FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS SOCIAIS DO LESTE DE MINAS - FADILESTE

LAURYNEYSE ROBERTA RODRIGUES MIRANDA

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DEVIDA DE DINHEIROS PÚBLICOS COM BASE NA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 556.471 RIO GRANDE DO NORTE

REDUTO
2021

LAURYNEYSE ROBERTA RODRIGUES MIRANDA

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DEVIDA DE DINHEIROS PÚBLICOS COM BASE NA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 556.471 RIO GRANDE DO NORTE

Trabalho de Curso apresentado à Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas - FADILESTE como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Me. Hugo Garcez Duarte.

REDUTO
2021

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DEVIDA DE DINHEIROS PÚBLICOS COM BASE NA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 556.471 RIO GRANDE DO NORTE

Lauryneyse Roberta Rodrigues Miranda

RESUMO

Este trabalho de curso trata do Estado Democrático de Direito a fim de se promover reflexões sobre a utilização devidas de dinheiros públicos. Para isso teremos como base o julgamento do Recurso Extraordinário nº 556.471 Rio Grande do Norte, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Lado outro, que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária. Interessa, pois, discutir-se tanto a constitucionalidade como a legitimidade dessa decisão sob o viés ora referido. Em termos específicos, pretende-se demonstrar que na democracia o que predomina é o interesse da "maioria". No entanto, os direitos das minorias deverão ser respeitados e efetivados desde que sejam legítimos, passando pelo crivo da constitucionalidade. Também, que a efetivação de direitos coletivos e individuais em que se insere o direito à saúde, envolve dispêndios de dinheiros públicos e privados e definições de foro íntimo e construções morais de indivíduos e grupos. É preciso, assim, no âmbito das relações travadas entre o constitucionalismo e a democracia, dosagens, por vezes rígidas e flexíveis. O trabalho se baseará nas construções doutrinárias de autores como Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Luís Roberto Barroso. A pesquisa será feita nas formas descritiva, prescritiva, analítica e reflexiva, apresentando-se os principais aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que permeiam a temática.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direito à saúde. Dinheiros Públicos. Utilização devida. Dinheiros públicos.

ABSTRACT

This course work deals with the Democratic Rule of Law in order to promote reflections on the proper use of public money. For that, we will have as basis the judgment of Extraordinary Appeal No. 556,471 Rio Grande do Norte, when the Supreme Federal Court ruled that, as a rule, the State is not obliged to dispense medication not included in the Unified Health System (SUS) list. On the other hand, that the recognition of the individual right to supply, by the State, at a high cost, not included in the national medication policy or in an exceptional medication dispensing program, included in the list of approved ones, depends on the demonstration of the indispensability (adequacy and necessity), the impossibility of substitution and the financial incapacity of the patient and the members of the solidary family. Therefore, it is interesting to discuss both the constitutionality and the legitimacy of this decision under the aforementioned bias. In specific terms, it is intended to demonstrate that in democracy what predominates is the interest of the "majority". However, minority rights must be respected and enforced as long as they are legitimate, passing through the constitutionality sieve. Also, that the realization of collective and individual rights in which the right to health is inserted, involves expenditure of public and private money and definitions of intimate forum and moral constructions of individuals and groups. It is necessary, therefore, in the context of the relations between

constitutionalism and democracy, dosages, sometimes rigid and flexible. The work will be based on the doctrinal constructions of authors such as Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck and Luís Roberto Barroso. The research will be done in descriptive, prescriptive, analytical and reflective forms, presenting the main legislative, doctrinal and jurisprudential aspects that permeate the theme.

Keywords: Democratic Rule of Law. Right to health. Public Money. Proper use. Public money.

INTRODUÇÃO

De acordo com os arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde é fundamental social, 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.[1]

No entanto, ano de 2020, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 556.471 Rio Grande do Norte, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ademais, que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arts. 1.649 a 1.710 do Código Civil (CC) e assegurado o direito de regresso.[2]

Interessa, portanto, discutir tanto a constitucionalidade como a legitimidade dessa decisão sob o paradigma Estado Democrático de Direito, com vistas, preponderantemente, à utilização devida de dinheiros públicos.

O constitucionalista Daniel Sarmento (2010) oferece, por meio da obra *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, instrumentos para se questionar a atmosfera

---

[1] Previsões normativas conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[2] Informações jurisprudenciais conforme: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 556.471 Rio Grande do Norte. Em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). (...) o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arts. 1.649 a 1.710 do Código Civil (CC) e assegurado o direito de regresso. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Carmelita anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão em: 1 de setembro de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078.

jurídica contemporânea, tendo-se como norte as ligações nada singelas entre a constitucionalização do Direito e a democracia.

A palavra democracia tem origem no grego *demokratía*, resultado de demos (que significa povo) e *kratos* (cujo significado é poder). Em palavras simples, a democracia identifica-se com o governo do povo, que se vincula à vontade da maioria (SARMENTO, 2010).

Não é por outra razão, o parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira de 1988 estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos seus termos (Constituição).[3]

Com fulcro em tais termos, embora o constitucionalismo seja uma garantia da democracia no aspecto acima mencionado, este é, ao mesmo tempo, uma limitação ao exercício do poder. Ou seja, em nome também da democracia no sentido de proteger as minorias, estabelece barreiras ao exercício da soberania popular.

Isso porque o arbítrio das multidões pode gerar cerceamentos a conteúdos de direitos legítimos, o que ocasionaria, obviamente, ofensa à democracia mesma. Por outro lado, minorias podem fazer uso das funções legislativa, administrativa e judicante, para fins arbitrários.

Assim, apesar de o constitucionalismo ter nascido com feições liberais e individualistas, no sentido de proteger o indivíduo do Estado e privilegiar o direito de contratar, numa visão contemporânea, atrelada à consecução do regime Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal), ambos são vistos como valores complementares (constitucionalismo e democracia).[4]

Segundo Hugo Garcez Duarte (2017) levando-se em conta tratar-se referido regime daquele que congrega os anseios dos Estados Liberal e Social, sem, contudo, deixar de contemplar, se legítimas, as reivindicações sociais, políticas, econômicas e culturais oferecidas por este tempo, cujas características de extrema pluralidade e heterogeneidade ganham mais relevo, sua efetivação reivindicará, a todo tempo, abstenções e/ou ações afirmativas por parte do Estado e da sociedade civil, justamente, para assegurar a realização de direitos que envolvem dotações econômicas e diversidades morais, o que poderá gerar (e gera) desacordos no seio da sociedade sobre a correção material.

Como se sabe, homogeneamente dizendo, todo e qualquer indivíduo deverá ter assegurados direitos como vida, segurança, saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, remuneração justa, previdência social, cultura, meio ambiente equilibrado, o mínimo economicamente falando, entre outros (DUARTE, 2017).

---

[3] Legislação conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[4] Parte do que se alegou até aqui foi desenvolvida em: MIRANDA, Lauryneyse Roberta Rodrigues; DUARTE, Hugo Garcez. A democracia no Estado Democrático de Direito. In: **III Semana da Iniciação Científica do Programa de Iniciação Científica da FADILESTE**, 2018, Reduto. A efetivação dos direitos no contexto da crise da razão, 2018. p. 9.

Seguindo ainda Duarte (2017), por outro lado, quais seriam os conceitos de direitos como vida digna, liberdade e igualdade no conviver social contemporâneo de um ser que é, por sua essência, distinto, logo, dotado de caráter heterogêneo? Muito interessa à sociedade como um todo a discussão dessa questão.

Esta pesquisa tem como premissa a consecução de certos objetivos, os quais se subdividem em gerais e específicos.

A título geral, busca-se refletir sobre os problemas que envolvem a efetivação do Estado Democrático de Direito, analisando-se, para tal, as bases a serem construídas para a utilização devida de dinheiros públicos.

Em termos específicos, pretende-se demonstrar que na democracia o que predomina é o interesse da "maioria". No entanto, os direitos das minorias deverão ser respeitados e efetivados desde que sejam legítimos passando pelo crivo da constitucionalidade (DUARTE, 2017).

Além disso, que a efetivação de direitos coletivos e individuais, donde se insere o direito à saúde, envolve dispêndios de dinheiros públicos e privados e definições de foro íntimo e construções morais de indivíduos e grupos.

É preciso, assim, no âmbito das relações travadas entre o constitucionalismo e a democracia, dosagens, por vezes rígidas e flexíveis.[5]

O trabalho se baseará, principalmente, nas construções doutrinárias de autores como Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Luís Roberto Barroso.

A pesquisa será feita nas formas descritiva, prescritiva, analítica e reflexiva, apresentando-se os principais aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que permeiam a temática.

1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, nas palavras de Germano André Doederlein Schwartz (2001), se obriga a promover a saúde, como vimos acima, com base, principalmente, no art. 196 da Carta Magna, por meio de ações e serviços públicos, almejando sua aplicação concreta para atingir a justiça social.

[5] Parte do que se alegou até aqui foi desenvolvida em: MIRANDA, Lauryneyse Roberta Rodrigues; DUARTE, Hugo Garcez. A democracia no Estado Democrático de Direito. In: **III Semana da Iniciação Científica do Programa de Iniciação Científica da FADILESTE**, 2018, Reduto. A efetivação dos direitos no contexto da crise da razão, 2018. p. 9.

Isso porque esse regime de governo (Estado Democrático de Direito) traz como principal pilar o fundamento do Estado dignidade da pessoa humana, previsto, no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.[6]

A dignidade da pessoa humana está diretamente ligada a uma garantia de saúde, bem como descreve Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60):

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Nesse diapasão, Lenio Luiz Streck (2007) ressalta que a efetivação dos direitos fundamentais, rol no qual se encontra o direito à saúde enquanto fundamental social, é essencial à dignidade humana e à justiça social.

Segundo Lenio Streck (2007, p. 310):

> Do mesmo modo, percebemos a Constituição "como" Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição "como" Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem [...].[7]

Ressalte-se que a efetivação de uma saúde plena é determinante no sentido de prezar o ser humano como ser coletivo e detentor de uma boa qualidade de vida e não unicamente de uma luta constante por sobrevivência, tendo em vista que o Direito à saúde ser essencial, base do Direito à vida.

Nesses termos, Sarlet (2001) frisa que a primeira e grande dificuldade revelada àqueles que se deparam com o problema, seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz respeito a esse ponto, a uma referência genérica e abstrata.

Para Sarlet (2001, p. 12):

> Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações

---

[6] Legislação conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[7] Supressão nossa.

> abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

Nas palavras de Schwartz (2001, p.100), em se tratando da competência estatal para efetivar o direito à saúde, ela é dividida em duas espécies, a de legislar sobre o assunto (competência legislativa) e a de cuidar (promover atos de execução) da mesma.

Como indicam Laísa Domingues Fernandes e Luana Rochel Ferreira (2019), nesse passo, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública (CF, art. 23, II) e competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII).

A Constituição Federal de 1988, no que tange ao Sistema Único de Saúde estabelece em seu artigo 198, que o mesmo será composto por ações e serviços públicos, integrando uma rede regionalizada, hierarquizada e organizada de acordo com diretrizes. Vale ressaltar que, no tocante aos recursos financeiros, o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Há de se observar que o art. 199 da Constituição Federal garante a assistência à saúde como livre à iniciativa privada, estabelecendo que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, segundo as diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, porém quando se tratar de instituições privadas com fins lucrativos será vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções à estas instituições.

Dentre as atribuições do SUS, contidas no art. 200 da Carta Magna, incumbidas por lei, estão o controle e fiscalização de procedimentos, produção de medicamentos, participação da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, além de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador, entre outras atividades de fiscalização e inspeção que envolvem saúde.[8]

Nesse sentido, pontua Ingo Sarlet (2009, p.21):

> [...] os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.[9]

Segundo Elisangela Santos de Moura (2013), essas linhas foram criadas a Lei nº 8080, de 19 de setembro, que trata sobre as atribuições e funcionamento do SUS,

---

[8] Legislação conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[9] Supressão nossa.

e a Lei Federal 8142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências de recursos financeiros na área da saúde repassados pelo Estado.

Também ressaltando Moura (2013), importa destacar que as diretrizes do SUS não se esgotam nessas três diretrizes, mas estas servem de norte para a conduzir a Administração Pública no que tange ao direito à saúde

De acordo com Hugo Garcez Duarte (2019, p. 288):

> A Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, também regulamenta tratar-se o direito à saúde de um dever do Estado, especificamente, no sentido de estabelecer condições indispensáveis ao seu livre exercício. Em nome do texto constitucional supracitado, suas previsões reiteram que o Estado deverá prover as condições indispensáveis ao exercício pleno do direito em tela, consistindo sua atuação tanto na formulação quanto na execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Contudo, o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º).

Com base no art. 7º da Lei 8.080/90, o SUS tem como de suas diretrizes a universalidade, que serve também como base de toda a estrutura administrativa da saúde. Em relação a integralidade, essa se relaciona delicadamente com a política de fornecimento de medicamento, por dispor sobre à assistência terapêutica fornecida pelo mesmo.[10]

No que tange à descentralização dos serviços e ações de saúde e ao financiamento, embora sejam analisados individualmente, há uma estreita ligação de um tema sobre o outro, deve-se, portanto, observar se a transferência de obrigações dá-se com o correspondente repasse financeiro em prol da saúde (MOURA, 2013).

Para Lenir Santos (2012, p. 61) no tocante aos serviços de saúde, o repasse mínimo dos entes da Federação, deve ser levado em consideração, logo, a Lei Complementar (LC) nº 141/12 distingue duas dimensões do direito à saúde: a primeira que trata das políticas sociais e econômicas que se referem aos determinantes e condicionantes da saúde e a segunda que se refere à garantia de ações e serviços de saúde para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Logo, o SUS foi implementado como forma de efetivar o direito fundamental a saúde, porém é necessário que haja recursos disponíveis para que este objetivo seja alcançado, sendo essa parte, dever obrigacional do Estado (MOURA, 2013).

---

[10] Legislação conforme: BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.

O Estado tem por responsabilidade e obrigação estabelecer como objetos principais dos gastos públicos os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Como bem expõe Ana Paula Barcelos (2002, p. 245-246):

> Não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.

Insta salientar que, a partir do momento em que o Estado não fornece recursos suficientes ao SUS, essa ausência tolhe de imediato a possibilidade de se fornecer o serviço de saúde, rompendo com a possibilidade de efetivação do direito constitucionalmente garantido, trazendo à tona a necessidade de se buscar esse direito em âmbito judicial, pois na maioria das vezes existe urgência no caso concreto em questão (ROCHA, 2012).

Nesse aspecto, Barroso (2008, p. 25-66) assevera que ao se atribuir às normas a sua máxima densidade normativa, possui o cidadão a faculdade de requerer o provimento jurisdicional para prevenir ou reparar a lesão ou ter efetivado seu direito.

Quando surge, nesse ínterim, a ausência de efetivação do direito em tela, nota-se relacionar-se o fato à ausência de implementação e manutenção de políticas públicas para esse fim.

Como Wolfgang (2006, p. 145) destaca

> [...], parafraseando, desta feita em outro contexto, a famosa e multicitada de Dworkin de que o governo que não toma a sério os direitos não leva a sério o Direito, podemos afirmar que a ordem comunitária (poder público, instituições sociais e particulares) bem como a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade inerente ao ser humano e, para, além disso, como valor e princípio jurídico - constitucional fundamental) não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos.[11]

[11] Supressão nossa.

Nessa perspectiva, a judicialização do direito a saúde vem crescendo a cada dia como forma de se buscar a efetivação do direito em estudo.

Saliente-se, o Poder Judiciário é responsável por se manifestar quanto ao direito pleiteado, na forma do inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira - Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição -, cuja redação retrata que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.[12]

Assim, o Estado deverá levar em conta, conforme a Apelação Cível (AC) 200951010296774, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2º Região, nas palavras da Relatora Vera Lúcia Lima, a "lei da escassez", vislumbrável nas conhecidas limitações orçamentárias, cabendo-lhe decidir entre as possíveis e diversas ações preventivas e curativas recomendáveis, fazendo-o com base em dados do SUS, procurando prestigiar as soluções consideradas de maior eficácia e eficiência, tendo como norte o atendimento de um maior número de pessoas humanas e a redução de novos casos de doenças.[13]

---

[12] Legislação conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[13] Precedente conforme: BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região.** Ação Cível (AC) nº 200951010296774. ADMINISTRATIVO- CONSTITUCIONAL- MENOR QUE SE ENCONTRA EM TRATAMENTO HOSPITALAR, REQUER O TRATAMENTO DOMICILIAR. ART. 196, CF- IMPOSSIBILIDADE DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS. VIOLAÇÃO AO DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. -Cuida-se de ação de rito comum ordinário, ajuizada em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, na qual objetivam que os réus propiciem condições necessárias para transferência da primeira autora, para regime de cuidados domiciliares, fornecendo, para uso contínuo, todos medicamentos, insumos e aparelhos necessários ao seu tratamento, nos termos dos laudos -A pretensão autoral foi inacolhida (fls.1218/1224), sob a fundamentação de que a imposição, pelo Poder Judiciário da prestação de assistência domiciliar por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio limitador do direito individual à saúde -A questão de fundo envolve o tema das políticas públicas, no plano de sua formulação, execução, e implantação, que estão regradas, passe-se o truísmo, pelas balizas constitucionais, apoiadas nas cláusulas da legalidade, e da reserva do possível, bem como do altruísmo, sob pena, de nesta última vertente, propiciar-se tratamento anti-isonômico, de cunho privilegiado, a par de se inviabilizar o atendimento da Sociedade como um todo, pelo que corretas as ponderações do juízo de piso, alegando, finalmente : •...E por todos os motivos expostos, não havendo qualquer dúvida que partir do Poder Judiciário ordem que imponha à UF, ao ERJ e ao MRJ a prestação de assistência domiciliar (*home care*), na forma como requer a autora na inicial, por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio constitucional limitador do direito individual à saúde, pois outros indivíduos, acometidos pelos mesmos problemas de saúde da autora, não recebem do Poder Público semelhante assistência domiciliar (*home care*), impondo-se, portanto, o indeferimento do pedido formulado na inicial.– -Em realidade, conforme anotado nas contrarrazões da União, o tema vertido se imbrica com as opções legislativas, que não devem ser subtraídas do seu foro adequado, o que conduziria maltrato, ao fim, e ao cabo do artigo 2º da Constituição Federal. -Há que se reconhecer que, no caso concreto, de acordo com o próprio texto constitucional (art. 196), a saúde é um direito •garantido mediante políticas sociais e econômicas–. Assim, sob pena de se inviabilizar todos o sistema público de saúde, deve-se evitar decisões que impliquem em destinação de recursos ao atendimento de situações individuais, desconsiderando-se inclusive a disciplina legal estabelecida. -Certamente, sob a perspectiva dos pais da autora, embora possam visitá-la diariamente, havendo estrutura para ficarem ao seu lado da autora o tempo que quiserem, inclusive para pernoitar, conforme registrado no depoimento do chefe do CTI Infantil do HCE, colhido em audiência, conforme fls. 1202/1203, ter sua filha em casa, no seu quarto, junto a seus irmãos, traria inegável conforto aos pais seja sob o ponto de vista prático, como sob o ponto de vista emocional. -Ocorre que a assistência domiciliar em domicílio (*home care*) a ser arcada pelo FUSEX exigiria a contribuição do percentual de 20% sobre o valor da despesa pelo pai da autora (ofício de fl. 1.211), o que, aliás, já foi registrado nesta sentença quando da apreciação da preliminar de ausência

Como afirmou Sarlet (2001), o preciso argumentar, os corredores dos hospitais evidenciam, todos os dias, situações trágicas de pacientes do SUS que não conseguem um leito ou um atendimento minimamente normal.

E o autor complementa:

> Por conseguinte, não parece razoável, legal ou constitucional conceder tratamento diferenciado a um indivíduo apenas em detrimento de todos os demais. A intervenção judicial há que se limitar a casos que envolvam efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas no que diz respeito ao mínimo vital, que é a dimensão mais reduzida do princípio aludido. (SARLET, 2001, p. 322-323).

O Poder Judiciário deve atuar de forma limitada no que tange aos pedidos realizados judicialmente evitando gastos com medicamentos e tratamentos duvidosos e que ainda não constam das listas elaboradas pelos entes federativos, pois, assim se poderá evitar que o resultado pretendido por aquele que pleiteia seu direito a saúde seja, de fato e de direito, efetivado com resposta do medicamento ou tratamento (BARROSO, 2009).

Encarando-se o tema de outra forma, ainda segundo Barroso (2009), as políticas de saúde devem seguir, como foco, a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Por outro lado, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia-se, sob certo aspecto, aqueles que possuem acesso qualificado a esse Poder da República, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial (BARROSO, 2009).

Ainda nesse norte, Barroso (2009, p. 26) argumenta:

> Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Logo, conforme Nascimento (2017), a busca pela efetividade do direito à saúde enfrenta constantemente a escassez de recursos e a escolha que o administrador público deve fazer acerca de suas prioridades. Diante disso, a invocação da teoria da reserva do possível está a cada dia mais presente no que tange a garantia de direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde.

---

de interesse de agir, e, por esse motivo, vem ao Judiciário requerer que UF, ERJ e MRJ arquem com esta despesa indefinidamente, já que a autora é portadora de doença crônica, sem perspectiva de melhora, tudo conforme os laudos médicos acostados aos autos. Recurso desprovido. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23481620/ac-apelacao-civel-ac-200951010296774-trf2/inteiro-teor-111717074.

Bruno Prange Stiborski (2015) frisou, a origem do princípio da reserva do possível é alemã e deriva da histórica decisão *numerus-clausus Entscheidung* (decisão sobre cláusulas enumeradas), onde candidatos a vagas nas faculdades públicas de Medicina não obtiveram êxito ao tentar ingressar nas instituições de ensino, devido a limitação das vagas e critérios estabelecidos e buscaram as vias judiciais para resolver a situação.

Como informa Fernando Mânica (2007, p.169): “A pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã. Segundo o qual todos têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Diante do referido impasse, a Corte Constitucional Alemã invocou a teoria da reserva do possível, demonstrando a necessidade da razoabilidade dos pleitos em relação à decisão do Estado (STIBORSKI, 2015).

Segundo Sarlet (2003, p. 265), a Corte Constitucional Alemã entendeu que

> [...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.[14]

Nesse sentido, de acordo com Stiborski (2015), vale ressaltar que não houve reconhecimento acerca da ausência de recursos, mas sim que a questionada a razoabilidade ofenderia a proteção do bem-comum da coletividade.

A teoria da reserva do possível, no Brasil, é definida como ‘’limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestação’’ (SARLET, 2010, p.180).

Sendo assim, com Araújo, Soares e Rangel (2017) lembramos que, quando o Estado for acionado para efetivar um direito fundamental garantido na Constituição Federal, seja de forma administrativa ou judicial, deverá sempre respeitar a sua reserva orçamentária. Ou seja, o Estado somente poderá responder por suas obrigações quando possuir recursos financeiros para tanto.

Ademais, no que tange à aplicabilidade da reserva do possível, Daniel Sarmento (2010) lembra que essa teoria está sujeita à apreciação de dois fatores distintos, sendo um fático e outro jurídico.

O elemento fático refere-se à

> [...] efetiva disponibilização dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.[15] (SARMENTO, 2010, p. 569).

---

[14] Supressão nossa.
[15] Supressão nossa.

No tocante ao elemento jurídico, Duarte (2019, p.291) discorre:

> Noutra vertente, de acordo com a Constituição Federal de 1988 (CF, arts. 165, 166, 167, 168 e 169) o Congresso Nacional, em resposta aos projetos de iniciativa privativa do Presidente da República, deverá cuidar da matéria por meio do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei do orçamento anual, configurando o fato a nomeada reserva do possível jurídica, pela qual se condiciona a efetividade dos direitos sociais aos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, o Poder Judiciário não está autorizado constitucionalmente a participar do devido processo legislativo orçamentário.

Nas esferas de Eder Marques Azevedo, Gustavo Barçante de Almeida e Paola Alvarenga Portes (2013), reconhece-se, dessa forma, que é essencial a existência de orçamentos públicos disponíveis para o cumprimento de obrigações derivadas de diversas demandas sociais. É necessário cuidado ao invocar a reserva do possível, pois o Estado não pode afastar-se de sua obrigação quanto aos direitos fundamentais.

Se apresenta necessária, assim, uma gestão apta a possibilitar o acesso aos direitos prestacionais nos quais a saúde se insere, pois a ausência de recursos públicos disponíveis para tanto resultará, fatalmente, em sua falência (DUARTE, 2019).

Segundo Antônio Ítalo Ribeiro Oliveira (2016), é sabido que a dignidade da pessoa humana está estreitamente ligada a determinados direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Poder Público, sem os quais a dignidade restaria comprometida. A partir disso, desenvolveu-se o conceito de mínimo existencial, englobando direitos sociais básicos, primordiais e essenciais a uma vida digna, trazendo à tona uma forte dimensão obrigacional.

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p.179) articula:

> A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. Ora bem: esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de supressão pelo poder reformador.

Desse modo, segundo Cassiano Silva Araújo, Hebner Peres Soares e Tauã Lima Rangel (2017), há de se observar que o princípio da dignidade da pessoa humana assegura que o Estado forneça o “mínimo existencial” para sobrevivência da coletividade.

Segundo Sarlet (2001, p.100), o direito à saúde também pode apresentar uma dimensão negativa, sendo:

> Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico

> fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direitos negativos) no sentido de prejudicar a saúde.

Nesse sentido, os dizeres de Luis Roberto Barroso (2006) sobre o Princípio da Vedação do Retrocesso Social apontam dizer respeito, o mesmo, a um limite à liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente determinadas leis quando isso decorra da paralisação ou considerável esvaziamento da eficácia de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação.

Também conforme Luís Roberto Barroso (2006, p. 35), com isso:

> A vedação do retrocesso operaria em um segundo momento, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora, esta viesse a ser suprimida, devolvendo a ordem jurídica ao vazio anterior, contrário à Constituição.

No mesmo diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 322) se posiciona:

> A eficácia do direito à segurança jurídica na condição de direito à proteção contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, priorizando aquilo que a doutrina tem designado de princípio da vedação do retrocesso social, já que é na esfera dos direitos sociais (pela intensa e muitas vezes indispensável atuação do legislador infraconstitucional no que concerne à sua regulamentação e implementação) onde se concentra o maior número de problemas.

Nessa linha, Garcia (2014) fornece entendimento de que é clara a essencialidade de se proteger os direitos sociais já positivados constitucionalmente. E quando falamos do direito à saúde, há de se ressaltar sua importância a vida digna e sobrevivência, direito este que não era uma garantia fundamental expressa para todos e sim para uma minoria.

Ainda nesse liame, Sarlet (2012) ressalta, se verifica que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de todas as normas que cuidam de direitos fundamentais.

> Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer

> hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade. (SARLET, 2012, p. 457).

Logo, observa-se que o princípio supracitado se trata de um princípio de defesa implícito na Constituição, o qual deriva tanto do princípio do Estado de Direito quanto do princípio do Estado Social e da dignidade da pessoa humana. Inadmitir este reconhecimento acarretaria um grande prejuízo à efetividade constitucional, submetendo a sociedade a eventuais arbitrariedades legislativas (GARCIA, 2014).

Ocorre, porém, segundo lembra Ana Franco do Nascimento (2017), não há direito fundamental absoluto, havendo constante necessidade de uma análise de cada caso individualmente, devendo-se aplicar o limite da Reserva do Possível observando o que o particular exige não só do Estado, mas da coletividade.

Portanto, com Oliveira (2016), é nítido que há desequilíbrio na concretização de direitos em nosso Estado, não sendo justificável que ocorra a exigência de sacríficos que envolvam o Mínimo Existencial, desrespeitando-se, assim, a Dignidade da Pessoa Humana, quando se deve observar a economia do Estado e sua relação com o direito à saúde e, principalmente, o direito à vida. Diante desse desiquilíbrio, se faz necessário que haja uma reflexão sobre a ponderação nas decisões analisadas, lembrando da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2008) ressalta a importância da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em busca da correção e em nome do devido processo legal substantivo.

Segundo Didier Júnior (2008, p. 33-34):

> As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No mesmo ponto, dispõe Daniel Sarmento (2002, p.100):

> A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Seguindo esta perspectiva, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017) ressaltou que Dworkin se propôs a "ponderar sobre princípios" (e não "ponderar os princípios"). De seu prisma, conflitos envolvendo princípios seriam solucionados por meio de uma análise cuidadosa e pormenorizada da leitura que a sociedade (e não exclusivamente o intérprete) faz da sua história jurídica. Como exposto acima, diante de um

desequilíbrio ou ainda colisão de direitos, a ponderação se faz necessária, principalmente, quando se tratam de direitos fundamentais basilares à dignidade humana.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p.23), conceitua de forma singular, a proporcionalidade como

> uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.[16]

Dessa forma, olhando para o conceito referido, nota-se que o objetivo da proporcionalidade é essencial para que haja equilíbrio nas decisões que envolvem dispêndios de dinheiros públicos para atender aos direitos constitucionalmente garantidos, seja da coletividade ou individual.

No ordenamento jurídico brasileiro, Luís Roberto Barroso (2010, p. 255), acerca do princípio da proporcionalidade (ou princípio da razoabilidade), pontua que:

> O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Ainda seguindo as lições de Luís Roberto Barroso (2010), observa-se, esse que o princípio permite, ao Poder Judiciário, a contatação da invalidação de atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); e, por fim, não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Com isso, há de se observar que o princípio da proporcionalidade se encontra presente nas decisões atuais do Supremo Tribunal Federal, trazendo, por vezes, possibilidades mais positivas e práticas nos julgados que buscam efetivação de direitos fundamentais quando de aparente colisão entre princípios, pois dessa forma é possível garantir direitos sem se permitir excessos, bem como a ausência de efetivação de direitos, sejam eles em âmbito coletivo ou individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[16] Parênteses como nos originais.

É cediço que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição Federal, nos termos do *caput* de seu art. 102. Cabe ressaltar, de acordo com o inciso III do referido dispositivo constitucional, o órgão é legitimado para julgar recursos extraordinários, como é o caso da decisão objeto desse trabalho.

Em análise à decisão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 556.471 Rio Grande do Norte julgado pelo STF, observa-se que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento de alto custo não constante na lista do SUS, desde que não haja condições financeiras do enfermo. Logo, se comprovadas as condições de necessidade financeira, o Estado deverá custear o medicamento.

Com tal decisão, demonstram-se dois pontos. O primeiro, em proporcionar certa segurança ao enfermo no que tange a eficácia dos medicamentos de uso excepcional e que não constam na lista do SUS. O segundo, em pautar o uso de dinheiros públicos em políticas e ações que possam atender à coletividade, ao invés de atender somente a um caso individual e desnecessário.

Como vimos ao longo deste trabalho, a Constituição Federal de 1988, no quesito saúde, garante a universalidade a igualdade e atendimento integral no tocante aos serviços de saúde ofertados à população brasileira, portanto, logo que alguém necessitar de um serviço de saúde ou medicamento, poderá procurar o SUS para atender à sua necessidade.

Nesse sentido, voltando à decisão do Supremo Tribunal Federal, no momento em que o Estado deixa de custear o medicamento de alto custo e não constante na lista do SUS, nos deparamos com um conflito entre a realização de interesse relativo a um direito fundamental individual e o interesse coletivo, levando-se em consideração direitos coletivos, pois a efetivação de um poderá implicar na restrição de outros direitos fundamentais.

Em que pese estarmos em um Estado Democrático de Direito, é válido lembrar que a desigualdade social brasileira é imensa, e quando tocamos no assunto de um direito fundamental que sempre está em pauta nos tribunais por conta da ausência de sua efetivação, nos atentamos para um dos objetivos basilares da nossa Constituição Federal, mais especificamente àquele contido no art. 3º, III, a redução as desigualdades sociais e regionais, possibilitando, assim, a garantia dos direitos fundamentais em caráter isonômico.[17]

É sabido que não existe direito absoluto, e desse modo se faz necessário refletir acerca do princípio da proporcionalidade e observar a necessidade que se mostra e buscar adequar a aplicação da regra à situação em debate, para que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. Tal como exposto na decisão analisada, o direito ao medicamento não foi negado, mas ponderado, pois há de se demonstrar, em concreto, o preenchimento de certos requisitos para se encaixar na possibilidade de obter o medicamento de alto custo.

---

[17] Previsões normativas conforme: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Nesse sentido, reconhecemos a aplicação do princípio da proporcionalidade aplicado pelo STF de forma brilhante e dentro da legalidade constitucional. Ora, pelo exposto, propõe-se não se deixar de garantir o direito a saúde dos cidadãos e também há a busca de não se permitir que haja excessivos gastos de dinheiros públicos em casos individuais.

Por fim, vale salientar, por mais que haja princípios em conflito como visto, sendo eles, principalmente, o da reserva do possível *versus* o mínimo existencial, o que podemos extrair de todo o exposto é que o princípio da proporcionalidade se apresentou como importante ferramenta para se exercer o controle de constitucionalidade tendo-se como tema direitos fundamentais, os quais envolvem uma ação afirmativa pelo Estado, sendo este o garantidor de direitos coletivos e individuais constitucionalmente contemplados, exigindo que o orçamento destinado seja capaz de abranger os interesses dos administrandos sem nenhum tipo de lesão, o que ocorrerá caso haja excesso em atender alguém de forma desproporcional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cassiano Silva. SOARES Hebner Peres. RANGEL, Tauã Lima Verdan. Teoria da reserva do possível versus direito à saúde: uma reflexão à luz do paradigma da dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**, **4862, Teresina, ano XX, n.164**, 01 set. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/teoria-da-reserva-do-possivel-versus-direito-a-saude-uma-reflexao-a-luz-do-paradigma-da-dignidade-da-pessoa-humana/. Acesso em: 02 abr. 2021.

AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola Alvarenga. O mito da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.33-59, jul./dez. 2013. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf acesso em: 02 abr. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, São Paulo: Editora Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.** Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 4. ed. Janeiro/Fevereiro, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 10, p. 25-66, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 556.471 Rio Grande do Norte. Em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). (...) o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arts. 1.649 a 1.710 do Código Civil (CC) e assegurado o direito de regresso. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Carmelita anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão em: 1 de setembro de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região.** Ação Cível (AC) nº 200951010296774. ADMINISTRATIVO- CONSTITUCIONAL- MENOR QUE SE ENCONTRA EM TRATAMENTO HOSPITALAR, REQUER O TRATAMENTO DOMICILIAR. ART. 196, CF- IMPOSSIBILIDADE DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS. VIOLAÇÃO AO DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. -Cuida-se de ação de rito comum ordinário, ajuizada em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, na qual objetivam que os réus propiciem condições necessárias para transferência da primeira autora, para regime de cuidados domiciliares, fornecendo, para uso contínuo, todos medicamentos, insumos e aparelhos necessários ao seu tratamento, nos termos dos laudos -A pretensão autoral foi inacolhida (fls.1218/1224), sob a fundamentação de que a imposição, pelo Poder Judiciário da prestação de assistência domiciliar por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio limitador do direito individual à saúde -A questão de fundo envolve o tema das políticas públicas, no plano de sua formulação, execução, e implantação, que estão regradas, passe-se o truísmo, pelas balizas constitucionais, apoiadas nas cláusulas da legalidade, e da reserva do possível, bem como do altruísmo, sob pena, de nesta última vertente, propiciar-se tratamento anti-isonômico, de cunho privilegiado, a par de se inviabilizar o atendimento da Sociedade como um todo, pelo que corretas as ponderações do juízo de piso, alegando, finalmente : •...E por todos os motivos expostos, não havendo qualquer dúvida que partir do Poder Judiciário ordem que imponha à UF, ao ERJ e ao MRJ a prestação de assistência domiciliar (*home care*), na forma como requer a autora na inicial, por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio constitucional limitador do

direito individual à saúde, pois outros indivíduos, acometidos pelos mesmos problemas de saúde da autora, não recebem do Poder Público semelhante assistência domiciliar (*home care*), impondo-se, portanto, o indeferimento do pedido formulado na inicial.– -Em realidade, conforme anotado nas contrarrazões da União, o tema vertido se imbrica com as opções legislativas, que não devem ser subtraídas do seu foro adequado, o que conduziria maltrato, ao fim, e ao cabo do artigo 2º da Constituição Federal. -Há que se reconhecer que, no caso concreto, de acordo com o próprio texto constitucional (art. 196), a saúde é um direito •garantido mediante políticas sociais e econômicas–. Assim, sob pena de se inviabilizar todos o sistema público de saúde, deve-se evitar decisões que impliquem em destinação de recursos ao atendimento de situações individuais, desconsiderando-se inclusive a disciplina legal estabelecida. -Certamente, sob a perspectiva dos pais da autora, embora possam visitá-la diariamente, havendo estrutura para ficarem ao seu lado da autora o tempo que quiserem, inclusive para pernoitar, conforme registrado no depoimento do chefe do CTI Infantil do HCE, colhido em audiência, conforme fls. 1202/1203, ter sua filha em casa, no seu quarto, junto a seus irmãos, traria inegável conforto aos pais seja sob o ponto de vista prático, como sob o ponto de vista emocional. -Ocorre que a assistência domiciliar em domicílio (*home care*) a ser arcada pelo FUSEX exigiria a contribuição do percentual de 20% sobre o valor da despesa pelo pai da autora (ofício de fl. 1.211), o que, aliás, já foi registrado nesta sentença quando da apreciação da preliminar de ausência de interesse de agir, e, por esse motivo, vem ao Judiciário requerer que UF, ERJ e MRJ arquem com esta despesa indefinidamente, já que a autora é portadora de doença crônica, sem perspectiva de melhora, tudo conforme os laudos médicos acostados aos autos. Recurso desprovido. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23481620/ac-apelacao-civel-ac-200951010296774-trf2/inteiro-teor-111717074. Acesso em: Acesso em: 3 ab. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

DUARTE, Hugo Garcez. Prolegômenos Sobre a Judicialização da Saúde no Brasil Contemporâneo. In: **Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019** - Volume 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiaí: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasílica, 2020. Disponível em: https://1d377ddc-c8c5-41f0-a5fd-b32d17ff3e72.filesusr.com/ugd/8f3de9_f2d755d1e7a24ef7a95c12da55f86b4a.pdf?fbclid=IwAR1W-cZwnuK9u-LR3KZdUGiKYsJXmLVY34AbhgRcshdETV3UEfyDLXkuGGk. Acesso em: 02 mar. 2021.

DUARTE, Hugo Garcez. A felicidade no Estado Democrático de Direito. In: **Revista Âmbito Jurídico nº 159**, ano XX, abril/2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-felicidade-no-estado-democratico-de-direito/. Acesso em: 20 set. 2020.

FERNANDES, Laísa Domingues. PEREIRA, Luana Rochel. O Direito a saúde no Brasil sob a perspectiva da Teoria da Reserva do Possível e o ativismo judicial. In: **Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019** - Volume 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiaí: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora

Brasílica, 2020. Disponível em: https://1d377ddc-c8c5-41f0-a5fd-b32d17ff3e72.filesusr.com/ugd/8f3de9_f2d755d1e7a24ef7a95c12da55f86b4a.pdf?fbclid=IwAR1W-cZwnuK9u-LR3KZdUGiKYsJXmLVY34AbhgRcshdETV3UEfyDLXkuGGk. Acesso em: 02 mar. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.249-250.

GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. Princípio da vedação do retrocesso: "efeito *cliquet*". 2014. **Jurídico certo.** Disponível em: https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436. Acesso em 01 abr. 2021.

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**, p. 169, jul./set. 2007.

MIRANDA, Lauryneyse Roberta Rodrigues; DUARTE, Hugo Garcez. A democracia no Estado Democrático de Direito. In: **III Semana da Iniciação Científica do Programa de Iniciação Científica da FADILESTE**, 2018, Reduto. A efetivação dos direitos no contexto da crise da razão, 2018. p. 9.

MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18**, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25309. Acesso em: 3 abr. 2021.

NASCIMENTO, Ana Franco do. Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de fevereiro de 2017, 10h44. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel. Acesso em: 02 abr. 2021.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/50902. Acesso em: 02 abr. 2021

ROCHA, Eduardo Braga. A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 98, 01 março. 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-implementacao-de-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario/ Acesso em:28 mar. 2021.

SANTOS, Lenir. **SUS e a Lei Complementar 141 comentada,** Campinas: Editora Saberes, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde:** algumas aproximações. Revista de Processo, ano 34, v. 175, set. 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de direito constitucional. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais 798**, 2002, p.23. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf. Acesso em:15 mai. 2021.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível:** Origem, conceito e ordens. JUSBRASIL, 12 de junho de 2015. Disponível em: https: https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens. Acesso em: 01 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.