia ser realizada através da juntada de um extrato bancário, pois o orçamento público é muito mais complexo e peculiar que os rendimentos de uma pessoa física comum.

É certo que se trata de direito fundamental básico garantido constitucionalmente, entretanto é interessante questionar até que ponto as particularidades do caso concreto revelam um direito integrante do mínimo existencial ou de um máximo existencial. Além disso, diferentemente do *leading case* alemão, em regra, o Supremo não menciona nem valora eventuais empenhos do Poder Executivo na distribuição de recursos à saúde.

Nota-se que, de fato, o aspecto financeiro da teoria em questão alcança o destaque na doutrina e jurisprudência brasileira, de modo que, até quando a Suprema Corte fez referência aos termos expressos no Tribunal Constitucional Alemão – aquilo que se pode razoavelmente exigir da sociedade –, o fez para afastar a alegação do Estado de incapacidade financeiro-econômica.

Também é verdade, todavia, que o Supremo Tribunal Federal fundamentou a inaplicabilidade da teoria em comento com base nas legítimas expectativas do cidadão brasileiro. Verifica-se que em 6⁵⁵ das 8 decisões analisadas, mesmo que sem explicitar, o Supremo utiliza a tese em seu sentido originário, adequando-a ao parâmetro estabelecido pela Constituição brasileira, que efetivamente assegura o direito à saúde, elege suas ações ao nível de relevância pública e determina a implementação de políticas públicas pela União, Estados e Municípios, consoante os já citados artigos 196 e 197 da CF/88.

Assim, verifica-se a existência de 3 critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando invocada a reserva do possível em matéria de saúde, que são (1) constatação de violação ao mínimo existencial, (2) se há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira e (3) se as expectativas são legítimas, ou seja, se é razoável exigir a pretensão, conforme o que determina a Constituição Federal.

Portanto, embora a teoria da reserva do possível tenha seu viés econômico destacado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira, vê-se que o Supremo Tribunal Federal não deixa de observar seu aspecto originário quanto à razoabilidade da pretensão. Entretanto – e corretamente –, o faz com base naquilo que se é razoável exigir a partir dos parâmetros constitucionais fixados no Brasil, de modo que respeita também o critério que determina que eventual restrição deve estar conforme os limites da própria Constituição.

Ademais, constata-se que o mínimo existencial é, em regra, protegido diante da alegação de reserva do possível, de modo que a responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde, conforme o Supremo Tribunal Federal, é configurada sempre que se observa alguma violação

⁵⁵ RE n° 581.352/AM, AgR no RE com Agravo n° 745.745/MG, AgR no RE com Agravo n° 727.864/PR, AgR no RE n° 1.165.054/RN, AgR no RE com Agravo n° 1.189.014/SP e Terceiro AgR no RE com Agravo n° 1.272.488.

ao direito à saúde. Ainda, essa violação geralmente está relacionada, nos casos concretos analisados, à necessidade de realização de algum tratamento ou procedimento médico-hospitalar que visa garantir melhor qualidade de vida ou maior tempo de vida ao requerente.

Em relação ao RE 566.471/RN, o que se pode apurar é que o Supremo Tribunal Federal está empregando esforços para construir balizas que orientem os magistrados acerca de como proceder em casos relacionados ao fornecimento gratuito de medicamentos, incorporados e não incorporados pelo SUS.

Quanto aos não incorporados, vê-se que não há muito espaço para teses diferentes da proposta por Barroso, pois se trata de indubitável controle judicial para o cumprimento daquilo já estabelecido em lei.

Acerca dos fármacos não incorporados, não há como concluir algo concreto, tendo em vista que ainda não houve a fixação da tese e há votos diversos, estabelecendo diferentes requisitos e evidenciando divergentes entendimentos (como a questão da capacidade financeira, abordada pelos dois ministros citados de modo diferente).

Assim, quando citada a reserva do possível expressamente, a Suprema Corte, em regra, apenas aprecia seu aspecto financeiro. O que se pode concluir, contudo, é que o parâmetro da razoabilidade da pretensão é aplicado pelo Supremo Tribunal Federal de modo implícito e apresenta aspecto subjetivo relativamente amplo, pois depende do entendimento daquele que o invoca. Porém, é certo que a razoabilidade da pretensão pode ser verificada com um mínimo de unanimidade a partir dos ditames constitucionais.

Desse modo, uma vez considerado o mínimo existencial como núcleo de direitos fundamentais exigíveis judicialmente, é coerente verificar que o ponto de real controvérsia, para o Direito brasileiro, está na averiguação do que constitui, efetivamente, esse conjunto de prestações mínimas.

Consoante observado, não há um conceito unânime acerca do mínimo existencial e, igualmente, inexistem critérios que delimitem objetivamente a sua verificação, de modo que se trata de uma concepção com amplo viés subjetivo que é, geralmente, apreciada caso a caso.

As decisões analisadas, de modo geral, afirmaram que os casos tratavam desse núcleo de direitos sem tecer maiores considerações sobre o tema, permitindo compreender que sempre que estiver presente o direito à saúde, estará presente o mínimo existencial.

Contudo, não se sabe – e não é o objetivo do presente estudo, pois este se atém à análise da aplicação da reserva do possível – quais os parâmetros que permitem constatar que o caso concreto envolve, de fato, o conjunto essencial de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Medicamentos de Alto Custo**. 2016. Versão final do voto de proferido pelo Ministro no RE 566.471. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ., Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ., Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. SENADO NOTÍCIAS. **Constituições brasileiras**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 11.183/PR. Recorrente: Carmen Lúcia Fernandes Miguel. Recorrido: Estado do Paraná. Impetrado: Secretário de saúde do Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 04 set. 2000. p. 121. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04/09/2000. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128-7, Tribunal Pleno. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR. Requerido: Artur de Castilho Neto e outro. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator

para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. *Diário de Justiça da União*. Brasília, 27 ago. 2004. p. 497-498. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581352, Segunda Turma. Recorrente: Estado do Amazonas. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 22 nov. 2013c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=185815508&ext=.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642536. Recorrente: Estado do Amapá. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 27 fev. 2013a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4080987>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745745/MG, Segunda Turma. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 dez. 2014b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1189014, Segunda Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 09 out. 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341412457&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107, Tribunal Pleno. Impetrante: Jose Emidio Teixeira Lima. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 02 ago. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487634>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471, Julgado Mérito de Tema Com Repercussão Geral, Pendente Fixação da Tese de Repercussão Geral. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 30 set. 2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471, Aditamento do Voto do Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 30 set. 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581352, Decisão Monocrática. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amazonas. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 01 out. 2013b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=173497472&ext=.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 642536. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amapá. Recorrido: Estado do Amapá. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 26 set. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3047561&ext=RTF>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 745745/MG, Decisão Monocrática. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 fev. 2014a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=201477423&ext=.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1189014, Decisão Monocrática. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 26 mar. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339774116&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1272488, Decisão Monocrática. Recorrente: Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco - IRH-PE. Recorrido: Givaldo Goncalves de Souza e outro(a/s). Ministro Presidente Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 07 jul. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343668237&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, Tribunal Pleno. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Relator: Ministra Presidente Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 09 maio 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601694>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1272488/PE, Segunda Turma. Recorrente: Estado de Pernambuco e Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco - IRH-PE. Recorrido: Givaldo Goncalves de Souza e outro. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 27 abril 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346249589&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982.

CANUT, Letícia; CADEMARTORI, Sergio. Neoconstitucionalismo e Direito à Saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 9-40, mar./jun. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13235/15050>. Acesso em: 17 set. 2021.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Associação dos procuradores do Estado de São Paulo**. São Paulo (SP), 2012, p. 5. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 20 abril. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de Paulo Quintela.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica**: fundamentos e alcance. Curitiba: Editora e Livraria Appris Ltda, 2017.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; SOUSA, Izabela Taíse Ferreira de. Reserva do possível: a saúde financeira estatal como justificativa para a negativa à saúde pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 378-404, ago. 2020. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/47636>. Acesso em: 25 out. 2021.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 24 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**, [S.L.], v. 39, n. 4, p. 63-78, 10 jul. 2017. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). <http://dx.doi.org/10.21874/rsp.v39i4.2239>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239>. Acesso em: 15 set. 2021.

MORAES, Polyana Santana. Direito à Saúde: o problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 24, jul-dez, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/620/418>. Acesso em: 15 set. 2021.

MOURÃO, Ricardo Teixeira Leite. **Justiça Distributiva e a Reserva do Possível**. 66 f. 2010. Dissertação (Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2010. Disponível em:

https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/221/1/Monografia_Ricardo%20Teixeira%20Leite%20Mour%C3%A3o.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Máisa de Sousa. A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, v. 21, n. 30, p. 65-92, jul./dez. 2015. Disponível em: http://www.mpgop.mp.br/portal/arquivos/2016/02/16/15_31_55_410_R30final.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Valmir de Oliveira. **Um diálogo entre surdos**: por uma releitura da reserva do possível. 2017. 90 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7266/1/VORJunior.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Argumentum**: Argumentum Journal of Law, Marília, v. 6, p. 31-46, jan./dez. 2006. Anual. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/731/383>. Acesso em: 25 out. 2021.

SILVA, Diego Nassif da; BREGA FILHO, Vladimir. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: uma história de inefetividade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm*, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 999, 13 dez. 2016. Universidad Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422507>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22507>. Acesso em: 04 set. 2021.

SILVA, Flavia Martins André da. Direitos Fundamentais. **Direitonet**, [S.L.], 16 maio 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em: 04 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993. Trimestral. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2343/2519>. Acesso em: 09 set. 2021.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; MORAES, Vinicius Caleff de. Direito à saúde: uma análise dos limites do ativismo judicial para a efetividade do acesso à saúde. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, p. 549-567, dez. 2020. Quadrimestral. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.14>. Acesso em: 19 jan. 2021.

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E SEU TRATAMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E ALEMÃ. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 102-119, 24 fev. 2017. PIDCC- Revista em Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição. <http://dx.doi.org/10.16928/2316-8080.v11n1p.102-119>. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-339.