

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM ÉPOCAS DE CRISE ECONÔMICA E FISCAL NO BRASIL

Danilo Gaiotto¹

Resumo: A crescente judicialização do direito à saúde nos tribunais brasileiros expressa a permanente controvérsia entre a premência da necessidade de proteção do mínimo existencial referente à saúde dos pacientes e a possibilidade material de atendimento por parte da Administração Pública. O presente artigo pretende abordar, de maneira crítica, a influência que o grave quadro de crise financeira e econômica que atinge o Brasil nos últimos anos exerce sobre a ponderação entre os princípios do mínimo existencial e o da reserva do possível.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Mínimo existencial; Reserva do possível.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O incremento nos gastos públicos decorrente da judicialização do direito à saúde e o impacto da crise econômica no orçamento público; 3 – A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto da crise financeira e econômica; 4 – Conclusão; 5 – Referências bibliográficas.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Itu. Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. Introdução

O permanente conflito entre o mínimo existencial alegado pelos pacientes e a reserva do possível defendida pela Administração Pública representa elemento central da controvérsia que permeia a judicialização do direito à saúde no Brasil.

Historicamente, a ponderação judicial de tais institutos tem se revelado expressivamente favorável à proteção do mínimo existencial em detrimento do argumento da capacidade material para atendimento das diversas demandas judiciais em andamento no País.

O presente artigo pretende demonstrar de que modo essa relação de ponderação, inserida no contexto do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde, é afetada por um componente atual e de extrema relevância: a grave crise econômica e fiscal por que passa o Brasil.

Se de um lado o aumento do desemprego e a precarização das relações de trabalho induz à ideia de uma maior demanda pelos serviços públicos de saúde, tanto pela via administrativa quanto pela judicial, por outro, a queda na arrecadação de tributos e o incremento das limitações orçamentárias, especialmente em razão da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016, tornam ainda mais complexas as já difíceis escolhas dos administradores do Sistema Único de Saúde (SUS).

A questão ganha ainda mais relevo ao se notar que as despesas públicas decorrentes do cumprimento de decisões judiciais têm crescido vertiginosamente nos últimos anos, justamente no período em que as receitas públicas decaíram de forma sensível em razão da crise.

O estudo abordará dados estatísticos referentes ao tema da judicialização da saúde, aspectos orçamentários e a evolução da doutrina na apreciação do tema.

2. O incremento nos gastos públicos decorrente da judicialização do direito à saúde e o impacto da crise econômica no orçamento público

Para que melhor se possa compreender o quadro que se pretende delimitar no presente estudo, imprescindível o cotejo analítico das informações que serão abaixo apresentadas.

Dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo revelam que a procura de medicamentos gratuitos na rede pública municipal de saúde cresceu em 30% nos oito primeiros meses de 2016, apresentando como um dos fatores preponderantes para tal incremento a migração de pacientes da rede privada para a rede pública em razão da crise econômica.²

De acordo com estatísticas divulgadas à imprensa pelo Ministério da Saúde, o crescimento no gasto público do Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento de demandas judiciais entre 2012 e 2015 foi de 176%, partindo de R\$ 367 milhões em 2012 para R\$ 1,013 bilhão em 2015 (sendo que, neste último, 95% dos recursos foram destinados à compra de apenas 22 medicamentos), com um acumulado de R\$ 2,776 bilhões, em todo o período. Apenas nos cinco primeiros meses de 2016, o dispêndio foi de R\$ 666,3 milhões, montante equivalente a 66% de todo o ano anterior.³

Oportuno frisar que, somente em 2015, o Estado de São Paulo foi compelido a cumprir cerca de 18 mil novas decisões judiciais que, incluídas às anteriormente proferidas, representam atendimento individual e fora do sistema administrativo de gerenciamento da saúde a 79.500 pessoas. O custo representa cerca de R\$ 1,2 bilhão por ano, valor que seria suficiente para custear mais um Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, onde são atendidas 35 mil pessoas por dia.⁴

Há, ainda, informações oficiais dando conta de que 90% do valor no custeio da judicialização no Estado de São Paulo atende a apenas 4% do total de medicamentos requeridos na via judicial. O que equivaleria a afirmar que cerca de R\$ 900 milhões são gastos para atendimento de uma camada ínfima da população, ao passo que todos os demais

2 O ESTADO DE SÃO PAULO. *Procura de remédio na rede pública cresce 30% em São Paulo*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,procura-de-remedio-na-rede-publica-cresce-30,10000072549>>. Acesso em: 30 set. 2017.

3 O GLOBO. *Ações judiciais contra o SUS elevam em 176% gastos com compra de remédios*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/acoes-judiciais-contra-sus-elevam-em-176-gastos-com-compra-de-remedios-19584023>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

4 UIP, David; SANTOS, Renata. WhatsApp, Justiça e saúde. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

programas de assistência farmacêutica gratuita do Estado consomem R\$ 600 milhões de reais para o atendimento de 700.000 pacientes⁵

Esse incremento nos gastos públicos com saúde em consequência do cumprimento de decisões judiciais, todavia, não encontra a necessária correspondência no crescimento nas receitas orçamentárias e, por isso, a importância de se realizar o cotejo analítico antes mencionado.

A título de exemplo, a arrecadação de tributos no Estado de São Paulo, que atingiu o montante de cerca de R\$ 174 bilhões em 2013, teve expressiva queda para cerca de R\$ 149 bilhões em 2016 (ambos os valores atualizados para dezembro de 2016).⁶

No âmbito federal, os números não são diferentes: a arrecadação decaiu de aproximados R\$ 1 trilhão e 460 bilhões em 2013 para R\$ 1 trilhão e 315 bilhões em 2016 (também em valores atualizados para dezembro de 2016).⁷

Nota-se, portanto, que há um flagrante descompasso entre o crescimento dos gastos decorrentes do cumprimento de ordens judiciais proferidas em demandas relacionadas ao direito à saúde e a disponibilidade orçamentária para atender a tais comandos.

3. A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto da crise financeira e econômica

A discussão em torno da necessidade de equilíbrio entre as demandas de saúde e a capacidade material de atendimento do Estado não é nova, porém os dados acima permitem inferir que o expressivo decréscimo do nível

5 SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. *SP cria ofensiva para combater 'judicialização' da Saúde*. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2016/abril/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializac-ao-da-saude>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

6 SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Fazenda. *Relatórios da Receita Tributária do Estado de São Paulo*: janeiro de 2017. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/Relatorios-da-Receita-Tributaria/2017/janeiro/Relat%C3%B3rio%20da%20Receita%20tribut%C3%A1ria%20-%20INTERNET_janeiro17.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

7 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Análise da arrecadação das receitas federais*: dezembro de 2016, p. 43. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

de receitas nos entes públicos em razão da crise representa uma variável que deve ser objeto de maior análise, posto que ostenta potencial de interferir diretamente no resultado da ponderação que tem sido feita até os dias atuais.

Em termos sintetizados, o entendimento que prevalece nas instâncias ordinárias do Judiciário brasileiro é o de que as previsões constitucionais de “acesso universal” e “atendimento integral” à saúde, consagradas no artigo 196 e 198, inciso II, da Carta Magna, representam direito público subjetivo a toda e qualquer prestação de serviços de saúde. Sua fruição, portanto, seria autônoma e imediata, não dependendo de contingências políticas, administrativas ou orçamentárias.⁸

A prática forense em feitos judiciais relacionados ao direito à saúde evidencia que a quase totalidade das pretensões dos pacientes é deferida, independentemente dos bens ou serviços constarem de programas abrangidos em políticas públicas e sem se perquirir acerca dos reais impactos financeiros para o cumprimento das decisões.

A reforçar essa percepção, registra-se recente estudo divulgado pela Unicamp referente às ações da área da saúde na comarca de Campinas/SP, indicando que 89,5% das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em grau de recurso foram totalmente favoráveis aos autores, 7% parcialmente favoráveis e apenas 1% desfavoráveis, apontando-se, inclusive, a padronização das decisões proferidas pela Corte.⁹

O fundamento fulcral a justificar esse entendimento dominante é a evocação do princípio do mínimo existencial dentro da interpretação do direito à saúde como direito fundamental às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade, admitindo-se a fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira.¹⁰

8 ROSA, Lucas Costa da. *A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p.116.

9 GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias. *Jornal da UNICAMP*, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <http://www.unicamp.br/un_unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>. Acesso em: 21 dez. 2016.

10 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.º 24, jul. 2008, p. 6. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61269/reserva_posseivel_minimo_existencial.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

Ao que se nota, há uma interpretação jurisprudencial cada vez mais expansiva acerca do conceito de mínimo existencial a justificar a concessão das mais variadas prestações relacionadas à saúde pública, independentemente de considerações efetivas sobre a capacidade financeira do orçamento público.

Em importante precedente do Supremo Tribunal Federal, contudo, ponderou o Ministro Gilmar Mendes que, apesar de o direito à saúde se tratar, de fato, de direito público subjetivo, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento de saúde de forma dissociada de uma política pública preexistente.¹¹

E tal ressalva ecoa de modo mais intenso na doutrina, defluindo produtivo debate sobre a necessária distinção entre o exercício do controle jurisdicional mediante a mera coerção ao cumprimento de políticas públicas já editadas (e não cumpridas) ou mediante a determinação de cumprimento de decisões individuais que impõem o fornecimento de tratamentos de forma apartada de política pública prévia, o que notáveis estudiosos classificam de “ativismo judicial despreparado”¹² ou de “voluntarismo irracional”¹³.

Assim, entre a proteção ao direito do paciente com base na evocação do princípio do mínimo existencial e a efetiva possibilidade material de atendimento pelo sistema público, subjaz a discussão travada entre os defensores do direito à saúde como direito a prestações estatais que gozam de plena e ilimitada possibilidade de proteção jurisdicional (como vem sendo o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. DJe n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010.

12 SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

13 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142, apud SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

no Brasil¹⁴) e aqueles que advogam a tese da estrita tipicidade¹⁵ de tais direitos em relação a políticas públicas preexistentes.

Nesse contexto, muito embora sejam as decisões judiciais amplamente favoráveis aos demandantes, salienta considerável parcela da doutrina a relevância de se observar que as prestações positivas referentes aos direitos sociais, ainda que por via jurisdicional, exigem para sua concretização a existência material de recursos financeiros para que não se configurem em verdadeiras “promessas piedosas”¹⁶.

É dentro desse cenário que se cogita do debate acerca da ponderação entre o mínimo existencial (a proteger a fundamentalidade do direito à saúde) e a reserva do possível (a amparar a necessidade de se enquadrar as demandas por direitos sociais dentro das possibilidades materiais da Administração Pública).

Apesar de renomada vertente doutrinária defender que não há que se falar em relativização na aplicação de direitos fundamentais em razão de ausência de recursos financeiros¹⁷, há crescente discussão acerca da necessidade de compatibilização entre os anseios judiciais dos titulares do direito à saúde e a efetiva capacidade material de atendimento do poder público, especialmente em épocas de crise.

Nesse sentido, haveria a necessidade de se encarar os direitos sociais como direitos a prestações estatais de forma relacionada a sua dimensão economicamente relevante, posto que vinculados à destinação, distribuição e criação de bens materiais.¹⁸

14 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 566.

15 RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 30 set. 2017.

16 NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 01 out 2017.

17 KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 45 e ss., apud MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

18 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *op. cit.*, p. 15 e ss.

Não parece razoável, pois, conceber-se o crescente impacto financeiro das decisões judiciais em matéria de saúde de modo dissociado da queda do orçamento disponível para atender tais demandas.

No ponto, destaca Inocêncio Mártires Coelho, em análise crítica, que doutrinadores como Sérgio Pinto Martins e José Afonso da Silva não fazem qualquer referência à reserva do financeiramente possível no tocante ao direito público subjetivo à saúde calcado no artigo 196 da Constituição Federal, *mesmo sabendo que ela representa incontornável condição de viabilidade dessa e de tantas outras promessas constitucionais de igual natureza*¹⁹.

No âmbito jurisprudencial, menciona-se outro relevante julgado do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 45, da relatoria do Ministro Celso de Mello, apontando-se que, embora a cláusula da reserva do possível não possa ser alegada de forma genérica pelo Estado em juízo com vistas a exonerar-se da obrigação constitucional referente a direitos fundamentais, há que se observar que, comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não seria razoável se exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.²⁰

É de se trazer a lume, ainda, a expressa previsão contida na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), internalizada por meio do Decreto Federal nº 678/1992, que prevê que a concretização dos direitos sociais se dará de forma progressiva de acordo com recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Não por outro motivo, a doutrina brasileira especializada pondera acerca da *dimensão tríplice* da cláusula da reserva do possível, a qual abrangeria: a efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras); e, sob a ótica do

19 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.421.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 04 mai. 2004.

titular do direito a prestações sociais, a questão da proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade.²¹

É também nesse contexto que se veicula o debate acerca da teoria dos custos dos direitos²² e suas implicações na efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, especialmente os relacionados ao direito à saúde, sendo relevante mencionar, também, a discussão acerca do chamado “efeito Buchanan”²³ na judicialização da saúde no país.²⁴

Exsurge, pois, da análise que, antes mesmo da grave crise econômica que abateu o Brasil nos últimos anos, já se denotava fértil e candente debate doutrinário acerca da necessidade ou não de serem considerados os óbices materiais para a efetiva concretização das políticas públicas relativas a direitos sociais.

Na seara jurisprudencial, ainda que de forma minoritária, verifica-se o gradual surgimento de decisões em tribunais de justiça estaduais já sopesando os efeitos da atual crise sobre a sindicabilidade das políticas públicas de saúde.²⁵

21 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 17.

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

23 Referência à contradição entre o comportamento de excesso de demanda por parte do cidadão e sua relutância em aceitar as implicações fiscais desse comportamento, conforme BOGOSSIAN, André. *Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas*. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 06 out. 2017.

24 No mesmo sentido, confira-se, entre outros: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

25 Nesse sentido, recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revendo as decisões de primeira instância que haviam concedido a antecipação de tutela para o fornecimento de *home care* pelo Estado: “Cediço que o Brasil enfrenta a maior crise política e econômica de sua história, crise refletida nos estados e nos seus respectivos municípios. Desse modo, se os entes municipais forem obrigados a prestar *home care*, os outros serviços de saúde deixarão de ser prestados.” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0054890-25.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudia Pires dos Santos Ferreira, j. 26.04.2017). E ainda, após mencionar o quadro de “penúria” financeira do Estado: “(...) diante da conjuntura política, social e econômica do Estado do Rio de Janeiro, é óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, não devendo o Poder Judiciário se imiscuir e afirmar que o Estado deve prestar toda e qualquer atividade, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e da reserva do possível.” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0058051-43.2016.8.19.0000, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, j. 13.09.2017).

Há de se perquirir, portanto, de que maneira a tradicional ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível passa a ser afetada por essa variável da crise econômica e fiscal, posto que, *em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais*²⁶ e que *a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar*²⁷.

Assim, conquanto admitida a fundamentalidade do direito à saúde dentro do sistema constitucional brasileiro, não se pode desconsiderar a efetiva influência da reserva do possível como condicionante para o atendimento à crescente demanda decorrente do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde.

Ainda, evidencia-se a necessidade de se inserir a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto dos demais princípios constitucionais, notadamente os da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia.

Nesse panorama, salienta-se que a universalidade do direito à saúde não deve acarretar necessariamente a gratuidade das prestações materiais a toda e qualquer pessoa e que a integralidade não pode significar que toda pessoa deva ser atendida em seus anseios em termos maximizados, especialmente num país com graves desigualdades sociais.²⁸

Vale dizer: a compatibilização do direito ao mínimo existencial com a cláusula da reserva do possível deve ser feita de forma condizente com a realidade econômica e fiscal do país e não a partir de modelos teóricos ideais em que todas as prestações de saúde são consideradas devidas a todos os cidadãos em níveis de excelência e de máxima inovação tecnológica.

Isso porque a garantia ilimitada de bens e serviços relacionados à saúde para aqueles que ingressam em juízo em detrimento dos que se sujeitam às dificuldades inerentes ao atendimento administrativo acaba por acarretar ofensa a outro princípio constitucional: o da isonomia.

26 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 596.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 04 mai. 2004.

28 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *op. cit.*, p. 30.

Por essa razão, ressalta Luís Roberto Barroso que, a pretexto de promover os direitos fundamentais de determinados cidadãos, não pode o Poder Judiciário causar lesão a direitos de mesma natureza de outros tantos.²⁹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresentou nítida evolução no sentido acima exposto, ao estabelecer nos autos do Tema 106 de Repercussão Geral (Recurso Especial de nº 1.657.156) quatro requisitos essenciais para o fornecimento de medicamentos não-padronizados pelo Poder Público, entre eles a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS, bem como a prova da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito.

Ou seja, através do julgado com força de repercussão geral, houve evolução jurisprudencial no sentido de limitar o entendimento verificado em diversos tribunais estaduais de garantia irrestrita a toda e qualquer prestação relacionada ao fornecimento de medicamentos, exigindo-se, inclusive, prova da hipossuficiência econômica do paciente demandante.

Impende registrar o avanço dos julgamentos dos Recursos Extraordinários de nº 566.471³⁰ e nº 657.718³¹ pelo Supremo Tribunal Federal, os quais ostentam potencial de consolidar de maneira perene o entendimento jurisprudencial acerca da judicialização da saúde, em especial no tocante ao fornecimento de medicamentos não incluídos em listas de dispensação.

A questão ganha matiz diferenciado considerando-se as consequências da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016 sobre o financiamento das ações e serviços públicos de saúde nos próximos anos.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

30 Tema 6 de Repercussão Geral, no qual se decidirá acerca do dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

31 Tema 500 de Repercussão Geral, no qual se decidirá acerca do dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Referida emenda dispõe sobre o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com previsão de vigência por vinte exercícios financeiros e regras que estabelecem sensíveis restrições aos gastos públicos.

Pesquisas recentes preveem a queda média nos recursos para financiamento da saúde após a alteração constitucional em R\$ 415 bilhões em 20 anos, em comparação com a alocação de recursos prevista na vigência da Emenda Constitucional nº 86/2015, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros dez anos e R\$ 347 bilhões no decênio seguinte.³²

Verifica-se, dessa forma, que há imperiosa necessidade de se readequar a tradicional ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, visto que o decréscimo dos recursos materiais para a garantia do cumprimento das milhares de decisões judiciais é real e incompatível com o vertiginoso aumento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde.

4. Conclusão

O estudo exposto permite notar que o sedimentado entendimento jurisprudencial, especialmente em cortes estaduais, acerca da garantia judicial ilimitada às prestações relacionadas ao direito à saúde precisa ser redimensionado.

Não se trata mais de sustentar a mera alegação genérica de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal como obstáculo ao atendimento das demandas sanitárias.

O contingenciamento dos recursos públicos decorrente da crise econômica é efetivo e comprometerá os orçamentos públicos ainda por diversos anos ou décadas, exigindo que seja repensada a tradicional visão do Estado como garantidor universal e sem qualquer limitação das obrigações relacionadas ao cumprimento do comando insculpido no artigo 196 da Constituição Federal.

32 VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860>>. Acesso em: 03 out. 2017.

A garantia constitucional não pode ser interpretada de forma dissociada das cláusulas que prescrevem a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência na prestação do serviço público essencial.

O estabelecimento de filtros relacionados à capacidade financeira do paciente, à existência de listas públicas de dispensação, aos critérios técnicos utilizados pelo Poder Público para o atendimento administrativo das demandas e ao custo total do fármaco ou serviço pretendido revelam-se necessários e condizentes com as notórias limitações materiais do orçamento público.

A tradicional visão de que o orçamento público tudo suporta no tocante ao tema do direito à saúde se revela dissociada da efetiva possibilidade de atendimento por parte do Poder Público, cujos crescentes gastos nas mais diversas áreas não encontram o equivalente incremento proporcional na disponibilidade financeira.

Não se busca negar a garantia ao direito à saúde e sim adequar a dimensão das pretensões dos cidadãos de forma a permitir a maximização do atendimento ao maior número possível de pacientes com o menor custo possível para o erário, ainda mais em épocas de severa crise fiscal e econômica.

5. Referências bibliográficas

ALVES, Cândice Lisbôa; Assis, Christiane Costa. Direitos fundamentais e mínimo existencial: uma crítica à vinculação econômica do direito, *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 7 jun. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1161>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. *Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1 - n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BOGOSSIAN, André. *Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas*. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 06 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, I/II: 259 – 294, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Análise da arrecadação das receitas federais: dezembro de 2016*. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadada/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 4 de mai. de 2004.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. DJe n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional, *Revista da PGRS*, Porto Alegre, v.30 n.63, janeiro/junho, 2006.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação*. 2011. 15 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 out. 2017.

FERREIRA, Patricia Alves. *Direito fundamental à saúde: a questão de sua exigibilidade*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

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

GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias, *Jornal da Unicamp*, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

GOLDBERG, Daniel K. *Controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. In: SALGADO, Lucia Helena; DA MOTTA, Ronaldo Seroa. *Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 2009. 13 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

LEAL, Rogerio Cesta. Trindade, Antonio Cesar. *As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais*

sociais. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4033>>. Acesso em: 04 out 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 113-143, 1994.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil, *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, ago. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; Souza, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite a aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais, *Revista Virtual da AGU*, Brasília, a. 16, n. 116, set. 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 06 jul. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Jota, 27 de set. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito humanos fundamentais: teoria geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 01 out 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Procura de remédio na rede pública cresce 30% em São Paulo*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,procura-de-remedio-na-rede-publica-cresce-30,10000072549>>. Acesso em: 30 set. 2017.

O GLOBO. *Ações judiciais contra o SUS elevam em 176% gastos com compra de remédios*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/acoes-judiciais-contra-sus-elevam-em-176-gastos-com-compra-de-remedios-19584023>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI, *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015, p. 216-237. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direito-edesenvolvimento/article/download/296/278/>>. Acesso em: 04 out. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan., 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758>>. Acesso em: 04 out. 2017.

ROSA, Lucas Costa da. *A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Fazenda. *Relatórios da Receita Tributária do Estado de São Paulo: janeiro de 2017*. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/Relatorios-da-Receita-Tributaria/2017/janeiro/Relat%C3%B3rio%20da%20Receita%20tribut%C3%A1ria%20-%20INTERNET_janeiro17.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. *SP cria ofensiva para combater ‘judicialização’ da Saúde*. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2016/abril/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61269/reserva_possivel_minimo_existencial.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 32, n. 7, jun. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 02 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599, 2008.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, a. 27, n. 3, v. 76, jul.-set., p. 45-56, 2010. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/10_17.pdf> Acesso em: 06 jul. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set., p. 29-49, 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

UIP, David; SANTOS, Renata. *WhatsApp, Justiça e saúde*. Folha de São Paulo, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

VIEIRA, Fabíola S.; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado, *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860>>. Acesso em: 03 out. 2017.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Nota Técnica nº 28. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, *Rev. Adm. Pública* [online]. 2014, vol.48, nº 5, pp.1191-1206. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000500006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2017.

WANG, Daniel Wei L. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses, *Direito GV Research Paper Series*, n. 75, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11198>>. Acesso em: 04 out. 2017.

