



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

ÉRICA MENEZES VAZ

**A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE À
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: UMA
ANÁLISE DO PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA**

Salvador

2017

ÉRICA MENEZES VAZ

**A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE À
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: UMA
ANÁLISE DO PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para
obtenção de grau de Especialista em Direito
Público.

Salvador

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ÉRICA MENEZES VAZ

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DO PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito
Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Aos meus pais, a verdadeira razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo a Deus pela oportunidade, força e coragem para enfrentar mais esse desafio. Aos meus pais, irmãos e toda minha família que sempre estiveram ao meu lado, me encorajando e dando todo o amor incondicional necessário para fazer dessa uma caminhada mais leve. Aos meus colegas da faculdade por, juntos, trilharmos mais essa jornada e na certeza de que estaremos unidos em muitas outras.

Enfim, agradeço a todos que, de maneira direta e indireta, contribuíram para a conclusão de mais essa etapa.

“A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito. ”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a analisar o plantão médico judicial do estado da Bahia sob o prisma do direito constitucional à saúde. Desse modo, faz-se relevante destacar de que forma a previsão da Constituição Federal abarca o direito fundamental à saúde, a maneira com que é efetivada e os princípios que são aplicados nesta seara, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e o da proporcionalidade. Superada essa fase, passou-se ao entendimento da cláusula da reserva do possível, o seu contexto histórico, conceituação, aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma abordagem também de como, diante de toda realidade de judicialização à saúde, é realizada a intervenção do Poder Judiciário. Ademais, há uma análise do plantão médico judicial da Bahia, destacando os pontos mais importantes do seu surgimento, estrutura e funcionamento para assim entender quais são os mecanismos utilizados para dar embasamento aos pareceres médicos, como é o tema da economia da saúde, os regramentos e normas da Agência Nacional da Saúde e a Lei nº 9.656/98 e, por fim, visualizar o plantão médico judicial da Bahia como uma experiência positiva dentro do cenário do Judiciário, servindo como referência para os tribunais de todo o país.

Palavras-chave: Saúde; Concretização; Reserva do Possível; Plantão médico; Referência.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANS – Agência Nacional de Saúde

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. - Artigo

CF/88 - Constituição Federal da República de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CREMEB – Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

LDA – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

NAT – Núcleo de Assistência Técnica

OMS – Organização Mundial da Saúde

PPA – Plano Plurianual

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO DIREITO À SAÚDE	11
2.1 CONCEITO DE SAÚDE	12
2.2 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	14
2.3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	19
2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	21
2.3.2 Princípio da Igualdade	24
2.3.3 Princípio da Proporcionalidade	27
3 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL	30
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO	31
3.2 CONCEITO	33
3.3 APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	35
3.4 CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE PELO ESTADO E A ESCASSEZ DOS RECURSOS PÚBLICOS	40
3.5 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	45
4 O PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA	51
4.1 SURGIMENTO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO	52
4.2 MECANISMOS DE AUXÍLIO PARA O PLANTÃO	56
4.2.1 A economia da saúde	57
4.2.2 Agência Nacional de Saúde e a Lei nº 9.656/98	59
4.2 O PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL NA BAHIA COMO REFERÊNCIA	63
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz a previsão do direito à saúde como um direito fundamental social inerente a toda e qualquer pessoa e que deve ser protegido em todos os seus âmbitos, sobretudo para dar uma existência digna ao indivíduo.

É nesse contexto que a saúde é considerada em seu aspecto não somente físico, mas com todos os elementos inerentes ao equilíbrio, harmonia e o bem-estar do sujeito. Por essa razão é que no primeiro capítulo será abordado o direito à saúde, pois faz-se imprescindível conhecer o que é de fato o direito à saúde e a sua previsão e princípios que podem ser aplicados nesse sentido, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana que vai dar embasamento teórico e jurídico para a concretização do direito à saúde.

Apesar de toda previsão constitucional acerca do direito à saúde, muito se fala na reserva do possível como uma maneira do Estado se abster de concretizar o direito à saúde e de promover políticas públicas que garantam com efetividade a saúde da população.

Sendo assim, a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para que se deixe de garantir um bem essencial à vida, não podendo, desse modo, ser suscitada em qualquer circunstância, haja vista a necessidade de que o Estado demonstre a escassez de recursos que o impossibilita de praticar atos necessários à eficácia de uma saúde digna.

Nesse cenário de escassez de recursos e ausência de políticas públicas aptas a suprir a necessidade do país, a judicialização dos temas relacionados à saúde tem sido cada vez mais constante, asoberbando o Judiciário com pedidos de tratamentos médicos, fornecimento de medicamentos e internações, seja para os planos de saúde que negaram ou não oferecem cobertura, seja para o próprio poder público através do Sistema Único de Saúde (SUS).

O plantão médico judicial, portanto, vem como uma alternativa de tornar o Judiciário da Bahia mais célere nas questões de saúde, oferecendo assessoria médica técnica necessária para que o magistrado possa dirimir suas dúvidas, ter conhecimento do que ocorre na demanda analisada e assim tomar a decisão que se espera de

maneira justa e o mais urgente possível, pois a celeridade nesse caso pode salvar vidas.

Por fim, destacam-se os elementos utilizados no plantão médico que servirão como embasamento para os pareceres e que funcionam estabelecendo os padrões médicos que devem ser seguidos, a exemplo da temática da economia da saúde, auxiliando no entendimento econômico da demanda; as normas e diretrizes reguladas pela Agência Nacional da Saúde e a Lei nº 9.656/98 trazendo previsão dos planos de saúde privados; e ainda uma análise de como o plantão médico judicial da Bahia serve como referência para os outros estados que tem a mesma realidade baiana: um Judiciário lotado de judicialização da saúde.

2 DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente a previsão dos direitos sociais aos cidadãos, foi promulgada como norma jurídica fundamental, de sorte a garantir direitos básicos como a saúde, segurança e educação, considerando-os como exemplos do mínimo existencial e necessários à sobrevivência digna.

Nesse sentido é que Manoel Jorge e Silva Neto conceitua os direitos sociais como sendo direitos fundamentais. Vejamos:

São direitos fundamentais dirigidos contra o Estado a determinar a exigibilidade de prestações no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social. Diferem, portanto, dos direitos e garantias individuais na medida em que impõem obrigação comissiva ao Estado, comando positivo representado por um mínimo em termos de realização do projeto social. Os direitos e garantias individuais impõem ao Estado um não fazer, uma postura deliberadamente omissiva, de sorte a resguardar a esfera da liberdade individual.¹

Vislumbra-se, portanto, que aqueles considerados como direitos sociais e previstos constitucionalmente devem ser objeto da prestação do Estado que não pode esquivar-se da referida obrigação, sob pena de estar indo contra a garantia do mínimo existencial e do comando constitucional.

De sorte a estabelecer um rol daqueles tidos pelo legislador constituinte como direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 elencou os direitos sociais garantidos a todo e qualquer cidadão e que devem ser, obrigatoriamente, cumpridos pelo Estado.

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²

Inserido no rol dos direitos sociais, o direito à saúde mostra-se indispensável à garantia do mínimo necessário e fundamental a uma vida digna, sendo um dos direitos sociais de maior relevância no cenário sócio jurídico, visto que a garantia da saúde decorre do reconhecimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹ NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 790.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 31 jul. 2017.

Assim sendo, como tutela do direito à saúde, a Constituição Federal prevê:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.³

Ao estabelecer que a saúde é um direito de todos, resta claro e evidente que seria a saúde um direito individual e coletivo cuja atribuição é comum aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a teor do que determina o art. 23, II⁴, da Constituição Federal.

Necessário se faz destacar, portanto, que sendo um direito indispensável à garantia da vida e do bem-estar do cidadão, a saúde deve ser efetivada através de políticas públicas a serem dispensadas e desenvolvidas pelo Estado, de modo que vai configurar uma atuação positiva necessária e apta a concretizar um direito básico.

2.1 CONCEITO DE SAÚDE

A princípio, para que se compreenda o estudo da saúde enquanto direito social garantido a todos, imprescindível se faz o conhecimento do seu conceito e o alcance daquilo que pode ser abarcado como “direito à saúde”.

O conceito de saúde perpassa qualquer conceituação jurídica que possa se dar à mesma, tendo em vista que, com o advento da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que foi criada com o objetivo de tratar das questões relativas à saúde no mundo, a sua Constituição tratou de prever um conceito claro e definitivo de saúde.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 31 jul. 2017.

⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 31 jul. 2017.)

Desse modo, a Constituição da Organização Mundial da Saúde estabelece que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”⁵

Falar de saúde é entendê-la na sua integralidade, não apenas como um aspecto físico ou ainda relacionado diretamente ao acometimento de doenças, mas sim considerá-la na sua integralidade, buscando equilíbrio e harmonia entre todos os aspectos que envolvem o bem estar do indivíduo.

Nas palavras de Walber de Moura Agra:

O direito ora retratado ultrapassa a vinculação com o direito à vida, que se encontra destituído de indicações valorativas, mormente, no mais das vezes, reduzido à constatação da produção de sinais vitais, para resguardar a proteção à integridade física, que engloba a saúde corporal e psicológica, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade. Não basta somente evitar que a pessoa humana seja acometida de doenças, mas também de igual importância se reveste seu papel de assegurar que o cidadão possa desenvolver todas as suas capacidades, de acordo com os objetivos que busca perseguir em sua existência.⁶

O que se busca, portanto, ao se falar em saúde como direito fundamental social, é que o sujeito esteja em equilíbrio com todos os elementos que compõem o seu organismo e ainda esteja em harmonia com o meio ambiente e a sociedade.

Corroborando com o quanto já exposto acerca da conceituação de saúde, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), prevê direitos outros que auxiliam na efetivação do que diz respeito à saúde. No art. 3º o legislador traz exemplos como a alimentação, moradia e o lazer que são fatores determinantes para que o sujeito consiga alcançar aquilo que se define como saúde.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.⁷

Por essa razão é que a saúde é uma totalidade de fatores, não devendo ser considerada isoladamente ou apenas em seu aspecto físico, mas sim com uma

⁵ **Constituição da Organização Mundial de Saúde.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/2>> Acesso em: 31 jul. 2017

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. ver.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 849.

⁷ BRASIL. **Lei 8.080,** de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 01 ago. 2017.

infinitude de determinantes que levam a um objetivo: o bem-estar do homem enquanto sujeito tutelado pelas normas constitucionais.

2.2 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal, ao inovar trazendo o direito à saúde de maneira expressa e como direito fundamental inerente ao indivíduo, previu também de que forma seria esse direito efetivado, estabelecendo, em seu art. 196⁸, que o Estado (entendido aqui como os entes federados, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve estabelecer políticas sociais e econômicas como mecanismo de concretização.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco disciplinam que a efetivação do direito à saúde deve se dar por meio de ações específicas e políticas públicas que tenham o intuito de reduzir riscos de doenças e outros agravos, de modo que as pretensões podem ser exteriorizadas através de atos concretos ou ainda através de políticas e ações administrativas que objetivam a melhoria do sistema de saúde.⁹

Por essa razão é que o texto constitucional estabeleceu um modelo básico de procedimento e organização aptos à realização do direito básico à saúde, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada de modo a constituir um sistema único cujo objeto é o atendimento integral, a teor do que prevê o art. 198 da CF/88.¹⁰

Nesse contexto é que a Constituição previu a criação do Sistema Único de Saúde como grande direcionador de objetivos a serem alcançados para que o direito à

⁸ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 jul. 2017.)

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 662.

¹⁰ “Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 jul. 2017.)

saúde fosse não apenas um objetivo constitucional, mas sim um marco para a implementação de ações e políticas públicas para o acesso à saúde.

Assim é que o Sistema Único de Saúde (SUS) teve sua instituição determinada pela Constituição Federal de 1988 e foi nesse mesmo texto normativo que foram definidas, de forma ampla, as suas atribuições.

Nesse sentido é o que consagra o art. 200, *in verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.¹¹

Partindo de uma análise do supracitado dispositivo, vislumbra-se que para o alcance do direito social à saúde, não basta que o Estado, enquanto garantidor, forneça medicamentos, tratamentos ou coloque à disposição da população hospitais e centros de saúde.

Em verdade, mais do que isso, há previsão de medidas de prevenção de doenças, controle e fiscalização das mais diversas áreas que possam, direta ou indiretamente, colocar em risco a saúde dos sujeitos, incentivo ao desenvolvimento científico e a colaboração do meio ambiente que, definitivamente, contribui para a qualidade da saúde que é disponibilizada na sociedade.

Corroborando com o dispositivo constitucional e como forma de disciplinar a atuação do Sistema Único de Saúde, em 19 de setembro de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.080, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 31 jul. 2017.

saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e estabelecendo ainda as diretrizes através das quais o SUS deve se pautar.

Importante se faz destacar que a partir da mencionada lei foi inaugurado um sistema de atuação conjunta dos entes da federação com atribuições comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Bem verdade que a CF/88 já previa a competência comum dos entes da federação para tratar de saúde no art. 23, II¹², mas foi com o advento da Lei nº 8.080/90, no seu art. 15¹³, que foi possível estabelecer de maneira específica as atribuições que deverão ser exercidas pela União, Estado, DF e Municípios, e exemplo da definição de mecanismos de controle de ações e serviços de saúde e a elaboração de normas técnicas.

Ademais, buscou-se ainda a descentralização do sistema de saúde, de sorte a levar em consideração os aspectos regionais de cada região, municipalizando o

¹² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 31 jul. 2017.)

¹³ “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde; II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde; III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais; IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde; V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde; VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador; VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente; VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde; IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde; X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde; XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública; XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal; XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização; XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente; XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde; XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde; XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde; XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária; XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.” (BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 01 ago. 2017).

fornecimento da saúde, ou seja, o município é o principal responsável pela saúde pública de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, o gestor municipal passa a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território.¹⁴

O que não importa dizer, entretanto, que existe hierarquia entre os entes federados, pois, conforme relatado anteriormente, o que existe é uma competência comum entre União, Estados, DF e Municípios nas atribuições atinentes à saúde, mas, conforme dispõe Agenor Alves, não existe um relação de hierarquia, pois os entes, em verdade, realizam uma negociação através da qual entram em acordo sobre ações, serviços, organização e demais relações que digam respeito ao sistema público de saúde. Essa negociação pode ocorrer na Comissão Intergestora Bipartite (entre dois entes) ou na Comissão Intergestora Tripartite (entre três entes).¹⁵

Já no que tange ao financiamento do sistema de saúde, é de extrema relevância mencionar o disposto no §1º do art. 198 da CF/88:

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).¹⁶

O disposto no §1º transcrito acima trouxe, com a Emenda Constitucional 29/00, a obrigatoriedade na aplicação de recursos mínimos em ações e serviços ligados à saúde, sob pena de intervenção na hipótese de descumprimento, ou seja, o art. 34, VII, e, do ADCT¹⁷, dispõe que poderá haver a intervenção da União nos Estados ou Distrito Federal quando não for assegurado o mínimo exigido de receita revertido para a saúde.

Além disto, a referida emenda constitucional possibilitou ainda o financiamento da saúde através dos entes federativos, de modo que uma lei complementar deveria regulamentar o percentual que cada ente iria dispor para investimento na área da

¹⁴ ALVES, Agenor. **Entendendo o SUS**. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>> Acesso em: 07 ago. 2017.

¹⁵ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 ago. 2017.

¹⁷ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 ago. 2017.

saúde. Nesse contexto foi que, em 13 de janeiro de 2012, foi editada a Lei Complementar nº 141¹⁸.

A referida lei complementar definiu a porcentagem que cada ente da federação deve direcionar para ações preventivas, tratamentos e outros serviços ligados à saúde. Tais definições são, ressalta-se, de caráter obrigatório.

A União, desse modo, deverá aplicar anualmente o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, conforme prevê o art. 5º¹⁹. Para os Estados e o Distrito Federal, no art. 6º²⁰, restou determinada a aplicação anual de, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos referidos no art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal. Por fim, os Municípios e o Distrito Federal, com previsão no art. 7º²¹, devem aplicar o mínimo de 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

¹⁸ “Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

¹⁹ “Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

²⁰ “Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

²¹ “Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

A Lei Complementar nº 144/12 aborda ainda de que forma serão repassados esses recursos, a exemplo da União que, determinada pelo art. 12²², deverá ter os seus recursos repassados ao Fundo Nacional de Saúde e o rateio dos seus recursos serão transferidos aos fundos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, observadas as necessidades da população e demais critérios, nos termos do que preleciona o art. 17²³. Já o rateio dos recursos dos Estados serão transferidos aos Municípios (art. 19²⁴).

Conclui-se, portanto, que os entes federativos agem e contribuem em conjunto para que o direito à saúde, compreendido no seu conceito o bem-estar do indivíduo, seja garantido na sua integralidade.

2.3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios, de um modo geral, norteiam e servem como diretrizes a serem seguidas no ordenamento jurídico brasileiro. É, portanto, “um vetor que informa o conteúdo da norma jurídica orientando o legislador na feitura da lei e o julgador na sua aplicação”.²⁵

²² “Art. 12. Os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde”. (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

²³ “Art. 17. O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

²⁴ “Art. 19. O rateio dos recursos dos Estados transferidos aos Municípios para ações e serviços públicos de saúde será realizado segundo o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais, nos termos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.” (BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017).

²⁵ SILVA, Roberto de Abreu. **A falta contra a legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 85.

Humberto Ávila destaca ainda que a diferenciação dos princípios e regras reside no *caráter hipotético-condicional*, pois as regras são hipóteses que levam a uma conclusão capaz de solucionar o problema. Por outro lado, os princípios apenas têm o fundamento que será utilizado pelo aplicador para que, posteriormente, se encontre a regra adequada a ser aplicada naquele caso concreto.²⁶

Desse modo, o que se observa na atualidade é a aplicação cada vez mais constante dos princípios constitucionais que auxiliam na resolução de problemas concretos, o que torna necessário o conhecimento dos mesmos.

Ricardo Maurício Freire Soares afirma que, com o advento do paradigma pós-positivista, os princípios foram inseridos na normatividade jurídica e, tendo em vista a sua densidade valorativa e teleológica, consubstanciam direitos fundamentais dos cidadãos, adquirindo enorme importância nas sociedades contemporâneas, fazendo com que os juristas se esforcem cada vez mais para emprestar-lhes aplicabilidade e efetividade.²⁷

Na atual conjuntura jurídica não se nega o caráter primordial dos princípios, de modo que os mesmos ocupam um papel central na aplicação do direito, trazendo no seu significado toda a carga valorativa necessária para que se alcance o melhor resultado possível na solução de conflito ou antinomia jurídica.

Em verdade, o que existe é a necessidade de que o direito à saúde seja interpretado e aplicado de acordo com a proteção trazida pelos princípios constitucionais, de sorte a buscar efetividade para esse direito social, seja através de medidas judiciais ou mesmo através de medidas extrajudiciais, buscando sempre a máxima efetivação daquilo que é garantido constitucionalmente e de extrema relevância para o sujeito de direitos.

Desse modo é que três serão os princípios abordados como norteadores no âmbito de aplicação do direito fundamental social à saúde, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade, sendo estes exemplos de fundamentos que devem ser seguidos para que o objetivo seja único: garantir o direito à saúde.

²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 40.

²⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: JusPodivm, 2013, p.76.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é de extrema relevância no estudo dos direitos sociais, independentemente de qual seja, visto que configura a expressão mais real daquilo que deve ser garantido a todo e qualquer sujeito: a dignidade.

Esse é um daqueles princípios que norteia o direito brasileiro, irradiando efeitos em todo o ordenamento jurídico, e é visto como necessário ao reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais.

Carlos Roberto Siqueira Castro preleciona que a dignidade da pessoa humana, em verdade, vem assumindo um papel de eixo central no Estado Democrático de Direito, projetando-se mais rumo à sociedade do que na direção da organicidade dos poderes que representam a soberania.²⁸

Reconhecer o direito fundamental social à saúde é garantir ao sujeito a dignidade conferida à pessoa humana, é dar possibilidades de que se tenha uma existência digna, de que se tenha o mínimo necessário para uma vida com educação, saúde, segurança e demais direitos garantidos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de dar concretude à dignidade da pessoa humana, trouxe, em seu art. 1^a, a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, nos seguintes termos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”²⁹

Não só no mencionado dispositivo constitucional visualizamos a previsão da dignidade da pessoa humana. Em inúmeros outros artigos da Constituição Federal de 1988 podemos encontrar a proteção de diversos direitos que esbarram na dignidade da pessoa humana. Como exemplos temos o caput do art. 170 que busca

²⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 277.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 07 ago. 2017.

assegurar a todos uma existência digna³⁰; o art. 226, §7º prevendo que o planejamento familiar é pautado na dignidade da pessoa humana³¹; e o art. 227 trazendo o direito à dignidade que goza a criança, o adolescente e o jovem³².

Ademais, a doutrina também se preocupou em trazer o significado e conceito da dignidade da pessoa humana. Vejamos entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet a esse respeito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³³

Nesse sentido é que a dignidade da pessoa humana torna-se indispensável para a ordem social, pois traz no seu significado, além da garantia do mínimo para o sujeito, a ideia de integridade, seja ela física ou moral, mas necessária para o indivíduo viver com dignidade.

Nas palavras de Marcos Sampaio:

É por isso que nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, visto que esta representa uma inegável esfera de proteção do ser em sua dimensão valorativa e constitutiva, uma vez que a ideia do homem digno está na base dos direitos. Desde a virada kantiana, restou demonstrado que o homem é um fim em si mesmo e, em decorrência

³⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 15 ago. 2017.)

³¹ “Art. 226 (...)§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 15 ago. 2017.)

³² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 15 ago. 2017.)

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

disso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, porque, tendo dignidade e sendo pessoa, pode levantar a pretensão de ser respeitado.³⁴

Necessário se faz destacar que, tendo em vista os mencionados conceitos e entendimentos doutrinários, o direito à saúde se utiliza do princípio da dignidade da pessoa humana como mecanismo para sua efetivação, como maneira apta a concretizar o direito à saúde.

Visualizamos essa aplicação tanto extrajudicialmente, nas circunstâncias em que, mesmo sem a necessidade do acionamento do Poder Judiciário, temos a aplicação da dignidade da pessoa humana para garantir a saúde, como nos casos em que julgadores utilizam o princípio da dignidade humana como fundamento para justificar o deferimento de uma tutela judicial de saúde.

São inúmeros os exemplos de julgados de tribunais estaduais que repousaram suas decisões no conceito e significado do princípio da dignidade da pessoa humana como forma de garantir o fornecimento de medicamentos³⁵ ou ainda tratamento médico necessário para o indivíduo que acionou o Judiciário com o intuito de ver seu direito constitucional garantido.³⁶

³⁴ SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

³⁵ MANDADO DE SEGURANÇA - SAÚDE – MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO INDIVIDUAL DE PESSOA FINANCEIRAMENTE HIPOSSUFICIENTE – DEVER DE FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO (ART. 196, CF/88)– Demonstrado o direito líquido e certo ante comprovação da hipossuficiência e prescrição médica idônea - Ausência de padronização que não constitui óbice ao direito invocado – Medicamento Harvoni (Ledipasvir-90mg+Sofosbuvir-400mg) não registrado na ANVISA - Primazia do direito fundamental à vida, à saúde, e à dignidade da pessoa humana que devem ser resguardados – Art. 24 da Lei nº 6.360/76 que prevê a hipótese de isenção de registro na ANVISA para medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental e sob controle médico – Sentença concessiva mantida - Negado provimento ao reexame necessário. (São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 1035436-19.2015.8.26.0053. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Ponte Neto. São Paulo. D.J. 12 jun. 2017. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389461135/reexame-necessario-reex-10354361920158260053-sp-1035436-1920158260053>> Acesso em: 15 ago. 2017.)

³⁶ REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONSTITUCIONAL - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET - ART. 127 DA CR/88 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES POLÍTICOS. 1- Procedese de ofício ao reexame necessário da sentença quando se tratar de condenação sem valor certo. 2- O Ministério Público possui legitimidade para assegurar direitos individuais indisponíveis, inclusive quando a ação objetiva tutelar pessoa individualmente considerada. 3- Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem aos entes políticos a obrigação de fornecer tratamento médico àquele que necessita. (Minas Gerais. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10452140059828001 MG. 3ª Câmara Cível. Relator: Jair Varão. Minas Gerais. D.J. 01 ago. 2017. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/483567129/apelacao-civel-ac-10452140059828001-mg>> Acesso em: 20 ago. 2017).

Conclui-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana anda sempre ao lado do direito à saúde, conferindo-lhe efetividade e trazendo todo o arcabouço necessário para que seja garantido a todo e qualquer indivíduo o necessário a uma vida digna, incluindo aqui o direito ao seu bem-estar físico e psíquico, ou seja, o direito à saúde.

2.3.2 Princípio da Igualdade

Outro princípio de suma importância a ser aqui tratado é o princípio da igualdade, sendo previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁷ afirmando que os homens nascem livres e iguais, expresso também na Lei 8.080/90³⁸, ao afirmar que o SUS (Sistema Único de Saúde) irá reger-se sob a ótica do princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 previu ainda, no caput do seu art. 5º, a idéia de que “todos serão iguais perante a lei”³⁹.

Desse modo, nota-se que a referida regra constitucional tem aplicação tanto para o legislador, quanto para o julgador, visto que o que se busca é o ideal de que aos indivíduos deve ser dispensado um tratamento equânime.

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva classifica a igualdade como sendo igualdade formal e igualdade material. A primeira está associada à igualdade jurídica, através da qual todos merecem a mesma proteção da lei, proibindo a criação de tratamento diverso para situações idênticas ou semelhantes. A segunda, chamada de igualdade

³⁷ “Artigo 1. Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.)

³⁸ “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;” (BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 21 ago. 2017.)

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 ago. 2017.)

material, assegura o tratamento uniforme de todos os homens, o que resulta em igualdade efetiva e real perante todos os bens da vida.⁴⁰

Nesse sentido é que, ao falar de igualdade, devemos ser remetidos a uma idéia de que todos os indivíduos, enquanto sujeito de direitos e deveres, devem ser alcançados pelas normas legais, sem distinção, quando estiverem na mesma circunstância fática.

No que tange à igualdade, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, devendo ser, em verdade, um instrumento de regulação da vida social, pois, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos na mesma devem receber tratamento parificado.⁴¹

Nos termos do exposto, é assim o entendimento de Vivianne Rigoldi e Edinilson Donisete Machado:

A igualdade é uma meta buscada na medida em que considerada um ideal de harmonia entre os indivíduos em situações semelhantes na vida social, ou seja, representa justiça porquanto iguais são tratados igualmente na medida de suas semelhanças e necessidades. A fim de que a igualdade entre dois indivíduos seja considerada justa é que surgem critérios de justiça que pretendem estabelecer em que duas pessoas devem ser iguais.⁴²

No entanto, a análise do princípio da igualdade nos remete a uma questão ligada à efetivação do direito à saúde: como distribuir os recursos, que são escassos, sem afrontar diretamente o princípio da igualdade?

Nesse sentido, necessário lembrar que o direito à saúde é um direito fundamental social garantido a todos, sem distinção, e tem sua previsão expressa no texto constitucional de 1988, mas cumpre ainda destacar que o ordenamento jurídico possibilita que, aqueles sujeitos que se vêem prejudicados na efetivação dos seus direitos ou ainda quando haja a necessidade, possa pleitear acionando o Poder Judiciário para tanto.

Como exemplo podemos citar as inúmeras e cada vez mais corriqueiras demandas de pessoas que acionam a justiça para que possam ter assistência médica, para

⁴⁰ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 524.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 10.

⁴² RIGOLDI, Vivianne; MACHADO, Edinilson Donisete. **A Tutela Jurisdicional da Saúde sob o enfoque do Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330>> Acesso em: 25 ago.2017.

fornecimento de medicamentos ou ainda para tratamento de alguma enfermidade quando demonstrarem necessários para a garantia da saúde e essa necessidade que faz com que seja possível um tratamento diferenciado.

Vivianne Rigoldi e Edinilson Donisete Machado seguem afirmando que no critério da necessidade existe respaldo para oferta diferenciada de recursos, isto porque, no que tange aos esforços estatais na efetivação do direito à saúde, é necessário respeitar algumas vertentes de igualdade, quais sejam: a igualdade entre pessoas saudáveis, a igualdade entre os enfermos que são igualmente necessitados e a diversidade justificada entre pessoas saudáveis e pessoas enfermas.⁴³

Justifica, portanto, que uma pessoa individualmente considerada, diante da necessidade nos termos de saúde, venha a ter tratamento diferenciado quando sua comparação surge com aquele que não tem a necessidade do tratamento em questão e, esse tratamento diferente, não é capaz de ferir o princípio da igualdade, pois o que se considera aqui é a necessidade do indivíduo.

E é justamente nesse sentido a grande maioria das decisões judiciais⁴⁴: deferimento de tutelas específicas de saúde, conferindo tratamento diferenciado aos sujeitos que demonstram necessidade, sem que isso configure uma afronta à igualdade, pois o princípio da igualdade tutela o tratamento diferenciado desde que haja uma real necessidade do enfermo.

Em que pese existam decisões com o entendimento contrário, considerando o tratamento diferenciado na saúde uma afronta ao princípio da igualdade, essa não é a grande maioria, sendo razoável que se considere, portanto, a prevalência do direito à saúde, como direito fundamental social, e o mesmo deve ser garantido

⁴³ RIGOLDI, Vivianne; MACHADO, Edinilson Donisete. **A Tutela Jurisdicional da Saúde sob o enfoque do Princípio da Igualdade.** Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330>> Acesso em: 25 ago.2017.

⁴⁴ DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores e Juizes de Direito Substitutos em Segundo Grau integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Apelação, mantendo a sentença em seus termos, de acordo com o voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA.PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DENOMINADO EYLIA (AFLIBERCEPT). INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. DIREITO DA INTERESSADA DEVIDAMENTE COMPROVADO.OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO POR PARTE DO ESTADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº REEX 16022570 PR 1602257-0. 5ª Câmara Cível. Relator: Edison de Oliveira Macedo Filho. D.J. 24 jan. 2017. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421375087/apelacao-reexame-necessario-reex-16022570-pr-1602257-0-acordao>> Acesso em: 25 ago. 2017.)

diante da necessidade do sujeito a uma vida digna e com saúde, não existindo, nessas hipóteses, nenhuma ameaça ao que enuncia o princípio da igualdade.

2.3.3 Princípio da Proporcionalidade

Por fim, e não menos importante, temos o princípio da proporcionalidade que tem sido cada vez mais utilizado pela jurisprudência e muito estudado pela doutrina constitucional brasileira.

O princípio da proporcionalidade remete-nos à ideia de bom senso e de estabelecer limites e razoabilidade às decisões e atos jurídicos, de modo que os direitos fundamentais precisam ser aplicados em consonância com o princípio da igualdade para que seja possível se falar em limitar a abrangência desses direitos.

Dirley da Cunha Júnior orienta que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ampla⁴⁵ é importante para limitar a discricionariedade e atuação dos poderes públicos, impondo a vedação de que seus órgãos atuem com excesso ou utilizem de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.⁴⁶

Sendo assim, forçoso concluir que é comum que na aplicação dos direitos fundamentais ocorra uma colisão entre os referidos direitos, servindo a proporcionalidade, nesse aspecto, para dar maior efetividade a um direito fundamental em detrimento de outro, valorizando aspectos da razoabilidade e colocando freios nas decisões judiciais que se valem de conteúdo sem limites ou que venham a ferir importante direito fundamental.

Nesse sentido é que a doutrina cuida de tratar das dimensões inerentes à proporcionalidade. Vejamos as palavras de Paulo José Monteiro Santos Lima:

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à obtenção dos objetivos pretendidos. Necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Proporcionalidade *strictu sensu* é a ponderação da carga de

⁴⁵ Cumpre esclarecer que Dirley da Cunha Junior adota a tese de identidade dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ampla. (JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 200.)

⁴⁶ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 200.

restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma distribuição equânime de ônus.⁴⁷

Logo, toda e qualquer decisão a ser tomada, notadamente quando envolva conflito entre o direito à saúde e outro direito fundamental, deve-se levar em consideração todos os mencionados subprincípios, de sorte a promover a melhor escolha e otimizar o direito à saúde de maneira proporcional, adequada e necessária ao objetivo almejado.

A proporcionalidade, quando entendida como estrita necessidade, é capaz de evitar abusos sob o argumento de que se busca o direito à saúde, isto porque esse princípio também pode ser entendido como uma vedação ao excesso.

Ao se deferir uma medida judicial em que se pleiteia um tratamento médico ou o fornecimento de medicamentos, o julgador deve levar em consideração a medida a ser tomada, o impacto da referida decisão e ainda ponderar o direito à saúde e a possibilidade de se ofertar o requerido.

Como exemplo temos o pedido de realização de tratamento médico no exterior, quando esse mesmo tratamento pode ser realizado com satisfação no Brasil. Não seria razoável, portanto, que nessa circunstância, o poder público tenha o custo de um tratamento no exterior, por ser mais oneroso e violar o princípio da proporcionalidade.⁴⁸

O que deve haver então é uma adequação entre aquele meio que foi utilizado e o fim que se pretende alcançar e, para tanto, necessário se faz a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que decisões judiciais ou atos jurídicos sejam

⁴⁷ LIMA, Paulo José Monteiro Santos. O princípio da proporcionalidade como instrumento jurídico para conformar a judicialização do direito à saúde e a função social do juiz no contexto do estado federal. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). **Publicações da Escola da AGU – Pós-Graduação em Direito Público**. Brasília: EAGU, 2009, p. 246-247.

⁴⁸ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RETINOSE PIGMENTAR. TRATAMENTO EM CUBA. PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PROIBINDO O CUSTEIO. 1. Inexiste ilegalidade no ato administrativo que nega pedido de custeio de tratamento médico no exterior, máxime quando ausente prova pré-constituída da eficácia do tratamento e da impossibilidade de ele ser realizado no Brasil, como no presente caso. Precedentes. 2. Declarada pelo STJ a legalidade da Portaria 763/1994 do Ministério da Saúde, que proíbe o financiamento pelo SUS de tratamento no exterior. 3. Dá-se provimento à apelação da União e à remessa oficial. (Distrito Federal. Tribunal Regional Federal. Mandado de Segurança nº 0017974-36.2001.4.01.3400. 5ª Turma Suplementar. Relator: Rodrigo Navarro de Oliveira. Distrito Federal. D.J. 01 mar. 2012. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21382454/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-17974-df-0017974-3620014013400-trf1>> Acesso em: 25 ago. 2017.)

tomados obedecendo aquilo que seja razoável, visando compatibilizar os direitos fundamentais colocados em conflito.⁴⁹

⁴⁹ APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DIREITO À SAÚDE. MÉRITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE, IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. Direito à saúde. A condenação do Poder Público para que custeie a internação, ainda que em clínica particular, encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. Legitimidade passiva e Solidariedade. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Direito à saúde e princípios da universalidade, igualdade e proporcionalidade. A condenação do Estado para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. Assim, tal condenação não representa ofensa aos princípios da universalidade e igualdade. Direito, Política e Indisponibilidade Orçamentária. A falta de previsão orçamentária do estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à saúde pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e... que não afasta ou fere a independência dos poderes. NEGARAM PROVIMENTO. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70073873309. 8ª Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Rio Grande do Sul. D.J. 20 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/479894249/apelacao-civel-ac-70073873309-rs>> Acesso em: 26 ago. 2017.)

3 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A discussão e o enfoque de tudo aquilo que circunda a cláusula da reserva do possível não é uma novidade na atual realidade jurídica, mas faz-se imprescindível o conhecimento do seu histórico, conceito e demais questões para que possamos entender melhor esse instituto jurídico tão importante e tão debatido em sede de doutrina e, principalmente, na jurisprudência brasileira.

Falar em reserva do possível remete-nos ao pensamento de que vivemos diante de uma escassez de recursos e, em face dessa circunstância, surge a necessidade de serem feitas escolhas alocativas, mas essas escolhas não são tão simples, pois envolvem direitos fundamentais indispensáveis para o indivíduo.

Diante desse contraponto é que surge o ideal de mínimo existencial que, segundo Rafael José Nadim de Lazari corresponde ao “conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”⁵⁰.

Em outras palavras, garantir o mínimo existencial seria aquilo que circunda a dignidade da pessoa humana, é a parcela do mínimo necessário para se conseguir viver e que deve ser ofertado pelo Estado através de prestações positivas.

Assim sendo, o mínimo existencial pressupõe o necessário a uma vida com dignidade que deve ser respeitado pelo poder público, ao passo que, tendo recursos escassos para a efetivação dos direitos básicos, nem sempre é possível o atendimento de todas as necessidades, o que exige, portanto, uma escolha sobre aquilo que será atendido e o que será preterido naquela ocasião.

O que se vislumbra, em verdade, é que a escassez de recursos tem sido argumento na tentativa de afastar a obrigação do ente público em prestar o mínimo existencial, dando origem, nesse contexto, à cláusula de reserva do possível.⁵¹

⁵⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial – A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

⁵¹ E M E N T A – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ENTE ESTATAL DE GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL – INAFASTABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados-Membros e Municípios), o qual deverá garantir aos indivíduos a efetiva prestação de serviços mínimos para uma vida digna, não podendo valer-se da cláusula da reserva do possível para se abster de dar o efetivo cumprimento ao princípio

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O surgimento da Reserva do Possível repousa seu histórico na Alemanha, quando, em 1969 e 1970, nos Tribunais Administrativos de Hamburg e Baviera, estudantes não foram aceitos no curso de medicina das faculdades das respectivas cidades, sob a alegação de que haveria uma limitação de vagas.⁵²

Desse modo foi que os referidos estudantes acionaram a justiça com o objetivo de terem acesso ao curso, alegando ainda que a obrigatoriedade de fornecimento de vagas para todos os candidatos estava expressa na Lei Fundamental Alemã que, em seu art. 12, continha a seguinte redação: “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei⁵³”.

No entanto, contrariando suas expectativas, o tribunal proferiu decisão no sentido de que não seria possível oferecer vagas a todos os candidatos, em razão da pretensão estar fora do limite daquilo que é razoável. Vejamos trecho da argumentação lançada pelo Tribunal Alemão na decisão que ficou conhecida como “*numerus clausus*”:

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.⁵⁴

Observa-se, portanto, que quando utilizada pelo Tribunal Alemão, o mesmo não negou a prestação sob o argumento de que havia ausência de recursos financeiros para tanto, como comumente acontece no Brasil⁵⁵, mas sim alegou que haveria uma

da dignidade da pessoa humana. (Mato Grosso do Sul. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível nº 08007310720168120029. 4ª Câmara Cível. Relator: Odemilson Roberto Castro Fassa. D.J. 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405981993/apelacao-apl-8007310720168120029-ms-0800731-0720168120029>> Acesso em: 21 ago. 2017).

⁵² LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69.

⁵³ **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2017.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

⁵⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À SAÚDE. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS EM QUE OS DIREITOS SOCIAIS SUPLANTAM A SUPOSTA FALTA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. PREPONDERÂNCIA DO DIREITO A SAÚDE. 01 Nas demandas referentes ao direito à saúde é reconhecida a solidariedade entre os Entes Públicos que

afronta à razoabilidade e à sociedade ao dispor de recursos para o atendimento exclusivo daquela finalidade, ou seja, seria desarrazoado alocar tanto recurso apenas para garantir vagas aos candidatos nas faculdades de medicina em detrimento de tantos outros fins que poderiam ser alcançados.

Ocorre que, em que pese a reserva do possível tenha surgido de uma experiência alemã, não demorou muito para que fosse incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Se na jurisprudência alemã a reserva do possível correspondia a uma limitação de políticas públicas quando não fosse razoável a pretensão pleiteada, no Brasil a referida teoria foi utilizada de maneira equivocada. Andreas J. Krell menciona que “a reserva do possível foi fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado”, esclarecendo ainda que seria questionável transferir teorias jurídicas desenvolvidas em países de primeiro mundo para realidades totalmente distintas.⁵⁶

Andreas J. Krell segue aduzindo que não se pode igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, pois esses direitos são definidos por pressupostos e condições econômicas diferenciadas.⁵⁷

Assiste razão o entendimento deste autor, tendo em vista que a teoria da reserva do possível, como será explanado no tópico a seguir, tomou outros rumos ao ser incorporado no Brasil, de modo que a disponibilidade/escassez de recursos passou a ser o cerne do seu conceito, quando, na jurisprudência alemã, estaria relacionada a uma questão de proporcionalidade, no sentido do que o indivíduo pode esperar da sociedade, mas de maneira racional.

compõem o Sistema Único de Saúde. 02 – Comprovadas nos autos a insuficiência de recursos e a necessidade do autor ser deslocado para outro Município a fim de realizar sessões de tratamento de saúde, deverá o Município custear em seu benefício todo o transporte necessário. 03 – Preponderância, no caso, do direito fundamental à vida e à saúde dignas quando em confronto com o princípio da reserva do possível. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (Alagoas. Tribunal de Justiça de Alagoas. Apelação Cível nº 00001916120148020054. 1ª Câmara Cível. Relator: Fernando Tourinho de Omena Souza. Alagoas. D.J. 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/477798942/apelacao-apl-1916120148020054-al-0000191-6120148020054>> Acesso em: 26 ago. 2017.)

⁵⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 54-55.

Conclui-se, nesse sentido, que muito embora a teoria da reserva do possível tenha sido importada da Alemanha, aqui no Brasil não foi mantido o seu real significado e sua aplicação não foi realizada como na origem.

3.2 CONCEITO

A conceituação trazida na atualidade para a reserva do possível é bem diferente daquela quando da sua origem e isso se deve ao fato de que no Brasil tal teoria foi aplicada em um sentido de orçamento, de possibilidade financeira e escassez de recursos.

George Marmelstein afirma que:

A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos.⁵⁸

O referido autor, portanto, considera que a reserva do possível mostra-se razoável, tendo em vista que para que seja possível concretizar os direitos sociais e os demais, faz-se necessário haver recursos financeiros.

Marmelstein dá como exemplo ainda o caso de um município que se vê obrigado a construir um hospital para atender toda a população, devendo disponibilizar também os mais avançados equipamentos médicos. Nessa circunstância, considera que a medida seria ineficaz por absoluta falta de recursos e poderia levar o município a uma total exaustão orçamentária.⁵⁹

De outro modo Rafael Nadim conceitua a reserva do possível:

A Reserva do Possível, assunto intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”, consiste, num conceito originário e ontologicamente despretenso, na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão da insuficiência orçamentária para tal.⁶⁰

Tal entendimento leva-nos a crer que a reserva do possível pode ser entendida como uma limitação à efetivação dos direitos sociais, pois haverá a dependência da

⁵⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 324.

⁵⁹ *Ibidem, loc.cit.*

⁶⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58.

disponibilidade dos recursos econômicos, ou seja, o direito social à saúde, segundo essa teoria, só deverá ser efetivado caso existam recursos suficientes para tanto.

O que ocorre é a regulação do Estado na execução de políticas públicas, funcionando como uma limitação em razão da insuficiência de recursos para prover todos os direitos fundamentais que são pleiteados.

Ana Paula de Barcellos define ainda que “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”⁶¹

A reserva do possível parte, então, da ideia de que o Estado não poderia ser obrigado a cumprir determinada política pública, pois não teria recurso financeiro suficiente para tanto, sendo essa limitação utilizada a todo e qualquer direito constitucional que venha ter sua aplicabilidade requerida.

A doutrina estudiosa sobre o tema discute ainda o enquadramento da natureza jurídica da reserva do possível. Rafael Nadim, nesse contexto, revela que não podemos entender a reserva do possível como regra, tendo em vista que, por trazer a regra uma concepção de “tudo ou nada”, o entendimento da reserva do possível como regra eliminaria por completo uma ampla gama de dispositivos da Constituição.⁶²

Segue aduzindo que sua natureza jurídica também não pode ser enquadrada como valor, visto que existe o risco da supremacia da negação à implementação de direitos sociais que essa classificação poderia causar. Nadim afasta ainda o enquadramento como metanorma e como condição de realidade.⁶³

Defende, portanto, que a reserva do possível tem natureza jurídica de princípio e segue explicitando que deve haver uma ponderação caso ocorra conflitos entre direitos, ou seja, a reserva do possível deve ser oposta outras normas principiológicas no sentido de chegar àquilo que é devido.⁶⁴

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

⁶² LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 63.

⁶³ *Ibidem*, 64-67.

⁶⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67-68.

Em que pese não haja uma convergência na doutrina brasileira, podemos entender a reserva do possível como uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais em razão da ausência/escassez de recursos, considerando-a como um princípio em sua natureza jurídica, visto que deve ser aplicado levando em consideração a lógica do “mais ou menos”, sopesando os valores e conceitos trazidos por outros princípios, exemplo dos já mencionados princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade.

3.3 APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vislumbra-se, no atual ordenamento jurídico, a aplicação da reserva do possível como argumento para que o Estado deixe de cumprir políticas públicas fundamentais e que são garantidas a todo e qualquer indivíduo, isto porque, alegam que em razão da ausência de recursos, não seria possível a sua efetivação.

Sendo assim é que considera-se a reserva do possível como matéria de defesa exclusiva do Estado, pois, se é ele o responsável pela efetivação das normas de caráter fundamental, só caberia a ele alegar em sua defesa a ausência de recursos necessários para tanto, impossibilitando que o particular utilize o argumento da reserva do possível em seu favor.

Ocorre que, não basta a simples alegação da impossibilidade de cumprimento devido à escassez de recursos. Quando alegada a reserva do possível, deve o ente público demonstrar que carece de recursos financeiros para que seja efetivado o direito fundamental em questão.

No julgamento do REsp 764.085/85 foi assim o entendimento do ministro relator Humberto Martins. Vejamos:

A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.⁶⁵

⁶⁵ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – PRETENSÃO RESISTIDA – INTERESSE DE AGIR – CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO) – LESÃO A DIREITOS DOS USUÁRIOS – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE – VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL – RESERVA DO POSSÍVEL – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. 1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do

Observa-se que, além da demonstração de que não existem recursos para o cumprimento de determinado direito, necessário se faz destacar que o ônus de provar que existe uma insuficiência de recursos, compete somente ao Estado, evitando, desse modo, que incumba ao autor da demanda demonstrar tal impossibilidade, o que poderia configurar uma dificuldade no acesso à justiça⁶⁶.

Nas palavras de George Marmelstein:

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.⁶⁷

Nesse sentido é que a alegação da efetivação de um direito baseado na reserva do possível deve ser visto com desconfiança, pois não basta a simples alegação desacompanhada de qualquer demonstração ou comprovação de que, de fato, o ente público não tem condições financeiras de cumprir o que fora determinado.

Por isso é que a reserva do possível, para que não seja levada à sua banalização, deve ter sua alegação excepcional, não podendo o Estado alegar a toda e qualquer demanda, sob pena de desprestígio da referida teoria.

interesse de agir do Ministério Público. 2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização. 3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora. 4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 764085 / PR. Segunda Turma. Relator: Humberto Martins. D.J. 10 dez. 2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=764085&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC> O&p=true> Acesso em: 31 ago. 2017.)

⁶⁶ O acesso à justiça é direito garantido constitucionalmente: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 30 ago. 2017.)

⁶⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 325.

Existe autor que, inclusive, defende que, se a reserva do possível for a única matéria de defesa alegada pelo poder público e o caso não seja hipótese de cabimento da referida teoria, o Estado deve ser considerado revel.⁶⁸

Com essa conseqüência, o que se busca é evitar que a reserva do possível seja aplicada indiscriminadamente e que entidades que defendem o Estado (a exemplo de Procuradorias) se utilizem desse argumento para toda e qualquer situação e sem que haja uma demonstração da real escassez de recursos do ente público.

Partindo dessa premissa é que grande parte das demandas judiciais que reclamam o cumprimento de determinado direito fundamental tem tido como resposta do poder público o argumento de que existe uma escassez de recursos e não seria possível alocar dinheiro para determinada finalidade em detrimento de outra também importante.

No Brasil, a reserva do possível ganhou grande relevância e notoriedade com o passar do tempo, sobretudo com o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 45 julgada no ano de 2004 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Celso de Mello.

A referida ação constitucional foi proposta contra veto do então Presidente da República, incidindo sobre o §2º do art. 55 de proposição legislativa que se converteu na Lei 10.707/2013 (LDO), lei esta que se destinava a fixar as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004.⁶⁹

⁶⁸ Rafael Nazari defende que: “Desta forma, uma conseqüência processual é que, caso a Reserva do Possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso especificado não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força do caráter de excepcionalidade”. (LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60).

⁶⁹ EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Celso de Mello. D.J. 04 mai. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 29 ago. 2017).

O dispositivo vetado elencava quais seriam considerados ações e serviços públicos de saúde, mas sustentou-se que o veto presidencial desrespeitou o preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.⁷⁰

Logo após o veto parcial, o então Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Desse modo é que deu-se causa à instauração do processo legislativo, sobrevivendo a edição da Lei nº 10.777 de 2003 que em seu art. 1º (modificando a própria LDO – Lei 10.707/2003) veio a suprir a omissão que motivou o ajuizamento da ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o conteúdo material em destaque abaixo:

Art.59 § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.
§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.⁷¹

⁷⁰ EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Celso de Mello. D.J. 04 mai. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> > Acesso em: 29 ago. 2017).

⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

Conclui-se, então, que o objetivo processual perseguido na ação constitucional foi alcançado quando da edição da Lei nº 10.777/2003 que foi promulgada com o fito de dar efetividade à EC nº 29/2000, esta concebida para garantir recursos financeiros mínimos que deveriam ser aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O julgamento da ADPF 45 acrescentou inúmeros argumentos e ensinamentos para o tema da reserva do possível e escassez de recursos, visto que colocou em evidência a dimensão jurídica da jurisdição constitucional e ainda deu ao STF o encargo de efetivar os direitos econômicos e sociais que foram desrespeitados.

Diante disso, ressaltou-se no julgamento da ADPF 45 que o Poder Público pode desrespeitar a Constituição Federal mediante uma ação ou omissão, omissão esta que quando o Estado deixa de cumprir os preceitos obrigatórios que constam da CF, incidirá em uma violação negativa.

No entanto, quando omissivo o Poder Público, no que tange à concretização de direitos fundamentais, compete ao Judiciário, quando acionado, fazer valer aquilo que está elencado na Carta Magna, ainda que não seja função precípua do Supremo Tribunal Federal a implementação de políticas públicas, sem que isso configure um desrespeito à separação de poderes por se tratar de uma violação constitucional evidente e arbitrária.

Ademais, mencionou-se no referido julgamento que a escassez de recursos existe e que essa é uma contingência que não se pode negar, mas não se pode esquecer que o objetivo do Estado, enquanto arrecadador de recursos, é realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Ressalta-se trecho do ministro relator Celso de Mello:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente

qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁷²

Considera-se, portanto, que a reserva do possível é um condicionamento que deve ser utilizado com cautela e com observância na razoabilidade da pretensão e a disponibilidade de recursos financeiros.

Em que pese as inúmeras e importantes considerações, a ADPF 45 restou, em seu julgamento, prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto.

3.4 CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE PELO ESTADO E A ESCASSEZ DOS RECURSOS PUBLICOS

Antes de adentrar na concretização da saúde e a escassez de recursos, necessário se faz entender que os direitos fundamentais, como é o exemplo da saúde, tem sua aplicação imediata no ordenamento jurídico pátrio.

O §1º do art. 5º da CF/88 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁷³, de modo que resta consagrado nesse dispositivo o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Dirley da Cunha menciona que a norma exposta no §1º do art. 5º da CF/88 tem como finalidade a aplicação imediata dos direitos fundamentais, sem que exista a necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, assim, a plena justiciabilidade desses direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em

⁷² EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Celso de Mello. D.J. 04 mai. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 31 ago. 2017).

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 ago. 2017.

juízo, isto quando houver omissão em qualquer providência quanto à sua efetivação.⁷⁴

Nesse sentido, o direito à saúde, como direito fundamental e indispensável a uma existência digna, deve ter sua aplicabilidade imediata, não necessitando, desse modo, de intermediação legislativa, bastando apenas o comando inserto na Constituição Federal para que seja possível a sua aplicação.

Ademais, vislumbra-se que essa característica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais faz-se de extrema importância para que se garanta o princípio da dignidade humana, não sendo razoável entender que os direitos e garantias fundamentais dependam de prescrições legislativas quando, em verdade, a lei ordinária é que deve se adaptar às prescrições de direitos fundamentais.⁷⁵

Não se nega, portanto, que enquanto direito fundamental social e dada a sua importância na existência digna do indivíduo, o direito à saúde, conforme determina a CF/88, tem sua aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico.

No entanto, para que seja possível a aplicabilidade do direito à saúde, necessário que se tenha orçamento para tanto, ou seja, indispensável que o Poder Público disponha de recursos financeiros para efetivar e disponibilizar a saúde para os indivíduos.

Cumpra então entender que o orçamento público é “uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo”⁷⁶, de modo que deve o orçamento prever detalhadamente tudo que vai se concretizar e a previsão de receitas e despesas.

Desse modo é que no ordenamento jurídico temos como leis orçamentárias o Plano Plurianual (PPA)⁷⁷, que tem como finalidade estabelecer as diretrizes, objetivos e metas para as despesas de capital e despesas de duração continuada; a Lei de

⁷⁴ JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 255.

⁷⁵ MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=3> Acesso em: 02 set. 2017.

⁷⁶ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 72.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 149.

Diretrizes Orçamentárias (LDO) ⁷⁸ que estabelece as metas e prioridades da administração, orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual e dispõe sobre as alterações na legislação tributária; e, por último, a Lei Orçamentária Anual (LOA)⁷⁹ que trata da execução do que foi previsto no PPA e na LDO, trazendo no seu corpo os recursos propriamente ditos.

Para que haja uma previsão daquilo que entrará nos cofres públicos e aquilo que será gasto, deve-se ter o controle através das citadas leis orçamentárias, de modo que há uma previsão de receitas e fixação de despesas das mais diversas áreas, incluindo a saúde, educação e segurança.

Além da previsão de receitas e fixação de despesas, o §5º do art. 100 da CF/88⁸⁰ prevê a obrigatoriedade de que as entidades de direito público incluam nos seus orçamentos as verbas necessárias ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, mas não define o volume de recursos que deve ser reservado para esta finalidade.

Nesse sentido é que, em que pese exista orçamento e previsão orçamentária para o cumprimento de garantias e direitos, nem sempre tais previsões são concretizadas, incorrendo o Poder Público em omissão na sua atuação, por vezes trazendo o argumento da reserva do possível para justificar o seu não fazer.

Isto porque, para que os gastos sejam efetivados, deve haver a previsão elencando o percentual e tudo que deveria ser dispensado para a garantia da saúde, mas, como por vezes o poder público é omissivo na concretização do direito à saúde, recorre o indivíduo ao Judiciário na tentativa de obter uma tutela jurisdicional, oportunidade em que o ente público alega que não seria possível atender àquela demanda em razão da ausência de recursos.

⁷⁸ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 153.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁰ Art. 100. § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 set. 2017.)

Não se nega que não só existe a questão financeira para o atendimento à saúde, mas também a disponibilidade de pessoal especializado, equipamentos e outros recursos que são, do mesmo modo, finitos e podem impedir que concretize determinada demanda de saúde e essa omissão gera o acionamento do Poder Judiciário.

Em outras palavras, como o que cotidianamente, no que tange à saúde, não está sendo efetivado com excelência (e aqui entram aspectos políticos, econômicos e sociais que justifiquem), o sujeito que necessita de um atendimento ou medicamento vê-se obrigado a recorrer à justiça na tentativa de obter mecanismos que garantam sua saúde.

A efetivação do direito à saúde vai depender do fornecimento de medicamentos, da disponibilidade de hospitais, postos de saúde e profissionais capacitados para o atendimento da população, mas, na ausência ou insuficiência desses aspectos não se discute a possibilidade da efetivação judicial do direito à prestação à saúde.

Assim, cabe ao titular do direito acionar o Poder Judiciário para ver garantido o seu direito constitucional à saúde e, segundo entende Dirley da Cunha, pode também o Ministério Público provocar a atuação do Judiciário através de ação civil pública no controle total ou parcial das omissões do poder público na implementação das ações e serviços de saúde.⁸¹

Por outro lado, no entanto, o poder público utiliza em seu favor a reserva do possível, alegando que determinada demanda não poderia ser atendida, pois lhe faltam recursos financeiros que obstam esse atendimento e atender a essa demanda comprometeria o atendimento a outros direitos fundamentais ou outros indivíduos que necessitem com mais urgência.

Desse conflito surge uma grande questão: se os recursos financeiros são limitados (e verdadeiramente são), como estabelecer prioridades? Vale mais conceder o tratamento médico no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para uma pessoa ou 10 (dez) medicamentos no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para 10 (dez) pessoas?

⁸¹ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 314.

Rafael Lazari entende que, diante dessas situações, mais difícil que a ponderação para determinar a concessão de um direito fundamental é encontrar uma justificativa que albergue a não concessão de um outro objeto, o que significa dizer que deve-se ainda justificar o não acolhimento daquele prejudicado.⁸²

Quando se diz que determinado bem é escasso, significa dizer que ele não é suficiente para que se possa atender a todos e diante da escassez de recursos no atendimento à saúde, vislumbra-se, nesse sentido, a alocação de recursos.

Essa ideia de escassez traz a noção de *trade-off* que, segundo afirma Gustavo Amaral, seria dizer que a alocação de recursos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender, ou seja, quando se prefere empregar um recurso para determinado fim, significa não somente o compromisso com essa finalidade, mas sim corresponde à decisão de não avançar nas demais direções possíveis.⁸³

Calabresi e Bobbitt destacam que as alocações de recursos são escolhas trágicas, tendo em vista que, em última instância, vão implicar na negação de direitos e, quando se trata de saúde, pode resultar em grande sofrimento ou morte.⁸⁴

Decidir como alocar os recursos envolve não somente a quem atender, mas o valor a ser disponibilizado, decisões estas que podem impactar no atendimento de outras demandas e ainda comprometer os recursos na área de saúde.

Pelas razões expostas é que a reserva do possível deve ser utilizada com cautela e somente quando comprovada a ausência de recursos para o atendimento à saúde, isto porque, frise-se, o direito à saúde é apto a garantir a dignidade da pessoa humana e torna-se fundamental, sendo necessário então que medidas sejam adotadas quando a circunstância comportar.

Ademais, diante do direito constitucional à saúde, da realidade de escassez de recursos que leva às escolhas trágicas, o Poder Judiciário passa então à missão de ponderar os direitos e efetivar à saúde para o seu titular.

⁸² LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

⁸³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

⁸⁴ CALABRESI, Guido; Bobbitt, Philip. **Tragic Choices**. New York: Norton, 1978, *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

3.5 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Diante de tudo quanto exposto, vislumbra-se que em face da omissão do poder público em efetivar mecanismos de garantia do direito à saúde alegando escassez de recursos, tem sido cada vez mais comum o acionamento da justiça para a garantia deste direito.

Portanto, o sujeito que se vê obstado a ter acesso a medicamento, tratamento médico ou qualquer outro mecanismo a que tem direito no que tange à saúde, pode recorrer ao Poder Judiciário no intuito de ver garantido judicialmente o seu requerimento.

Por se tratar de um direito fundamental e de grande importância é que a efetivação do direito à saúde não pode ficar dependente de decisões políticas dos representantes do povo (Legislativo e Executivo), justificando uma maior interferência do Poder Judiciário com o objetivo de concretizar esses direitos.

Ocorre que, dentro dessa perspectiva, surge o conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que vai exigir do Poder Judiciário uma postura ativa e concreta diante desses direitos, e o princípio da separação de poderes e da democracia representativa, que tem como pressuposto o fato de que as decisões políticas sejam tomadas pelos representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes.⁸⁵

Sendo assim, se o direito fundamental em questão não for implementado diante do Poder Judiciário, corre o sério risco de funcionar apenas como mera retórica política, mas se também forem exigidos judicialmente, surge o deslocamento das funções do Legislativo e Executivo para o Judiciário.

Nas palavras de Dirley da Cunha:

É necessário deixarmos bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação de poderes.⁸⁶

⁸⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 315.

⁸⁶ JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 255.

Em que pese não seja função precípua do Poder Judiciário a efetivação de políticas públicas e não disponha de estrutura para planejamento dessas políticas, o Judiciário possui mecanismos que vão obrigar o Estado a cumprir determinada prestação que fora anteriormente omitida, sem que isso configure uma afronta ao princípio da separação de poderes.

A separação de poderes, princípio clássico idealizado por Montesquieu, em verdade, não visa engessar as funções que devem ser desempenhadas por cada um dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas objetivam dar eficácia ao sistema e garantir também que os direitos sejam cumpridos.

Posto isto é que não se deve considerar que a atuação do Poder Judiciário no âmbito da implementação de políticas públicas seja uma afronta à separação de poderes, tendo em vista que o que se busca é a máxima efetividade dos direitos fundamentais de vital importância para a dignidade da pessoa humana e tal teoria deve se adequar ao novo Estado Social vigente.

O que se observa é que no Brasil tem havido uma tendência de atuação mais ampla do Judiciário no aspecto de políticas públicas, mostrando-se de cada vez mais importância essa função para que os direitos fundamentais ganhem efetividade, pois, em muitas situações o governo é incapaz de cumprir as diretrizes elencadas na Constituição Federal.

Deste modo é que a sociedade deve se utilizar dos instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico e, sempre que necessário, provocar o Judiciário a exercer esse importante papel que, no Estado Social de Direito, vai sair do rigor do formalismo jurídico da mera subsunção do fato à lei.⁸⁷

Raquel de Carvalho faz a seguinte observação:

Não há dúvida quanto à inafastabilidade do controle judicial em relação aos comportamentos públicos necessários à concretização do direito fundamental à saúde. Em pleno século XXI, em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, soaria absurdo qualquer argumento para excluir o controle judicial sobre aspectos vinculados da prestação do serviço de saúde pública.⁸⁸

⁸⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 455.

⁸⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A saúde pública e o Judiciário: por um equilíbrio indispensável. In: **Direito do Estado – Questões atuais**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 44.

No entanto, segue aduzindo, a mesma autora, que existem limites impostos ao controle judicial que devem ser observados em cada caso concreto, pois a elucidação dos conflitos que são postos ao magistrado deve se basear em critérios razoáveis e devem ser redimensionados para cada realidade.⁸⁹

O que ocorre, portanto, é que existe um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, que, segundo defende Andreas Krell, seriam os juízes ativistas, estes vinculados às diretrizes materiais da Constituição e voltados para a plena realização dos seus comandos e não apegados apenas aos esquemas da racionalidade formal, tornando-se necessária uma mudança de paradigma quanto à função do moderno Estado Social de Direito.⁹⁰

Nesse sentido é que torna-se legítima a atuação do Judiciário e seus sujeitos, devendo o juiz, enquanto garantidor dos direitos constitucionais, utilizar-se dos princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da razoabilidade e proporcionalidade, equacionando os direitos em questão.

O que se busca é a análise do caso concreto, tentando viabilizar o direito à saúde a partir de uma criteriosa observação da urgência do pedido, do objeto em questão e da forma que mecanismos poderão ser adotados para que se efetive o direito constitucional à saúde.

O julgador da demanda em que o sujeito pleiteia um tratamento médico ou um medicamento deve levar em conta a ideia do mínimo existencial e necessário a uma existência digna, a real necessidade daquilo que se busca e de que recursos financeiros necessitaria dispor para que fosse atendido.

Desse modo é que a maioria das decisões judiciais vem sendo trazidas na jurisprudência brasileira: deferimento de demandas que buscam a garantia da saúde como necessária a uma existência digna, ou seja, a maioria dessas demandas são deferidas pelos juízes, pois buscam a efetividade de um direito constitucional fundamental.

⁸⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A saúde pública e o Judiciário: por um equilíbrio indispensável. In: **Direito do Estado – Questões atuais**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 45.

⁹⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 97-98.

Não se nega ainda que, enquanto seres humanos, os juízes vislumbram ali a oportunidade de efetivar uma política pública de fundamental importância que fora anteriormente negada.

Inúmeras são as decisões garantindo o acesso a um determinado medicamento, tratamento médico ou vaga em hospital para a realização de uma cirurgia de emergência. Vejamos algumas jurisprudências nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. PRESCRIÇÃO ADEQUADA AO TRATAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. LISTA DO SUS. Fornecimento do medicamento Leite em pó sem lactose (Nan SL 400g) para criança intolerante à lactose. Direito à saúde. A condenação do Estado para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. Prescrição adequada do tratamento. Evidenciado, através dos atestados médicos, que o menor necessita fazer uso da medicação pleiteada tendo em vista ser a mais adequada ao seu tratamento. Inviabilidade de substituição do medicamento. Os documentos médicos já constantes dos autos são suficientes para comprovar a necessidade do menor em receber o fármaco pleiteado. O medicamento Nan Sem Lactose é destinado para a ALIMENTAÇÃO e NUTRIÇÃO, o que, de acordo com o art. 1º, § 2º da Portaria 2.982, é dever o Estado fornecer. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.⁹¹

Vislumbra-se, nesse primeiro caso, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul obrigando o ente público a fornecer leite para o menor, sob o argumento de que é uma proteção garantida constitucionalmente e em respeito ao direito fundamental à saúde.

Interessante se faz mencionar ainda recente decisão judicial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que determinou o fornecimento de medicamento para tratamento de ansiedade e depressão para o autor, sob o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais, mencionando ainda a impossibilidade de se argüir limites orçamentários, conforme ementa abaixo transcrita:

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMÉDIOS PRESCRITOS PELO MÉDICO PARA O TRATAMENTO DE PESSOA PORTADORA DE TRANSTORNO MISTO ANSIOSO E DEPRESSIVO. PACIENTE SEM RECURSOS FINANCEIROS E USUÁRIA DO SUS. FÁRMACOS

⁹¹ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70074078908 RS. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. D.J. 22 ago. 2017. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490804117/apelacao-civel-ac-70074078908-rs> > Acesso em: 05 set. 2017.

AUTORIZADOS PELA ANVISA. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS PELO SUS. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PODER DISCRICIONÁRIO NA GESTÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NÃO PODE OBSTAR A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DE LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.⁹²

Por outro lado, alguns casos específicos e mais complexos levam-nos a pensar nos critérios ponderados para que se chegue a uma decisão judicial. Isto porque, são decisões que levam à formação de precedentes que podem ser utilizados para obtenção de tutela jurisdicional em demandas semelhantes e ao mesmo tempo urgentes e necessárias para a garantia da vida do indivíduo.

Um exemplo do que foi acima descrito foi o caso conhecido como “o paciente de R\$ 800 mil” divulgado por uma reportagem da revista Época no ano de 2012 e que contou a história de Rafael Notarangeli Fávaro.⁹³

O jovem de 29 anos sofre de uma forma raríssima de anemia, chamada de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), patologia esta que causa inúmeros problemas que podem levar à morte e, para o tratamento da referida doença, Rafael necessita do medicamento Soliris (eculizumab) que não é vendido no Brasil e por isso precisava ser importado.

Diante disso, Rafael acionou o Poder Judiciário em uma demanda proposta contra o estado para que fosse garantido a ele o medicamento que deve ser utilizado durante sua vida inteira, pois a anemia de que sofre não tem cura, e o valor da medicação é, em média, R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a cada 15 (quinze) dias, o equivalente a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) por mês e mais de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) por ano.

Na referida reportagem mencionou-se que Rafael teve conhecimento de um tratamento alternativo que era o transplante de medula óssea que custava para o SUS em torno de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mas que só curava cerca de metade das pessoas que eram submetidas a ele e ainda existiam os riscos de

⁹² Bahia. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 80017099520158050032. Primeira Câmara Cível. Relatora: Pilar Celia Tobio de Claro. D.J. 12 set. 2017. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498333581/apelacao-apl-80017099520158050032>> Acesso em: 13 set. 2017.

⁹³ SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. Revista Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em: 04 set. 2017.

complicações, mas em que pese o medicamento Soliris não garantisse a cura da doença, diminuiriam os seus efeitos e sintomas.

Desse modo é que Rafael, amparado e instruído por médicos, propôs a demanda judicial pleiteando o tratamento com a medicação e teve seu pedido deferido, o que gerou um gasto anual maior que R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) para o SUS.

Situações como a de Rafael nos leva a questionar a forma e os meios utilizados para se chegar a uma decisão judicial que seja justa, eficiente e garanta a vida, mas que, ao mesmo tempo, equalize a real necessidade daquele tratamento mais caro em detrimento de um mais barato.

Na tentativa de resolver demandas como a do “paciente de 800 mil” é que alguns mecanismos e estratégias são utilizados pelos juízes para que as decisões judiciais sejam as mais efetivas possíveis e ao mesmo tempo em que se busca a máxima garantia do direito à saúde.

4 O PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA

A partir de tudo quanto exposto anteriormente, sabe-se que no atual cenário de judicialização da saúde brasileira, os tribunais de todo o Brasil devem buscar alternativas e mecanismos para que suas decisões sejam mais efetivas possíveis e que consigam concretizar o direito à saúde, sem que para isso prejudique outro direito fundamental.

Os julgadores devem então ter consciência do seu papel decisório e ainda ter conhecimento de que o resultado daquela demanda judicial pode impactar diretamente na vida do sujeito que foi até o Judiciário na tentativa de ter o seu pleito deferido e proteger a sua dignidade.

Ocorre que, não só dar aquilo que se pede, mas se faz ainda de extrema importância se entender o que está sendo requerido judicialmente e analisar a real necessidade do objeto da demanda, isto porque o Poder Judiciário não pode se ver abarrotado de processos e liminares com pedidos descabidos, movendo toda a máquina estatal na tentativa de obter um pleito impossível de ser realizado.

Nesse contexto é que no estado da Bahia foi criado o Plantão Médico Judicial para auxiliar os juízes de todo o estado a decidirem as demandas de saúde e, mais do que isso, é uma alternativa para que o judiciário consiga atender os processos e casos que são de extrema importância para a conservação da vida do sujeito e filtrar outras situações em que o indivíduo se aproveita do suporte judicial para pleitear descabidamente.

Sendo assim, o plantão médico judicial da Bahia é uma tentativa de solucionar o grande problema da judicialização da saúde no estado, trazendo a premissa de inclusão social e acesso à saúde, mas com responsabilidade, justiça, equilíbrio e razoabilidade.

Diante disso é que será feita uma análise desse modelo de assessoria de que gozam os magistrados do estado da Bahia, ressaltando a importância do plantão e como pode servir de modelo para outros estados que não dispõem desse tipo de auxílio.

4.1 SURGIMENTO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO

O plantão médico judicial (entitulado hoje como NAT – Núcleo de Assistência Técnica) foi um marco na questão das demandas de saúde do estado da Bahia, tendo em vista que foi criado com o intuito de auxiliar os magistrados na tomada de decisões liminares que envolvam a concessão de medidas ligadas à saúde.

A sua criação ocorreu no ano de 2012, em razão do Decreto Judiciário nº 287 de 14 de fevereiro de 2012 que instituiu o plano médico de assessoria ao juiz no âmbito do Poder Judiciário, considerando a real necessidade de subsidiar os magistrados com informações especializadas para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, criando um ambiente tecnicamente seguro para a tomada de decisões judiciais.

Assim previu o Decreto Judiciário nº 287:

RESOLVE

Art. 1º Instituir, no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, o Plantão Médico de assessoria ao juiz, que reúne informações técnico-especializadas, visando subsidiar o magistrado na tomada de decisões que envolvam a pertinência técnica ou contratual de benefícios, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, diagnósticos, internações ou afins, relativos ao setor público (SUS) ou a saúde suplementar (planos de saúde).⁹⁴

Em que pese já existisse esse auxílio técnico por parte das médicas plantonistas, essa assessoria antes do Decreto nº 287 era feita informalmente, através da qual os magistrados solicitavam informações técnicas sobre a demanda que estava sendo proposta, mas apenas com o Decreto é que houve a formalização desse serviço.

Cumprir destacar que o Decreto Judiciário nº 287 foi implementado com o objetivo de atender à Recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 30 de março de 2010⁹⁵, que, considerando o grande número de demandas envolvendo assistência à saúde, o grande dispêndio de recursos financeiros e a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito de problemas de saúde enfrentados pelos autores das demandas, entendeu como necessária a criação do

⁹⁴ BAHIA. Decreto nº 287 de 14 de setembro de 2012. Institui o Plantão Médico de assessoria ao juiz no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia e dá outras providências. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/34456427/djba-caderno1-15-02-2012-pg-8>> Acesso em: 05 set. 2017.

⁹⁵ BRASIL. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://rmpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>> Acesso em: 05 set. 2017.

plantão médico na tentativa de aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde.

Nesse sentido é que formalmente foi criado o serviço do Plantão Médico da Bahia através do Decreto Judicial nº 287 que instituiu também o corpo técnico. Vejamos:

RESOLVE

Art. 3º Constituir equipe de trabalho, composta por Jamile Paulino Souza Ferraz, na qualidade de coordenadora, Ana Virgínia Cavalcanti e Carla Sartori, sem prejuízo de suas funções nas unidades de lotação.⁹⁶

Atualmente a equipe técnica do plantão médico judicial é formada por 4 (quatro) médicas: Jamile Ferraz, que cuida da coordenação, Ana Virgínia Cavalcanti, Carla Sartori e Kézia de Brito, que também é advogada e constitui um ganho nesta seara, visto que faz-se de extrema importância ter a questão técnica médica em consonância com o direito aplicado.

As referidas médicas são especialistas em auditoria da saúde e contam com uma vasta experiência na área, de modo que contribuem de maneira contundente e consciente para que os magistrados possam decidir as liminares de saúde.

Conta-se ainda com duas estagiárias na área de saúde (enfermagem e farmácia) que auxiliam nas pesquisas e na padronização dos pareceres que são utilizados com frequência para o mesmo pedido. Fisicamente o plantão médico localiza-se no prédio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Em entrevista realizada com a médica Carla Sartori⁹⁷, a mesma esclareceu que o plantão médico tem o objetivo principal de dar acesso ao cidadão, proceder com a inclusão social, buscando auxiliar o juiz na melhor forma de prestar assistência à saúde e assessorar quanto às questões técnicas.

Antes da implementação do plantão médico, os pleitos liminares eram deferidos quase em sua totalidade, pois, em que pese os magistrados buscassem pesquisas e outros meios de informações, careciam de questões técnicas que poderiam definir se aquele bem deve ou não ser dado, isto porque nem toda demanda de saúde que

⁹⁶ BAHIA. Decreto nº 287 de 14 de setembro de 2012. Institui o Plantão Médico de assessoria ao juiz no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia e dá outras providências. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/34456427/djba-caderno1-15-02-2012-pg-8>> Acesso em: 05 set. 2017.

⁹⁷ SARTORI, Carla Rossana. Entrevista concedida a Érica Menezes Vaz. Salvador, 04 set. 2017.

é requerida deve ser ofertada, pois em muitos casos deve haver a negativa em razão das circunstâncias.

O plantão não só auxilia orientando que determinada medida seja efetivada, mas também orientando quanto àquele pedido descabido, que de fato não pode ser oferecido pelo Estado, procurando alternativas para que o cidadão, em que pese não possa ter acesso da forma que requereu, possa ser atendido de uma outra maneira.

Desse modo é que o plantão médico atende demandas de saúde que envolvam o SUS e planos de saúde particulares e se, por exemplo, um determinado tratamento médico não pode ser ofertado pelo plano de saúde do cidadão por não constar no rol da Agência Nacional de Saúde, o plantão médico tem o condão também de direcionar ou sugerir que aquele tratamento, quando possível, possa ser feito através do Sistema Único de Saúde, pois o que se busca é viabilizar esse acesso.

O trâmite do trabalho do plantão médico começa quando a demanda judicial é proposta com um pedido de liminar. O magistrado então direciona a petição inicial e documentos para o e-mail do plantão médico que funciona 24 horas por dia, 7 dias da semana.

A equipe técnica, formada pelas médicas já mencionadas, passa então à análise minuciosa da demanda que fora encaminhada, fazendo pesquisas e elaborando um parecer técnico que vai auxiliar o juiz na sua tomada de decisão.

Esse parecer técnico normalmente é respondido de modo imediato, passando por um controle de qualidade entre todas as médicas que tem como ponto final a Dr.^a Ana Virgínia Cavalcanti, concentrando a opinião sobre a circunstância fática e direcionando ao magistrado que, com base naquilo que foi dito, deve formar seu convencimento, que pode ser concordando ou não com o parecer do plantão médico, mas, em sua grande maioria, acabam acatando aquilo que foi estabelecido no parecer do plantão, visto que são informações, pesquisas e opiniões de uma equipe médica experiente e de acordo com a medicina baseada em evidência.

Ressalta-se, ademais, que quando a demanda for de alta complexidade e exigir um estudo mais aprofundado, o parecer é respondido em até 48 (quarenta e oito) horas, buscando a maior celeridade possível, pois a demora no atendimento de uma

questão médica pode resultar na morte ou agravamento das condições de um paciente.

Sendo assim, a função precípua do plantão médico da Bahia é atender as demandas de saúde e viabilizar o acesso, mas sem que pra isso tenha que acatar pedidos descabidos, pois, ao passo em que deve se dar o acesso à uma saúde de qualidade, deve-se também instruir sobre a melhor forma de fazê-lo.

Segundo informações internas do plantão médico⁹⁸, em verdade, 90% (noventa por cento) das demandas são financeiras, não técnicas, ou seja, o processo já vem instruído com o relatório médico indicando o tratamento médico ou o medicamento, requerendo então que o Estado ou o plano de saúde arque com os custos e forneça. Nesses casos o autor da demanda não busca informações técnicas sobre aquele tratamento e sim pugna pelo seu fornecimento e o papel do plantão, nesse sentido, também é indicar alternativas mais baratas ou procedimentos diversos que possuem o mesmo efeito médico.

Essas demandas médicas, em sua maioria, buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos, medicamentos oftalmológicos, vagas em hospitais e postos de saúde, *home care* (assistência médica domiciliar), internação em clínicas de obesidade e pedido de prótese peniana.

Por outro lado, surgem também situações mais complexas que exigem da equipe do plantão médico um cuidado maior e uma análise casuística, a exemplo dos pedidos de tratamento a ser realizado no exterior. Nesses casos deve-se analisar se essa é a única alternativa para preservar a vida do paciente e se não existem outros meios mais módicos de garantir esse tratamento. O parecer do plantão médico é protocolizado, mas também individualizado para cada caso.

No entanto, procedimentos e medicamentos não autorizados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não podem ser indicados pelo plantão, visto que não guardam ainda comprovação científica e por isso o seu fornecimento não pode ser indicado.

Por fim, cumpre mencionar que o plantão médico da Bahia conta agora com a recente implantação do sistema NAT JUS BA, através do qual vai funcionar toda a

⁹⁸ SARTORI, Carla Rossana. Entrevista concedida a Érica Menezes Vaz. Salvador, 04 set. 2017.

comunicação dos magistrados com a equipe médica, vai contar com um controle estatístico, padronização de pareceres e um espaço para pesquisas.

Nesse sentido é que o plantão médico da Bahia, que já conta com uma experiência muito positiva no cenário do Poder Judiciário baiano, tem buscado cada vez mais se aperfeiçoar com o objetivo de viabilizar o acesso à saúde a todos.

4.2 MECANISMOS DE AUXÍLIO PARA O PLANTÃO

Para que o plantão médico funcione da maneira eficiente como tem funcionado, sua equipe médica conta com inúmeros mecanismos e instrumentos científicos, temáticos e legais para dar embasamento nos seus pareceres e buscar o ideal de justiça e inclusão social.

Seria, portanto, proceder com a inclusão social do sujeito que se viu negado do seu direito à uma saúde digna, mas ao mesmo tempo fazer isto de maneira justa, sem que configure um desrespeito aos demais direitos fundamentais e dando aquilo que de fato seria possível e razoável.

Sendo assim, não só a experiência pessoal e o bom senso de cada membro do corpo técnico do plantão no momento de elaboração dos pareceres, mas existem ainda normativas, leis e regras do SUS, planos de saúde particulares e da Agência Nacional de Saúde (ANS) que vão auxiliar nesse papel e colaborar diretamente para que todo parecer e indicação do plantão médico seja embasado em aspectos legais e seguido por normas, até mesmo para que não se crie novas condutas que não poderiam ser adotadas.

Desse modo, o serviço do plantão médico judiciário do estado da Bahia atua em conformidade com a lei, da maneira mais célere possível na tentativa de salvaguardar o direito à saúde de todos aqueles que recorrem ao poder judiciário, seja porque não tem condições de arcar com o tratamento médico ou medicamento, ou porque a cobertura para o que deseja foi negada pelo plano de saúde.

Importante então destacar três desses mecanismos que auxiliam o plantão médico judicial e que serão abordados a seguir, quais sejam: o tema da economia da saúde,

as diretrizes da Agência Nacional da Saúde (ANS) e a lei dos planos de saúde (lei nº 9.656/98).

4.2.1 A economia da saúde

Um dos temas a ser trabalhado no plantão médico e que vai auxiliar na concretização do direito à saúde de modo consciente é a chamada economia da saúde.

Costuma-se pensar que área da saúde pouco tem relação com a economia quando se está em risco a vida de uma pessoa, pois parte-se da ideia de que a saúde não tem preço e todo o esforço para salvar uma vida é válido, o que não é errado. No entanto, é necessária uma gestão eficiente dos serviços de saúde.

É importante então destacar o papel da economia como fundamental para a dinâmica no mercado dos serviços de saúde, isto porque é preciso entender as necessidades dos indivíduos e ao mesmo tempo saber diferenciar aquilo que é de interesse comercial dos fabricantes de medicamentos e equipamentos.

Carlos R. Del Nero destaca que os serviços de saúde no Brasil encontram-se distorcidos por diversas razões, quais sejam: os serviços não correspondem à necessidade da população; a distribuição dos recursos é desigual; uso excessivo de tecnologia médico-hospitalar para tratamento de doenças preveníveis; venda liberal e uso excessivo de medicamentos; internações e exames desnecessários; competição do setor privado com o setor público e distribuição do financiamento proveniente da seguridade social sem mecanismos apropriados de controle.⁹⁹

As conseqüências dessas questões negativas são sentidas na falta de controle e planejamento dos custos médicos, levando a um sistema de saúde ineficaz, precário e marcado pela ausência de condições mínimas.

Quando se fala em saúde, o estado deve ter enorme responsabilidade em planejar e alocar os recursos, utilizando-os de forma racional com o intuito de concretizar o

⁹⁹ NERO, Carlos R. Del. **Economia da Saúde: Conceitos e Contribuição para a Gestão da Saúde**. PIOLA, Francisco Sergio; VIANNA, Magalhães Solon (Orgs.). IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/CAP1.pdf>> Acesso em: 08 set. 2017.

direito fundamental à saúde e ainda obter resultados positivos nos indicadores de saúde.

Com o objetivo de dirimir esses conflitos e obter eficácia no planejamento e controle dos gastos com saúde é que a ciência da economia da saúde foi criada e vem ganhando cada vez mais espaço.

Nesse sentido é que a economia da saúde é conceituada:

Economia da saúde é a aplicação do conhecimento econômico ao campo das ciências da saúde, em particular como elemento contributivo à administração dos serviços de saúde.

(...)

O ramo do conhecimento que tem por objetivo a otimização das ações de saúde, ou seja, o estudo das condições ótimas de distribuição dos recursos disponíveis para assegurar à população a melhor assistência à saúde e o melhor estado de saúde possível, tendo em conta meios e recursos limitados.¹⁰⁰

Sendo assim, a economia da saúde nada mais é do que a tentativa de planejar e otimizar os recursos públicos para que sejam aplicados da maneira mais eficaz possível na área da saúde e, com isso, alcançar os melhores resultados.

Ademais, o conceito de economia da saúde propõe ainda o modo de pensar que leve em consideração a escassez dos recursos públicos, sem deixar de atender à demanda de saúde, ou seja, deve haver um equilíbrio entre esses dois fatores.

Sendo assim, procura-se evitar também que o atendimento à saúde não tenha como foco o mercado de medicamentos e tratamentos médicos, tendo em vista que o objetivo principal é a concretização da saúde, mas, em alguns casos, há uma tentativa de burlar essa finalidade e inserir na demanda um interesse puramente mercadológico.

Por essa razão é que os profissionais do direito devem evitar que o Poder Judiciário seja manobrado por uma estrutura privada que está preocupada somente com a majoração do seu próprio lucro e que não tenha comprometimento com a qualidade de vida e cura das doenças dos cidadãos.¹⁰¹

¹⁰⁰ NERO, Carlos R. Del. **Economia da Saúde: Conceitos e Contribuição para a Gestão da Saúde**. PIOLA, Francisco Sergio; VIANNA, Magalhães Solon (Orgs.). IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/CAP1.pdf>> Acesso em: 08 set. 2017.

¹⁰¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A saúde pública e o Judiciário: por um equilíbrio indispensável. In: **Direito do Estado – Questões atuais**. Salvador: JudPodivm, 2009, p. 47.

O ideal é que as políticas públicas e o controle judicial no que tange à saúde devem promover a igualdade entre os cidadãos, não servir como um impulsionador do mercado de medicamentos e equipamentos médicos.

Diante desse contexto é que o plantão médico judicial da Bahia vem atuando na tentativa de dar aquilo que se pede de maneira justa, evitando que o sujeito veja no Poder Judiciário uma maneira de auferir lucro.

O objetivo do plantão médico não é só responder a uma demanda e encaminhar o seu parecer. Em verdade, o que se busca é dar ao magistrado uma visão de economia da saúde para que se entenda aquilo que está sendo pedido, a sua real necessidade e o preço daquilo que se pede.

O Judiciário, mais do que dar o que se pede, deve entender o real valor do que está sendo pedido, se o preço daquele medicamento ou tratamento médico é o praticado no mercado e ainda se existe uma alternativa menos onerosa e que tenha o mesmo efeito prático.

Ademais, como os pedidos liminares em sede de saúde vão requerer urgência no seu atendimento sob pena de morte do paciente, em alguns casos o magistrado determina que a medida seja adotada para somente depois o preço daquele procedimento seja discutido, fazendo com que não se coloque em risco a vida do indivíduo, evitando ainda que se busque vantagem econômica.

A comercialização da saúde deve, então, ser evitada pelos julgadores do Judiciário e, para isso, é importante o conhecimento básico da economia da saúde e o entendimento de que a saúde é um bem essencial.

A medicina está baseada na ética econômica que em nenhum momento pode ser burlada para se auferir lucro, pois a consequência disso é a morte do autor ou a ausência de assistência médica, comprometendo de imediato o direito fundamental à saúde.

4.2.2 Agência Nacional da Saúde e a Lei nº 9.656/98

Outro importante elemento que vai auxiliar e dar embasamento ao trabalho exercido no plantão médico são as diretrizes e rol da Agência Nacional da Saúde que vão

funcionar como norteadores, estabelecendo o que pode ou não ser concretizado naquela demanda e ainda padronizar com o objetivo de que não se crie novos padrões que, em regra, não poderiam ser aplicados para aquela situação prática.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil e que teve sua criação determinada pela Lei nº 9.961/2000¹⁰², cujo objetivo primordial é promover a gestão da assistência suplementar à saúde.

Desse modo é que anualmente a ANS disponibiliza um rol de procedimentos que devem ser cobertos pelos planos de saúde, de modo que quando a demanda judicial versar sobre medicamentos ou tratamentos a serem custeados pelo plano de saúde, deve reportar-se ao rol da ANS no intuito de verificar se o que se pede está incluso dentre aqueles que o plano de saúde tem a obrigação de custear.

Ocorre que, na maioria dos casos, quando o procedimento pleiteado não consta no rol disponibilizado pela ANS, procede-se com a judicialização da demanda, pugnando, portanto, que o Judiciário utilize dos meios coercitivos para obrigar o plano de saúde a custear.

No entanto, o plantão médico judicial da Bahia, frise-se, busca dar acesso à saúde a todos, mas de modo responsável, coerente e justo, isto porque, como se sabe, existem procedimentos, tratamentos e cirurgias médicas que não fazem parte da cobertura dos planos de saúde e o paciente tem conhecimento dessa circunstância no momento em que adere ao mesmo.

Sendo assim, em muitas circunstâncias desse tipo, os pareceres são contrários à obrigatoriedade de que os planos de saúde cubram determinada demanda, justamente pelo motivo de não ter previsão legal, não estando previsto também no rol da ANS.

¹⁰² “Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.” (BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

No entanto, não estaria atendendo ao objetivo principal pelo qual foi criado se o plantão médico emitisse parecer apenas sugerindo a negativa do que se pede. Mais do que isso, sugere-se de que outra forma seria possível obter o bem que se busca.

Um exemplo do plantão médico que é válido citar foi a demanda judicial em que a autora pugnava, em sede de liminar, a realização de cirurgia para redução mamária. No entanto, em razão do referido procedimento cirúrgico não constar no rol da ANS e, portanto, não ter a obrigação de ser custeado pelo plano de saúde, o parecer foi desfavorável nesse sentido, sob o argumento de que não configura obrigação do plano de saúde custear esse tipo de cirurgia que é enquadrada como estética. No entanto, como a cirurgia de redução mamária pode ser realizada através do Sistema Único de Saúde (SUS) em alguns hospitais, indicou-se então que a autora fizesse seu pedido junto ao SUS, sinalizando qual hospital seria apto a atendê-la.¹⁰³

O que se observa, portanto, é que a saúde, por ser bem da vida essencial, não pode ser simplesmente negada sob o fundamento de que determinado procedimento não consta no rol da ANS. Buscam-se, então, alternativas outras que podem garantir ao sujeito aquilo que se deseja, sem que pra isso precise obrigar o plano de saúde a custear algo que, por lei, ele não estaria obrigado.

Situações outras, que demandam uma resposta urgente sob pena de morte do paciente, o magistrado pode determinar a realização imediata daquilo que se pede para somente depois, quando não houver mais risco de vida, proceder com discussão sobre a responsabilidade para arcar com os custos.

Estamos diante, portanto, de duas vertentes: os planos de saúde privados e o SUS. Os sujeitos que aderem ao plano de saúde devem, desse modo, ir de acordo com a cobertura do plano de saúde que contratou e aqueles que não têm condições financeiras de aderir ao plano particular, ficam sujeitos ao SUS que, regido pela Lei nº 8.080/90¹⁰⁴, oferecem assistência à saúde.

Importante mencionar ainda a Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos de saúde e configura um marco na regulação do mercado dos planos de saúde, trazendo alguns avanços e conquistas no que tange aos planos de saúde privados.

¹⁰³ SARTORI, Carla Rossana. Entrevista concedida a Érica Menezes Vaz. Salvador, 04 set. 2017

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 13 set. 2017.

Uma das novidades trazidas por esta lei foi o art. 10 que instituiu o plano referência, tratando a cobertura contratual mínima que deve ser oferecida pelos planos de saúde, compreendendo partos e tratamentos realizados no Brasil, excluindo da previsão alguns tratamentos como os experimentais, inseminação artificial e fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados.¹⁰⁵

Outro aspecto trazido pela lei dos planos de saúde é a proibição de negativa de aderência ao plano em razão da idade ou por ser deficiente, conforme prevê o art. 14¹⁰⁶ e ainda a obrigatoriedade nos casos de urgência e emergência, segundo o art. 35-C¹⁰⁷.

Desse modo é que a Lei nº 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, assim como o rol e diretrizes da Agência Nacional da Saúde estabelecem parâmetros e regras que devem ser observados pelo Judiciário quando da concessão de medidas

¹⁰⁵ “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência) VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.” (BRASIL. **Lei nº 9.656** de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2017.)

¹⁰⁶ “Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vide Lei nº 12.764, de 2012)” (BRASIL. **Lei nº 9.656** de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2017.)

¹⁰⁷ “Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009) I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009); II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009); III - de planejamento familiar. (Incluído pela Lei nº 11.935, de 2009).” (BRASIL. **Lei nº 9.656** de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2017.)

de saúde, tendo em vista que não se defende a concretização da saúde sem observância dos limites legais.

No entanto, cada caso concreto guarda sua urgência e necessidade, devendo o magistrado ter o discernimento para entender qual demanda pode ser negada sob um fundamento legal e aquela que deve ser atendida de modo imediato, para somente depois se verificar quem arcará com os custos.

O plantão médico judicial da Bahia utiliza em seu trabalho, não só o conhecimento médico dos componentes da equipe médica, mas também deverá utilizar-se de instrumentos como a temática da economia da saúde, com o objetivo de instruir o magistrado em seu julgamento e conhecer os custos daquilo que se pede, e ainda dos regramentos e normas insertos nas legislações demonstradas.

Conclui-se então que os pareceres que são produzidos pelo plantão médico encontram embasamento legal e em consonância com as principais diretrizes no que tange à assistência à saúde, isto porque, conforme já afirmado anteriormente, concretizar o direito fundamental à saúde deve levar em conta também aquilo que é possível por lei, sem deixar de considerar que por se tratar de uma matéria ligada diretamente à vida, deve levar em conta a urgência e necessidade do caso concreto.

4.3 O PLANTÃO MÉDICO JUDICIAL DA BAHIA COMO REFERÊNCIA

Diante da análise exposta, não restam dúvidas de que a criação do plantão médico judicial da Bahia, nos moldes em que funciona, representa um ganho para o Poder Judiciário baiano, tendo em vista que assessora os magistrados nas demandas e decisões liminares com pleitos relacionados à saúde.

Em que pese os magistrados estejam munidos de conhecimento jurídico necessário para deferir ou não um pedido de saúde, carece aos mesmos o conhecimento médico técnico sobre a demanda, sendo importante e necessário que se tenha uma assessoria nesse sentido.

O intuito maior do plantão médico na Bahia é trazer com celeridade, objetividade e toda a técnica médica o conhecimento e informação de que necessita o julgador para que haja uma maior segurança e eficácia na sua decisão.

Cumprir destacar que o papel desempenhado pelo plantão é apenas de assessoria, não funcionando como uma perícia técnica que poderá ser solicitado no processo quando for necessária, sendo mais um mecanismo de apoio e fonte de informação para o magistrado na sua tomada de decisões.

Os magistrados, portanto, consultam sobre a pertinência técnica ou contratual daquele pleito judicial, seja de medicamentos, procedimentos cirúrgicos ou internações que digam respeito aos planos de saúde privados ou ao setor público (Sistema Único de Saúde) e é com base no parecer que o juiz decide pela concessão ou não da medida liminar.

Esse ambiente permite que as decisões sejam tomadas com mais agilidade, otimizando o tempo em que os magistrados tinham que buscar, por conta própria, informações médicas, muitas vezes escassas e sem embasamento científico comprovado.

Não se nega, portanto, os inúmeros pontos positivos e vantagens trazidas ao Judiciário pelo plantão médico e, corroborando com esse entendimento, o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), após ser questionado sobre a atuação do plantão médico judicial, proferiu parecer posicionando-se favoravelmente.

Através do Parecer CREMEB nº 04/2016, aprovado em sessão plenária de 16 de fevereiro de 2016, o Conselho Regional de Medicina avaliou a conduta ética dos médicos que compõem o plantão médico judicial da Bahia no que se refere à emissão de pareceres, ao analisarem os relatórios médicos proferidos por outros profissionais.

Isto porque, cumpre esclarecer, as demandas judiciais de saúde, em sua grande maioria, apresentam-se já com relatório médico indicando a realização de tratamento ou utilização de medicamento e, assim sendo, quando a análise passa pelo crivo do plantão médico, essa equipe médica estaria analisando relatório já emitido por outro profissional da saúde.

Nesse sentido é que o CREMEB posicionou-se:

EMENTA: O exercício profissional da atividade médica na obediência dos preceitos legais e éticos, quando desempenhado por médicos que

compõem o Plantão Médico Judiciário, será sempre considerado um Ato Médico lícito.¹⁰⁸

Na fundamentação do mencionado parecer, o CREMEB fundamentou seu entendimento destacando que a atuação do médico deve se pautar no zelo com seu paciente e de acordo com os preceitos éticos, podendo ainda exercer a sua profissão com autonomia.

Segue aduzindo que é direito do médico indicar o procedimento que julgar mais adequado ao paciente, desde que observem as práticas reconhecidas cientificamente e respeitando a legislação vigente, sendo possível ainda ao médico indicar falhas quando julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais.

Sendo assim, proferiu o seguinte julgamento sobre a atuação dos médicos no plantão médico judicial da Bahia:

Quanto ao questionamento a respeito da possibilidade do médico integrante do Plantão Médico emitir parecer contrário às manifestações dos médicos assistentes, não vislumbramos qualquer deslize ético, considerando a autonomia do profissional, prevista como princípio fundamental no Código de Ética Médica.¹⁰⁹

Mesmo porque o trabalho do plantão médico é voltado para a assessoria do magistrado, proferindo apenas um parecer opinativo sobre a circunstância que lhe fora apresentada, não cabendo à equipe médica do plantão a decisão liminar sobre o caso, pois este poder é exclusivo do magistrado.

Por fim, ratificou que a persecução do ato médico é na promoção da saúde para todos, independente de qualquer atribuição que o médico exerça, devendo observar sempre os ditames legais e éticos diante de qualquer atividade laborativa, sendo legítima, portanto, a atuação médica do plantão médico judicial do estado da Bahia.¹¹⁰

¹⁰⁸ BAHIA. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Parecer CREMEB 04/16**. Dispõe sobre a conduta ética dos médicos que compõem o Plantão Médico Judiciário no que se refere à emissão de pareceres, ao analisarem os relatórios médicos emitidos por outros profissionais. Disponível em: <<http://www.cremeb.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Par-Cremeb-04-2016.pdf>> Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁰⁹ BAHIA. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Parecer CREMEB 04/16**. Dispõe sobre a conduta ética dos médicos que compõem o Plantão Médico Judiciário no que se refere à emissão de pareceres, ao analisarem os relatórios médicos emitidos por outros profissionais. Disponível em: <<http://www.cremeb.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Par-Cremeb-04-2016.pdf>> Acesso em: 15 set. 2017.

¹¹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

E essa atuação é tão importante que em muitas decisões judiciais os magistrados citam ou solicitam o parecer do plantão médico para prestar esclarecimentos sobre o objeto da demanda.

Um exemplo do mencionado acima foi a demanda proposta junto à 7ª Vara da Fazenda Pública de Salvador – Bahia em desfavor do Município de Salvador e do Estado da Bahia, em que o autor pleiteava o fornecimento de material cirúrgico para a realização de cirurgia no Hospital Irmã Dulce. Na ocasião o magistrado proferiu decisão liminar requerendo que o autor justificasse a necessidade do material requerido e ainda pugnou pela manifestação do plantão médico sobre o pedido do autor, tendo em vista que restaram dúvidas sobre o objeto da demanda.¹¹¹

Referida decisão demonstra a relação de confiança existente entre os magistrados e o trabalho realizado pelo plantão médico da Bahia, pois os julgadores buscam a assessoria do mesmo na tentativa de oferecer a melhor decisão possível para o autor.

Um segundo exemplo que podemos verificar a atuação positiva do plantão médico foi na ação judicial em que a autora requeria, contra o Estado da Bahia, um procedimento cirúrgico com urgência. Em sede de decisão liminar, o juiz do caso concedeu a tutela requerida e solicitou informações ao plantão médico nos seguintes termos: “Outrossim, remeto o caso, através de email, ao Plantão Médico do TJBA, em especial, para que informe o tempo máximo de espera para realização do tratamento sem que haja agravamento do quadro”.¹¹²

Demonstra mais um caso em que o julgador da demanda busca dirimir suas dúvidas através da consulta ao plantão médico que fornecerá informações técnicas a respeito daquilo que foi questionado.

Por fim, em razão de tudo que foi exposto e da análise de como funciona o plantão médico judicial no estado da Bahia, dúvidas não restam de que esse é um importante mecanismo de auxílio para o Judiciário, visando objetividade e celeridade

¹¹¹ Bahia. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação ordinária nº 0571968-30.2014.8.05.0001. 7ª Vara da Fazenda Pública. Juíza: Patricia Cerqueira de Oliveira. Bahia. D.J. 09 jan. 2015. Disponível em: < <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000EIJK0000&processo.foro=1>> Acesso em: 15 set. 2017.

¹¹² Bahia. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação ordinária nº 0551085-28.2015.8.05.0001. 7ª Vara da Fazenda Pública. Juíza: Marielza Maués Pinheiro Lima. Bahia. D.J. 02 set. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000IESD0000&processo.foro=1>> Acesso em: 16 set. 2017.

para proferir decisões liminares que, por versarem sobre o direito fundamental à saúde, deve ser feito com urgência e observando a necessidade de cada caso colocado em tela.

Não só para o Judiciário da Bahia que já implementou esse tipo de assessoria, mas o plantão médico judicial deveria ser implementado em todos os estados, visto que as demandas de saúde tem sido cada vez mais recorrentes em todo o Brasil e, em razão disso, qualquer alternativa criada para tentar dirimir os conflitos de maneira mais rápida possível pode definir entre a vida ou morte de um sujeito que não encontra outra alternativa que não recorrer ao Judiciário.

Mais do que o acesso à uma saúde digna, as ferramentas trazidas pelo plantão médico do estado da Bahia pode trazer a esperança de um Judiciário mais eficiente, mais técnico e mais voltado para o ideal de acesso a todos e justiça.

5 CONCLUSÃO

Pôde ser visto, portanto, que o direito à saúde é garantia constitucionalmente prevista e que é implementada através de políticas públicas que, no caso do Brasil, nem sempre são suficientes.

Desse modo, tendo em vista a omissão do poder público em oferecer uma saúde de qualidade que alcance toda a sociedade e ofereça com satisfação aquilo que se pretende, a saúde tem sido cada dia mais judicializada, no intuito de que o Poder Judiciário possa garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, surge nesse contexto a cláusula da reserva do possível como argumento do Estado no sentido de que se abstém de implementar as políticas públicas e garantir à saúde ao indivíduo sob o argumento da escassez de recursos (que de fato é finito) e a conseqüente impossibilidade de tomar medidas aptas a satisfazer o direito à saúde.

No entanto, a cláusula do possível deve ser fundamentada, não podendo ser alegada de modo irrestrito, visto que o poder público tem a obrigação de demonstrar que no caso concreto não tem condições financeiras de arcar com os custos daquela medida de saúde, mas, ainda assim, como se demonstra através das jurisprudências dos tribunais, tem sido argumento constante nas demandas dessa espécie.

Nesse contexto é que o Poder Judiciário, sem que com isso consiga ferir o princípio da separação de poderes, vê-se obrigado a implementar políticas públicas, de sorte a garantir o direito constitucional à saúde, visando o bem maior que é a vida com dignidade daquele sujeito que, diante da omissão do Estado, não encontra outra alternativa que não seja recorrer ao Judiciário.

Ocorre que, com isso, os tribunais de todo o Brasil se deparam com a realidade de assoberbamento de demandas ligadas à saúde, o que pode levar a uma morosidade maior no atendimento dessas questões, o que coloca em risco a vida do paciente que necessita daquela medida de saúde pleiteada com urgência.

De sorte a assessorar e na tentativa de dar mais celeridade aos processos de saúde do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é que foi criado o Plantão Médico Judiciário da Bahia, uma ferramenta de assessoramento para os magistrados.

Essa é uma alternativa que, contando com uma equipe médica à disposição, os magistrados podem dirimir suas dúvidas, pedir esclarecimentos e sugestões através da emissão de pareceres que, mais do que a indicação de um tratamento ou medicamento, buscam o acesso de todos à saúde.

O trabalho do plantão médico judicial da Bahia contribui para um Judiciário mais célere com tomada de decisões mais consciente e coerente com a medicina e toda a temática que a cerca, isto porque os magistrados, em muitos casos, não detêm o conhecimento técnico necessário para entender aquilo que está sendo solicitado ou ainda julgar se seria coerente aquela medida que se pleiteia.

Através de padrões médicos, regramentos e normas existentes é que o plantão médico vem contribuindo de modo positivo para o cenário jurídico baiano, funcionando como uma referencia para outros estados do Brasil e exemplo para que esse mesmo modelo auxilie na tomada de decisões liminares nos tribunais de outros estados.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Apelação Cível nº 00001916120148020054. 1ª Câmara Cível. Relator: Fernando Tourinho de Omena Souza. Alagoas. D.J. 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/477798942/apelacao-apl-1916120148020054-al-0000191-6120148020054>> Acesso em: 26 ago. 2017.

ALVES, Agenor. **Entendendo o SUS**. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>> Acesso em: 07 ago. 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BAHIA. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. **Parecer CREMEB 04/16**. Dispõe sobre a conduta ética dos médicos que compõem o Plantão Médico Judiciário no que se refere à emissão de pareceres, ao analisarem os relatórios médicos emitidos por outros profissionais. Disponível em: <<http://www.cremeb.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Par-Cremeb-04-2016.pdf>> Acesso em: 15 set. 2017.

BAHIA. Decreto nº 287 de 14 de setembro de 2012. Institui o Plantão Médico de assessoria ao juiz no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia e dá outras providências. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/34456427/djba-caderno1-15-02-2012-pg-8>> Acesso em: 05 set. 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível nº 80017099520158050032. Primeira Câmara Cível. Relatora: Pilar Celia Tobio de Claro. D.J. 12 set. 2017. Disponível em: <<https://tjba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498333581/apelacao-apl-80017099520158050032>> Acesso em: 13 set. 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação ordinária nº 0571968-30.2014.8.05.0001. 7ª Vara da Fazenda Pública. Juíza: Patricia Cerqueira de Oliveira. Bahia. D.J. 09 jan. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000EIJK0000&processo.foro=1>> Acesso em: 15 set. 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação ordinária nº 0551085-28.2015.8.05.0001. 7ª Vara da Fazenda Pública. Juíza: Marielza Maués Pinheiro Lima. Bahia. D.J. 02 set. 2015. Disponível

em:<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000IESD0000&processo.foro=1>> Acesso em: 16 set. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141** de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 01 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.961** de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.656** de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm> Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>> Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70073873309. 8ª Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Rio Grande do Sul. D.J. 20 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/479894249/apelacao-civel-ac-70073873309-rs>> Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 764085 / PR. Segunda Turma. Relator: Humberto Martins. D.J. 10 dez. 2009. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=764085&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Celso de Mello. D.J. 04 mai. 2004. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 29 ago. 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A saúde pública e o Judiciário: por um equilíbrio indispensável. *In*: **Direito do Estado – Questões atuais**. Salvador: JusPodivm, 2009.

Constituição da Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <
<https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/2>> Acesso em: 31 jul. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal. Mandado de Segurança nº 0017974-36.2001.4.01.3400. 5ª Turma Suplementar. Relator: Rodrigo Navarro de Oliveira. Distrito Federal. D.J. 01 mar. 2012. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21382454/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-17974-df-0017974-3620014013400-trf1>> Acesso em: 25 ago. 2017.

JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial – A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2017.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Paulo José Monteiro Santos. O princípio da proporcionalidade como instrumento jurídico para conformar a judicialização do direito à saúde e a função social do juiz no contexto do estado federal. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). **Publicações da Escola da AGU – Pós-Graduação em Direito Público**. Brasília: EAGU, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível nº 08007310720168120029. 4ª Câmara Cível. Relator: Odemilson Roberto Castro Fassa. D.J. 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405981993/apelacao-apl-8007310720168120029-ms-0800731-0720168120029>> Acesso em: 21 ago. 2017.

MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. Disponível <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=3> Acesso em: 02 set. 2017.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10452140059828001 MG. 3ª Câmara Cível. Relator: Jair Varão. Minas Gerais. D.J. 01 ago. 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/483567129/apelacao-civel-ac-10452140059828001-mg>> Acesso em: 20 ago. 2017.

NERO, Carlos R. Del. **Economia da Saúde: Conceitos e Contribuição para a Gestão da Saúde**. PIOLA, Francisco Sergio; VIANNA, Magalhães Solon (Orgs.). IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/livros/CAP1.pdf>> Acesso em: 08 set. 2017.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº REEX 16022570 PR 1602257-0. 5ª Câmara Cível. Relator: Edison de Oliveira Macedo Filho. D.J. 24 jan. 2017. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405981993/apelacao-apl-8007310720168120029-pr-0800731-0720168120029>> Acesso em: 21 ago. 2017.

pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421375087/apelacao-reexame-necessario-reex-16022570-pr-1602257-0-acordao> Acesso em: 25 ago. 2017.

RIGOLDI, Vivianne; MACHADO, Edinilson Donisete. **A Tutela Jurisdicional da Saúde sob o enfoque do Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330>> Acesso em: 25 ago.2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70074078908 RS. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. D.J. 22 ago. 2017. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490804117/apelacao-civel-ac-70074078908-rs>> Acesso em: 05 set. 2017.

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 1035436-19.2015.8.26.0053. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Ponte Neto. São Paulo. D.J. 12 jun. 2017. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389461135/reexame-necessario-reex-10354361920158260053-sp-1035436-1920158260053>> Acesso em: 15 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARTORI, Carla Rossana. Entrevista concedida a Érica Menezes Vaz. Salvador, 04 set. 2017.

SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. Revista Época. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em: 04 set. 2017.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, Roberto de Abreu. **A falta contra a legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: JusPodivm, 2013.