

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**

**Arthur Luis Sales**

**DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL**

**Taubaté**

**2021**

**Arthur Luis Sales**

## **DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência para obtenção do diploma de Bacharel em Direito pelo Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Mestre Robson Flores Pinto

**Taubaté - SP**

**2021**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI**  
**Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi**  
**Universidade de Taubaté - UNITAU**

S163d Sales, Arthur Luis  
Direito à saúde e o ativismo judicial / Arthur Luis Sales. -- 2021.  
80f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2021.  
Orientação: Prof. Me. Robson Flores Pinto, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Direitos e garantias fundamentais.  
3. Ativismo judicial. 4. Saúde. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 342.1

**ARTHUR LUIS SALES**

**DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL**

**Trabalho de Graduação apresentado como exigência para obtenção do certificado de graduação pelo curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.**

**Orientador: Prof. Mestre Robson Flores Pinto**

Data: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Mestre Robson Flores Pinto

Universidade de Taubaté

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço imensamente ao Prof. Mestre Robson Flores Pinto pela atenção, carinho e suporte em que me orientou no desenvolvimento deste trabalho de graduação. Desde o primeiro contato com Direito Constitucional na graduação, e tendo as primeiras aulas com o mesmo, me interessei por demais na matéria, com seu brilhantismo na exposição das aulas. E ao longo de inúmeros meses, foram intensas as correções e devolutivas das etapas promovidas nesse percurso árduo, mas como sempre me dizia, “vamos em frente” que o resultado por vez seria alcançado.

Em segundo lugar, agradeço aos meus pais que me ajudaram financeiramente ao longo da graduação, tendo em vista que não é fácil sustentar uma graduação, bem como o carinho e atenção nas horas mais difíceis de ansiedade.

Derradeiramente, agradeço as oportunidades em que a Universidade de Taubaté me promoveu, principalmente através do Núcleo de Práticas Jurídicas, os quais sempre me ajudaram na obtenção de experiência na área, através de aulas e estágios, principalmente pela atenção das pessoas que trabalham lá, especialmente Roberta, Luciana e Beatriz.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”

Ingo Wolfgang Sarlet

## RESUMO

O ativismo judicial vem se tornando um protagonista desde a Constituição Cidadã de 1988, embora alvo de bastante controvérsia, uma vez que se prioriza as vontades dos tribunais superiores ao invés do procedimento legislativo e executivo. Esse cenário, portanto, apresenta aspectos positivos e negativos ante aos anseios e pleitos da sociedade brasileira. O presente trabalho de graduação objetiva analisar criticamente, historicamente e conceitualmente o instituto da saúde como direito fundamental e prestacional, abarcando a função do Estado como garantidor através de políticas públicas efetivas, com seus devidos entraves financeiros. Traça-se, ainda, um panorama estrutural do Sistema Único de Saúde como organismo ativo e promovedor do direito à saúde em território brasileiro. Por fim, permeia-se o entendimento jurisprudencial diversificado e recente com a incidência do ativismo judicial, em seus aspectos essenciais e definidores, como solução remediadora da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, com breves comentários de como a atividade positiva judiciária incide no contexto pandêmico do coronavírus em território brasileiro.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Saúde. Ativismo Judicial.

## **ABSTRACT**

Judicial activism has become a protagonist since the Citizen Constitution of 1988, although the target of much controversy, since it prioritizes the wishes of higher courts instead of the legislative and executive procedure. This scenario, therefore, presents both positive and negative aspects in the face of the desires and demands of Brazilian society. The present graduation work aims to analyze critically, historically and conceptually, the institute of health as a fundamental right, covering the function of the State as guarantor through effective public policies, with its due financial obstacles. It also traces a structural panorama of the Unified Health System as an active organism and promoter of the right to health in Brazilian territory. Finally, it permeates the diverse and recent jurisprudential understanding with the incidence of judicial activism, in its essential and defining aspects, as a remedial solution to the inertia of the Executive and Legislative branches, with brief comments of how the positive judicial activity affects the pandemic context of the coronavirus in Brazilian territory.

**Keywords:** Federal Constitution. Fundamental Rights. Health. Judicial Activism.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>10</b>
2.1 A EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE AO LONGO DAS CARTAS MAGNAS.....	10
2.2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CF/88 .....	19
2.3 A DIMENSÃO PRESTACIONAL POR PARTE DO ESTADO .....	25
2.4 A TUTELA INDIVIDUAL VERSUS INTERESSE COLETIVO: O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL .....	31
<b>3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS ESFERAS DE GOVERNO.....</b>	<b>37</b>
3.1 A GESTÃO DO SUS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL .....	37
3.2 A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA COMUM NA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE.....	42
<b>4. O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE .....</b>	<b>49</b>
4.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL .....	49
4.2 PARÂMETROS PARA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS SOBRE A SAÚDE.....	53
4.3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS .....	55
4.4 O ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE COVID-19 .....	64
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>71</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um crescimento exponencial da atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais sociais consagrados, no qual a consequência direta dessa atividade voltou-se ao fenômeno do ativismo judicial.

Como objeto do presente trabalho de graduação, o direito à saúde destaca-se como corolário ao direito à vida, assegurando que todos devam possuir condições mínimas de existência, embora haja óbices de cunho orçamentário. Nesse sentido, além da disposição constitucional, destaque-se a legislação infraconstitucional norteando a estruturação do Sistema Único de Saúde, com princípios e diretrizes, especialmente na competência entre os entes federativos, para que ambas sejam mecanismos de tutela aos cidadãos.

Dessa forma, estrutura-se o presente em três partes. Inicialmente, analisar-se-á o desenvolvimento histórico da expressão saúde ao longo das cartas magnas brasileiras, bem como a dimensão positiva desse direito conflitante com a reserva do possível, ante a estruturação possível em que o Estado possui para a promoção de políticas públicas.

Em segundo lugar, haverá a disposição infraconstitucional do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pela Lei Orgânica de Saúde e as devidas competências normativas que são conferidas aos entes federativos.

Derradeiramente, discutir-se-á os contornos do ativismo judicial atinentes ao direito a saúde, com análise jurisprudencial de determinados casos concretos os quais hodiernamente promovem a responsabilização dos entes federativos a promoção de determinada atitude, permeando uma breve contextualização do cenário pandêmico no Brasil.

## 2. O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

### 2.1 A EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE AO LONGO DAS CARTAS MAGNAS

A evolução do instituto do direito à saúde no Brasil, positivado em uma Carta Política de fato, fora consolidado por influência direta de seus aspectos históricos, remetendo-se a tempos remotos desde o Brasil Império. Nesse sentido, a história constitucional possui como primeiro plano a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, isto é, imposta unilateralmente por sua vontade em um sistema imperial que vigorou por 65 anos até o advento da República em 1889, sendo revogada em 24 de fevereiro de 1891, entrando em vigor a segunda constituição do Brasil.

Até a vigência de 1891, a primeira Constituição se caracterizava como autocrática e conservadora na matéria, apresentando uma forma de governo denominada monarquia constitucional unitária e hereditária, no qual haviam quatro esferas de poderes, dentre eles, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador. Nesse último, detinha as prerrogativas de sancionar e vetar leis, bem como a nomeação de senadores e juízes. Ademais, vigorava o voto censitário e aberto como também determinação da Igreja Católica como instituição de Estado.

Abordava a primeira Carta Constitucional brasileira em seu inciso XXXI, art. 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos. (BRASIL, 1824)

Realizando uma interpretação deste artigo perante a seara sanitária da época, aduz RAEFFRAY (*apud* CASTILHO, 2014) que durante a Monarquia, foram praticados alguns atos pelo Estado, visando à proteção da Saúde. No entanto, configuraram-se como tímidas iniciativas apenas na área da Saúde Pública (denominados socorros públicos na Constituição Federal do Império). Dessa forma, o direito à saúde preconizado nessa época era associado como mazelas advindas de uma cognição

divina, e que a prestação desse serviço era exclusiva das Casas de Misericórdia, pautadas como instituições religiosas e que, portanto, não havia uma preocupação em resguardar a saúde como direito fundamental (SANTI; ARGERICH, 2015).

Com o advento da Primeira República, fora promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, consagrando o marco da transição da monarquia para a república, sendo o até então Poder Moderador abolido, e instaurando a notória tripartição de poderes de Montesquieu. Outras características também consagraram o período como a separação da Igreja e do Estado e a implementação de direitos e garantias fundamentais. Outrossim, a sociedade era esperançosa por estruturas profundas na saúde, no qual isso não ocorrera nos dispositivos constitucionais, sendo que a Constituição atuava somente ocasionalmente nas moléstias que assolavam o porto de Santos e Rio de Janeiro (SCLIAR, 2007 *apud* SANTI; ARGERICH, 2015, p. 2)

*A priori*, houve a supressão do inciso XXXI, art. 179, da Constituição anterior, imbuído da expressão “socorros públicos”, ainda com influência das “desgraças” divinas que permeavam a contextualização do direito à saúde. Ademais, ainda não houvera a consagração da tutela sanitária em seu sentido literal, podendo-se afirmar que a efetividade do direito à saúde, até aquela época, era nula, sendo a referência mais próxima do que se poderia consagrar a tutela sanitária na expressão “segurança individual”, preconizado no caput do art. 72:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a **segurança individual** e á propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1891, grifo nosso)

Portanto, a análise lógica e contundente de que o direito à saúde não fora pauta temática positivada nas constituições brasileiras precedentes é clara e evidente, além do fato de que praticamente o século XIX era assolado por mazelas que até então não haviam políticas firmes de saúde pública.

Os serviços de saúde emergiram no Brasil, ainda no século XIX, apresentando uma organização precária, baseada na polícia médica, onde as questões de saúde eram ainda de responsabilidade estritamente individual, cabendo ao indivíduo a atribuição de garantir sua saúde através do “bom comportamento”, e às políticas públicas de saúde cabiam o controle das doenças epidêmicas, do espaço urbano

e do padrão de higiene das classes populares (MOTTA *apud* CASTILHO, 2014)

Importante destacar que a assistência à saúde fora revelada então somente a partir do ano de 1923, momento em que a nível infraconstitucional, houve a incidência de um singelo avanço na temática da saúde no Brasil através da Lei Eloy Chaves, no Decreto-Legislativo nº 4682 de 1923, embora garantindo direito somente aqueles que eram trabalhadores contribuintes à previdência Social. Dessa forma, o ideário era destinado como assistência médica somente ao mundo trabalhista.

A partir de 1930, houve uma brusca mudança na situação sanitária no Brasil, tendo em vista a criação do Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, reestruturando o fornecimento da atuação sanitária no país.

Somente a partir de 1930, é que ocorre a ampliação das bases sociais, tendo em vista que a acumulação capitalista passou a ser dominada pelo capital industrial, formando-se, enfim, uma política nacional de saúde, ainda que de caráter restrito (RAEFFRAY *apud* CASTILHO, 2014).

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1934 de vigência limitada em face do golpe, na Era Vargas, amplia-se o rol de direitos e garantias individuais, especificamente no tocante a configuração de direitos fundamentais de segunda geração. Nesse ínterim, houve expressa positivação da saúde e assistência pública, consagrando-se importantes dispositivos legais e sendo a precursora no tratamento do tema em tela.

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:  
II - cuidar da saúde e assistência públicas; (BRASIL, 1934)

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - **A legislação do trabalho** observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

**h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante**, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (BRASIL, 1934, grifo nosso)

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

**f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;** (BRASIL, 1934, grifo nosso)

Art. 140. A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais. (BRASIL, 1934)

Analisando o texto legal do inciso II do art. 10º e o caput do art. 138, houve a participação de praticamente três esferas de governo em adotar as medidas necessárias sanitárias, diferentemente das constituições anteriores em que somente o poder centralizador da União determinava os comandos legais. E que também houve uma positivação constitucional fortemente consubstanciada com a Lei Eloy Chaves, no tocante as proteções sanitárias ao trabalhador e de políticas públicas à população, conforme se prevê também nos arts. 138 e 140.

Criou-se nesse sentido, uma nova ordem na saúde. Essa nova coordenação da esfera da saúde proclamava a promessa do Estado de cuidar pelo bem-estar sanitário da população. Apesar da medida centralizadora ajudar as áreas carentes de assistência médico-hospitalar, os estados mais ricos da federação que já possuíam os serviços de saúde organizada, a experiência foi desastrosa, dificultando o atendimento à população (CARVALHO; PINTO, 2008).

Embora realçada a positivação do direito à saúde nesta Constituição, em síntese, somente a Lei Eloy Chaves que fora recepcionada consagrou a temática, e somente aos trabalhadores que contribuíssem a Seguridade. Assim, não houveram avanços e protecionismos aos desfavorecidos como empregados informais, desempregados, miseráveis.

Não obstante, com o aparecimento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, através de um golpe de Estado autoritário baseado no fascismo, e se iniciando o Estado Novo, insta salientar que em matéria de saúde houve restrição a competência legislativa para a União, visto que para ARGERICH e SANTI (2015), “a principal preocupação do texto constitucional era fortalecer o poder do Executivo, dando-lhe também atribuições do Legislativo e concentrando o poder na figura do presidente da República (...)”.

Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XXVII - normas fundamentais da **defesa e proteção da saúde**, especialmente da saúde da criança. (BRASIL, 1937, grifo nosso)

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; (BRASIL, 1937)

Com a finalização da Segunda Guerra Mundial, e conseqüentemente o fim da Era Vargas, se estendeu o período da redemocratização de 1945 a 1964. Nesse ínterim, surge a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em que houve forte consagração do regime republicano, democrático e do pacto federativo, imbuído principalmente em um Estado Social. Ou seja, houve o predomínio do social sobre o individual. Dessa forma, houve um distanciamento fervoroso com a famigerada Polaca e da ditadura do governo Vargas. Consolidando este entendimento, João Carlos Jarochinski Silva (2011, p.231) realiza uma breve contextualização:

Essa é a primeira Constituição que não foi elaborada com base em um anteprojeto, que fosse oferecido ao legislador para que ele debatesse sobre aquela construção prévia. A principal fonte foi a Constituição de 1934. Isso é significativo de que o objetivo deste texto representa a retomada de um projeto anteriormente pensado para o Brasil, no qual há a busca incessante de rompimento com o passado recente. Nesse momento há um movimento constitucional existente em vários países como a Itália, a Alemanha, a Iugoslávia, a Polônia, entre tantos outros que também rompiam com os regimes ditatoriais existentes antes do término da 2ª guerra, no qual o Brasil também se inseria.

Diversos direitos e garantias fundamentais foram ampliados em contraste a Constituição precedente, principalmente no ideário que a saúde não é apenas uma medida curandeira, preventiva ou até mesmo incidente somente no âmbito trabalhista, mas prática social de incidência a todos os cidadãos.

Art. 5. Compete à União:

XV - legislar sobre:

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e **proteção da saúde**; e de regime penitenciário; (BRASIL, 1946, grifo nosso)

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; (BRASIL, 1946)

Em análise da disposição constitucional, a competência privativa da União permanece na temática da legislação sobre saúde, permitindo a conclusão de que o poder centralizador ainda permanecesse em face do então liberalismo que fora consagrado. Ademais, em 1953, cria-se o Ministério da Saúde, através de fortes discussões através da Primeira e Segunda Conferência Nacional de Saúde, consagrando-se então pela primeira vez como um órgão independente e autônomo, embora fragilizado no aspecto orçamentário comparado ao predecessor Ministério da Educação e Saúde. Outrossim, segundo o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (2007), em 1963, com a terceira Conferência Nacional de Saúde, fora abordado a elaboração de um Plano Nacional de Saúde para a União, Estados e Municípios, corroborando ainda mais para a ideia de uma planificação da saúde.

A partir do Regime Militar instaurado em 1964, houve a imposição do Ato Institucional nº 1, suspendendo as garantias constitucionais, na medida em que era signatário a Declaração Universal dos Direitos do Homem. E com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, houvera a redução da liberdade individual, bem como a suspensão das garantias e direitos fundamentais.

Art 8º. Compete à União:

**XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;**

XVII - legislar sobre:

c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e **proteção da saúde**; de regime penitenciário; (BRASIL, 1967, grifo nosso)

Nesse contexto, a expressão “saúde”, embora consagrada no texto constitucional, não expressou um destaque de direito fundamental, tendo apenas como uma mísera citação na *Lex legum*, bem como a permanência da competência privativa da União em legislar sobre a matéria. Outrossim, contextualizando à época, BERTOLOZZI e GRECO (1996, p. 38) afirmam que:

em 1975, como resultado da V Conferência Nacional de Saúde, foi regulamentada a Lei 6.229 de 17 de julho, que criou o Sistema Nacional de Saúde, o qual legitimava e institucionalizava a pluralidade institucional no setor. Através dessa Lei foram definidas as responsabilidades das várias instituições, cabendo à Previdência Social, a assistência individual e curativa, enquanto que, os cuidados



preventivos e de alcance coletivo ficaram sob a responsabilidade do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

É possível compreender que a medicina privada se beneficiou do modelo de privatizações desde 1964, com demasiados subsídios do setor público, ocorrendo com que houvesse a exaltação da mercantilização da saúde para o que mundo é conhecido até hoje como globalizado, onde o Estado não possuía competências no tocante a prestação de serviços privados de saúde, surgindo então diversos modelos de assistência à saúde, como os privados (liberais) e um subsistema público de financiamento (BORGES, 2002, p. 5).

O resultado dessa complexa cadeia de privatizações promove uma crise exponencial, dentre as razões se pode citar os desvios de verbas do sistema previdenciário, bem como a ausência de repasse pela União dos recursos ao sistema previdenciário; diminuição da economia brasileira com a queda do Milagre Econômico de 1969 a 1973; incapacidade de solucionar problemáticas de saúde coletiva (doenças endêmicas e epidêmicas, bem com indicadores de saúde) em face da intensa priorização da medicina curandeira, dentre outros.

É fundamental ter em mente que a crise da saúde daqueles anos se insere em uma conjuntura de crise econômica, após um período de crescimento acelerado do PIB nacional, e de ascensão do movimento social de contestação ao regime autoritário, instaurado em 1964. (SOUZA, 2014, p.12)

Nesse imbróglio, CHIORO e SCAFF (1999, p. 13) mencionam o Conselho Nacional de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) em 1982 e Ações Integradas de Saúde (AIS) em 1983 e 1984, na medida que este último órgão fora instrumento ante ao processo de descentralização da saúde no território à elaboração de um Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

Com a ascensão da Nova República, após o fim da ditadura militar em 1985, se iniciaram medidas para que o setor privatizante não se sobrepôs-se sobre o setor público da saúde, ainda no governo transitório de José Sarney, tendo em vista a morte precoce de Tancredo Neves. Nesse ínterim, incumbe salientar a importância da VIII Conferência Nacional de saúde, convocado pelo Ministério da Saúde em 1986, no qual houve expressiva participação da sociedade civil e profissionais de saúde, principais atuantes da temática sanitária, em que a maior expressão de tal conferencia

fora a proposição da criação do então vigente Sistema Único de Saúde (BERTOLOZZI; GRECO, 1996, p. 392).

Fora nessa Conferência em que o real sentido do “direito a saúde” entrou nos debates pautado na dignidade humana, no qual houve êxito em concluir que a aludida tutela é garantia estatal de condições mínimas de vida e de alcance universal e igualitário para todos os cidadãos brasileiros. Ademais, foram institucionalizadas algumas organizações de Estado, como bem assevera CARVALHO e PINTO (2008, p.16):

A 8ª Conferência Nacional de Saúde resultou também, na implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que de forma gradual, após a Constituição de 1988, cedeu lugar ao Sistema Único de Saúde (SUS), que representa a materialização do direito à saúde como direito de todos, de forma universal, integral e equitativa como princípios ideológicos. E, de maneira descentralizada, regionalizada e hierárquica como princípios organizacionais. Por fim, o princípio da participação popular. Depois da incorporação do INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) ao Ministério da Saúde (Decreto nº 99.060, de 07 de março de 1990, o mesmo só se tornou extinto, oficialmente, em 27 de julho de 1993, pela Lei nº 8.689). Houve, por conseguinte, a instituição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) que funda o SUS.

Realizando uma síntese sobre a temática sanitária até pouco antes da vigência da Constituição de 1988, atribuem-se algumas características marcantes, não se podendo olvidar que o sistema público priorizava a quem contribuía para a Previdência Social, dos quais aqueles que não contribuía, dependiam de filantropia e caridade; o poder centralizado federal; o conceito de saúde como mazelas divinas e doenças, e não necessariamente como completo bem-estar físico, mental e social.

Por derradeiro, a Constituição Cidadã, conhecida como Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revolucionou o direito à saúde como um direito social, abrangendo-o em um conjunto híbrido de direitos fundamentais, previsto especificamente no Título II (“dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Capítulo II (dos Direitos Sociais), em seu art. 6º, bem como no Título VIII (“da Ordem Social), no Capítulo II (da Seguridade Social), em seu art. 194º, na Seção II (da Saúde), no art. 196º, e demais artigos não menos importantes dispostos na Carta Magna, tendo como princípio basilar a Dignidade da Pessoa Humana, e consagrando-se como cláusula pétrea.

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

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, 1988)

Nesse sentido, BERTOLOZZI e GRECO (1996, p. 392) realiza a conjectura da Constituição de 1988 de forma brilhante:

Os principais pontos aprovados na Carta Magna de 1988 foram: o direito universal à saúde: a saúde como um dever do Estado: a constituição do SUS, integrando todos os serviços públicos em uma rede: além da preservação dos princípios aprovados pela VIII Conferência e a participação do setor privado no SUS de forma complementar, bem como a proibição da comercialização de sangue e de seus derivados.

Intrinsicamente atrelado ao princípio basilar supracitado, passados dois anos após a promulgação da Carta Política vigente, evidencia-se o Sistema Único de Saúde que foi institucionalizado através da Lei Federal nº 8.080, em 1990 – Lei Orgânica da Saúde (LOS), ao qual será abordada doravante, mas que ambas puderam definir o conceito de direito à saúde consolidado pela Organização Mundial da Saúde, atrelado ao que então é possível atribuir como um estado de completo bem-estar social, mental e social (CWHO, 2006, p.1). Ou seja, transcende o estigma associado a enfermidade, passando a ser um completo estado de realização do indivíduo. Nesse ínterim, relacionado a conceituação da expressão “saúde” em si, sua compreensão permeia diversos campos do conhecimento humano, sendo uma função sistêmica.

A Constituição de 1988, portanto, definiu que o Estado deveria agora proporcionar a saúde como um direito mínimo existencial ao indivíduo, bem como adotar políticas públicas de saúde em caráter *erga omnes*, ao qual será abordado de forma pormenorizada doravante.

## 2.2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CF/88

Em primeiro plano, mister se faz definir os direitos fundamentais, que incluem o direito à saúde como direitos sociais. Os direitos fundamentais são direitos atinentes a pessoa humana, os quais podem ser determinados por sua historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e demais contornos institucionais de prerrogativa fundamental ao cidadão, consolidados e positivados na Carta Política de determinado Estado Democrático de Direito, e que segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (2020, p. 937):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Os direitos fundamentais são a essência inalterável de uma sociedade política, garantindo o princípio universal da Dignidade da Pessoa Humana, assegurando aos seres humanos a busca incessável de qualidade de vida digna. Contudo, incumbe salientar pontuações divergentes com a expressão “direitos humanos”, dos quais muitas vezes podem se confundir. Dessa forma, os direitos fundamentais são expostos e positivados inexoravelmente na Carta Política de um Estado Democrático de Direito juridicamente reconhecido, e os direitos humanos são consagrados em tratados internacionais, por isso o caráter inato ao ser humano, visto que não estão interligados. (PINTO, 2009, p. 127)

É possível compreender então que os direitos fundamentais são intrínsecos a todo ser humano, que de certa forma são conjecturados como direitos de defesa assegurando a tutela contra as determinações injustificadas do Poder Público em sua esfera individual (OLIVEIRA, 2015, p. 41).

São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (SARLET, 2019, p.320).

Sendo direitos intrínsecos ao ser humano, são considerados direitos subjetivos, no qual o ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso aduz que:

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade. Boa parte das Constituições do mundo tem um capítulo destinado à enunciação dos direitos fundamentais. Algumas o fazem de modo relativamente lacônico, como a Constituição americana. Outras de forma bem analítica, talvez prolixa, como a Constituição brasileira (2020, p.511)

Esses direitos não surgem inesperadamente, no qual são frutos de um longo processo histórico de estruturação de codificação legal nos países especialmente democráticos, desde o pensamento liberal-burguês do século XVIII, primeiramente através da Magna Carta de 1215. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 149) leciona que:

o reconhecimento de direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importam a conquista de novos direitos.

Esse processo histórico dos direitos fundamentais caracterizado como “gerações” ou “dimensões”:

[...] foi dada por Karel Vasak em 1979 em Estrasburgo na aula inaugural dos Cursos de Instituto Internacional com a célere frase da Revolução Francesa: “Liberdade (1º geração), Igualdade (2º geração) e Fraternidade (3º geração); Bobbio em seu livro *A era dos direitos* mencionou-a e a tornou mundialmente conhecida, e Paulo Bonavides a divulgou no Brasil. (LIMA, 2004, p.173-183 *apud* SILVA, 2015, p. 25)

Tal conjectura de três dimensões é também explanada brilhantemente pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF – MS: 22164 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/10/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155)

Existem críticas de diversos doutrinadores acerca da nomenclatura dos direitos fundamentais em “gerações”, tendo em vista promover um ideário de que a cada geração nova, as gerações precedentes se exaurem, embora a cada nova dimensão de direitos fundamentais, concomitantemente se integram e perfazem, no qual então se consagra a expressão “dimensões” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 816).

É possível notar, sobretudo, que a diferenciação da primeira dimensão de direitos fundamentais para a segunda, se demonstra na atuação do Estado da efetivação dos mesmos. No primeiro plano, o Estado possui uma dimensão negativa de atuação, ao passo em que no segundo plano, age para concretizar os direitos fundamentais. Dessa forma, os cidadãos em seu caráter individual ou coletivo precisam ser esperançosos para construir a sua felicidade em sua nação, através do qual se constrói apenas com o mínimo de bem-estar, conhecido como “Welfare State”, exigindo-se do Estado uma proteção social através de uma postura intervencionista de prestações positivas jurídicas e materiais (SILVA, 2015, p.27).

Consolidando o entendimento do direito à saúde nessas dimensões, é possível compreender que:

O direito à saúde integra os direitos de segunda dimensão, marcado pela evolução do Estado de Direito, para um novo modelo denominado de Estado Social de Direito, onde passou-se a buscar uma concreta ideia de justiça material, ou seja, prestações materiais do estado para mitigar as desigualdades sociais. Portanto, constitui simultaneamente um direito de defesa (porque não pode o Estado e terceiros ingerirem-se indevidamente na saúde do indivíduo), bem como um direito a prestações (uma vez que impõe-se ao Estado a realização de políticas públicas que efetivem o direito à saúde a todos. (OLIVEIRA; LIPPI, 2020, p.250-251)

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 abarcou no Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-se em cinco capítulos, nos quais se abarcam os direitos sociais. Sendo direitos sociais, estão esculpados no art. 6º da CF como direitos fundamentais básicos em mero rol exemplificativo, e que possuem “proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais (SARLET, 2019, p. 627). Desse modo, essa tutela é garantida no art. 60º, §4º, IV, pautado nas cláusulas pétreas, os quais não podem ser objeto de exclusão imperativa do texto constitucional.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988)

Conceituando os direitos sociais, atrelando intrinsecamente com os direitos fundamentais de segunda dimensão, prescritos no texto constitucional, é a prestação positiva através do Estado de ações afirmativas melhorando a qualidade de vida dos cidadãos e que promovem a ascensão dos desiguais, cabendo ressaltar que os direitos econômicos são condicionantes para os direitos sociais, através de determinantes econômicas no intervencionismo estatal (SILVA, 2005, p.286).

Nesse íterim, tais direitos fundamentais no tocante a sua natureza jurídica são determinados de eficácia e aplicabilidade imediata<sup>1</sup>, não necessitando de regulamentação infraconstitucional e ausentes de restrição, ainda que o alcance da eficácia seja avaliado no contexto individual e harmonioso com outros direitos e princípios fundamentais. “Dessa forma, deixaram de ser compreendidas apenas como partes de um documento escrito, que dependeriam da atuação do Poder Legislativo e Poder Executivo para atingirem sua real finalidade” (OLIVEIRA; LIPPI, 2020, p. 252)

Nesse sentido, são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p.376-377) ao qual se aduz que:

[...] o mandamento da imediata aplicabilidade alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional, o que, além disso, guarda sintonia com o teor literal do art. 5º, §1º, da CF, visto que este expressamente faz referência as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais constantes do art. 5º. A

---

<sup>1</sup> CF, Art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Constituição Federal não estabeleceu, neste ponto, distinção expressa entre os direitos de liberdade (ou assim chamados direitos civis e políticos) e os direitos sociais [...]

Explicitado a temática sobre direitos fundamentais e sociais, imperativo determinar a partir de agora as premissas sobre o direito à saúde, no qual é delimitado em diversas disposições do texto constitucional, sendo o art. 6 do Capítulo II do Título II – “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, em que o direito social consagrado a todos os residentes em território brasileiro é oponível ao Estado brasileiro em sua inobservância, bem como no Título VIII – *Da Ordem Social* – Seção II, art. 196, *ipsis litteris*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

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, 1988)

Desse modo, analisando o art. 196, a saúde é um bem intangível do ser humano, ao qual é intrinsecamente ligado ao direito à vida e, portanto, direito de todo cidadão, sendo prerrogativa do Estado integrada a políticas governamentais.

Ademais, o instituto da saúde deve ser entendido em *lato sensu*, porque não possui um significado de enfermidade física ou mental e risco de vida, mas um mínimo de dignidade e bem-estar ao cidadão (SOUZA, 2012, p. 4). Essa dinâmica de abrangência de atividades não é apenas ideológica, pois há previsão constitucional no art. 200, onde é implementada através do Sistema Único de Saúde:

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;

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. (BRASIL, 1988)

Continuando o texto constitucional, o *caput* do art. 198 e seus incisos aduz que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, bem como constituem um sistema único com direção unificada em cada esfera de governo, embora devendo esse sistema ser estruturado em diretrizes de descentralização, com atendimento integral e participação da comunidade.

E no mesmo lapso temporal em que houve a instituição de um sistema público de saúde como notoriedade pública e suas devidas orientações, a Carta Magna concedeu liberdade para a iniciativa privada, conforme previsão nos arts. 197 e 199.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (BRASIL, 1988)

A Saúde Pública no Brasil, portanto, foi consolidada pela atual vigência da Constituição, realizando vasta disposição sobre a matéria ao qual será abordado doravante, e viabilizando a criação e regulamentação do Sistema Único de Saúde, através da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde) e a Lei nº 8.142/90, que estabeleceu direitos e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Sobre o contexto:

[...] em matéria de serviços e ações de saúde, dada a natureza, a complexidade e a magnitude de uma execução em todo o território nacional, suas atribuições e responsabilidades foram atribuídas e repartidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS entre as três esferas de governo, a saber: federal, estadual e municipal. (SOUZA; MATTOS, 2010, p. 15)

### 2.3 A DIMENSÃO PRESTACIONAL POR PARTE DO ESTADO

O direito à saúde, como bem asseverado anteriormente, é consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seus arts. 6 e 196 a 200, no qual aduz diretrizes para o seu pleno exercício e configuração, bem como em nível infraconstitucional na Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), complementada pela Lei 8142/90 e Lei Complementar nº141/201, e demais disposições legais pertinentes sobre a matéria.

Sendo o direito à saúde conjecturado como um direito social fundamental de segunda dimensão, e imbuído de aplicabilidade imediata nos termos do art. 5, §1º, “deve ser implementado na sociedade de forma coletiva, igualitária e progressiva e que compete ao Estado fazê-lo, por meio de políticas públicas” (MORETTI; COSTA, 2016, p. 119), como se prevê:

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, 1988, grifo nosso)

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, **cabendo ao poder público** dispor, nos termos da lei, sobre sua **regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988, grifo nosso)

É notório que os direitos fundamentais são consagrados como cláusulas pétreas, exortado no núcleo intangível da Carta Política, previsto no art. 60, §4º, II e IV, delimitando os contornos criativos da liberdade em matéria de políticas públicas (MORETTI; COSTA, 2016, p. 120). Portanto, as políticas públicas não podem transgredir o direito material fundamental à saúde, em vista do óbice em relação a transgressão dos objetivos fundamentais preceituados no art. 3º da Magna Carta brasileira e de um Estado Democrático de Direito.

A estruturação e efetivação desse direito social é de incumbência do Poder Legislativo através da elaboração e aprovação de projetos de lei, enquanto que o Poder Executivo detém a missão de executar a disciplina normatizada mediante políticas públicas, correspondendo a uma dimensão de prestação estatal, havendo somente algumas normativas infraconstitucionais regulamentando o aludido direito.

Sendo então a saúde um direito subjetivo de todos os cidadãos brasileiros, exige-se uma conduta comissiva do Estado brasileiro através de instrumentos de políticas públicas, sejam elas sociais ou econômicas, de maneira universal e igualitária. Nesse ínterim, “existem duas etapas principais no processo de formulação de políticas públicas: 1) as autoridades do Poder Legislativo editam normas a fim de definir o alcance e conteúdo das políticas públicas; 2) o Poder Executivo promove a execução dessas políticas públicas à sociedade” (SEVEGNANI, 2020, p.211).

É notório que a essência democrática e os direitos fundamentais são raízes constitutivas do sistema constitucional, as quais traduzem e orientam as linhas mandamentais das atividades e atos da Administração Pública. E conseqüentemente, as políticas públicas serão a resultância das prestações materiais necessárias a todo cidadão tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser através de normas, atos administrativos, programas governamentais, prestação de serviço público.

Na planificação da Administração Pública, em relação aos serviços públicos, é importante consignar que:

Os serviços próprios são aqueles prestados pelo Estado, incluindo os serviços públicos exclusivos do Estado, que não admitem delegação a terceiros, exercendo o Estado a titularidade do serviço e da prestação; os serviços privativos do Estado, nos quais o Estado mantém a titularidade do serviço, mas permite a execução indireta, ou seja, terceiros detém a titularidade da prestação; e, os serviços prestados pelo Estado, em decorrência de seu dever constitucional, que admitem a prestação por terceiros independente de concessão ou permissão, ou seja, mediante autorização, como exemplo citamos a educação, a saúde, a previdência social e a assistência social (ALVES, 2014, p.15)

Nesse sentido, mister ressaltar o art. 175 da CF/88 ao qual aduz a transferência dessa competência de serviços públicos, bem como o art. 24 da Lei 8080/90. Ademais, ressalta-se que a terceirização do SUS é temática recorrente no gerenciamento público, embora haja grande repulsa em razão de atacar o caráter *uti universi* dos serviços públicos, bem como de possíveis conflitos entre contratação direta de recursos humanos em detrimento de aprovados em face de concursos públicos.

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL, 1988)

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público." (BRASIL, 1990)

Em outros dizeres, é possível extrair dos preceitos supracitados a máxima de que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Não obstante:

apesar de a doutrina majoritária e jurisprudência entenderem que tal norma é dotada de eficácia direta e aplicabilidade imediata, não impede que o problema da efetividade se esbarre na pendência da existência ou não de recursos financeiros" (SOUSA PASSOS; TORQUATO LEITE, 2012, p.84).

É nítido no sentido de que

esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita (CLÉVE, 2006, p.3)

Nesse liame, é *conditio sine qua non* que o Poder Executivo realize as políticas públicas sanitárias, pautadas em programas e ações, sendo receitas e despesas de recursos previamente vinculados e autorizados, através das perspectivas orçamentárias da PPA, LDO e LOA. Dessa forma, o aludido direito é "satisfatoriamente de natureza progressiva, estritamente condicionado a riqueza de um país, ou seja, do Produto Interno Bruto" (CLÉVE, 2006, p.3).

Um grande exemplo de ação governamental como políticas públicas é a Estratégia Saúde da Família (ESF). Conforme informações do site oficial do Ministério da Saúde, especificamente da Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS), é uma estratégia expansionista que possui o direcionamento de reorganizar a atenção básica no país, no sentido de uma equipe multiprofissional composta de médico generalista,

enfermeiro generalista, auxiliar ou técnico de enfermagem, dentistas, todos especializados em Saúde da Família. Cada equipe desta é responsável por 4000 pessoas conforme o grau de vulnerabilidade das famílias na região determinada.

Dessa forma, a primazia da alteração realística de uma sociedade em desenvolvimento será promovida através da realização dos direitos sociais, no qual as políticas públicas estatais em todas as esferas delimitarão e priorizarão na medida de um planejamento estratégico, canalizando os recursos orçamentários previamente estabelecidos na concretização dos objetivos traçados (MORETTI; COSTA, 2016, p. 120).

Precisas são as palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2020, p.207), ministro do Supremo Tribunal Federal, no tocante a temática prestacional do Estado:

[...] os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado [...]. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.

Nenhum Estado social prestacional, portanto, deverá se abster ou ser promover uma atitude omissiva diante dos cidadãos tutelados por uma Constituição. E a concretização do direito à saúde efetivamente será realizado pela Administração Pública, através dos serviços públicos universais e permanentes, caracterizado pelo Poder Executivo em cada nível de ente federativo.

De modo a evidenciar o exposto, seguem alguns julgados do Pretório Excelso, os quais consolidaram precedentes importantes acerca da importância do Estado acerca da prestação do direito à saúde:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. INEXATIDÃO MATERIAL. CORREÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO (TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL). COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Reconhecida a ocorrência de inexatidão material na majoração de honorários recursais, o dispositivo da decisão agravada deve ser corrigido para**

excluí-la. **II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamento a pessoa destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento.** III - É inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos (Súmula 279/STF). IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1169334 AgR, Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 20-09-2019 PUBLIC 23-09-2019, grifo nosso)

**LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de compelir entes federados a entregarem medicamentos a portadores de certa doença** (STF – RE: 605533 MG – MINAS GERAIS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/08/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-028 12-02-2020, grifo nosso)

**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 17.06.2020. TRATAMENTO MÉDICO. EXISTÊNCIA DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. TEMA 793. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES FEDERADOS. RECONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE, NA HIPÓTESE, DO TEMA 345 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido não está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux (Tema 793), em que sereconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia constitucional referente à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e reafirmou a jurisprudência pertinente ao tema. 2. O fato de a autora possuir plano de saúde privado não exime o Poder Público de garantir a qualquer pessoa que dele necessitar o tratamento médico adequado, a fim de preservar-lhe a vida, a teor do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal. 3. A interpretação não restritiva promovida pelo Supremo Tribunal no que tange ao direito à saúde, em termos de responsabilidade do Estado recai, naturalmente, com maior rigor em relação a pessoas carentes, mas isso não exclui a responsabilidade dos entes federados para efetivar o direito universal à saúde, pois a jurisprudência desta Corte confere responsabilidade solidária a todos os entes da Federação para efetivar o direito fundamental à saúde, não restringindo o alcance do direito, tampouco implementando qualquer tipo de distinção entre os cidadãos, de modo que toda e qualquer pessoa é detentora do referido direito. 4. Além disso, no caso concreto, a instância de origem não discutiu a condição ou não de hipossuficiência da autora, apenas foi decidida a lide considerando a contratação por ela de plano de saúde privado. Tanto é assim que lhe foi deferido o benefício da justiça gratuita. 5. No caso,**

a situação em exame não se amolda ao Tema 345 da sistemática da repercussão geral, pois a questão de mérito sequer foi enfrentada, tendo em vista que o feito foi extinto sem julgamento de mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade de parte do ente público e a demanda não foi proposta contra a operadora de plano de saúde. Não há, portanto, que se falar em ressarcimento de despesas custeadas pelo SUS. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Majorados os honorários advocatícios em ¼ (um quarto), nos termos do art. 85, § 11, do CPC, devendo ser observados os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo. (STF – ARE: 1260235 RS 9005937-16.2018.8.21.0010, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 30/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 11/12/2020, grifo nosso)

Não se pode olvidar que o art. 196 da Magna Carta é condição essencial para a prestação material do direito à saúde em todos os seus aspectos e nivelamento federativo. Outrossim, insta salientar que a última instância em matéria constitucional consigna o entendimento de que é inadmissível a omissão estatal em fornecer a prestação adequada ao cidadão.

Contudo, é notório que o acesso a gratuidade, desse modo, direito prestacional do Estado, do sistema público de saúde não será promovido de maneira erga omnes, tendo em vista haver óbices. Nesse liame, essenciais são as palavras de SARLET (2019, p. 660):

O simples argumento de quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existências) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e proporcionalidade.

Corroborando com esse impasse, é fato que o Poder Legislativo promove morosidade aos anseios da sociedade, bem como a execução e planejamento de políticas públicas do Poder Executivo se perfaz ineficaz e ineficiente aos direitos consagrados na vigente Constituição de 1988. Desse modo, a inexistência e/ou deficiência de políticas pontuais que foquem especificamente no aspecto preventivo da saúde e no tocante a determinadas doenças ou tratamentos, possuem dois entraves significativos: o orçamento limitado e mal gerenciamento da máquina pública. Assim sendo, as consequências dessa omissão estatal serão solucionadas geralmente pela via judicial, ao qual será discutido doravante os mecanismos de tutela desses direitos.

Em virtude das explicações aduzidas, é perceptível que a Carga Magna de 1988 no que tange ao direito à saúde, promove deveres prestacionados pelo Estado. Nesse sentido, cabe ao Estado estabelecer as prestações sanitárias e empregar o mecanismo de políticas públicas, sendo ações ou programas governamentais consubstanciados aos ditames constitucionais e aos ditames da Administração Pública. Enfim, é possível condicionar tais políticas em três planos essenciais: a) jurídico, através da Constituição Federal de 1988, Lei 8090/90 e Lei 8142/90, onde se comprovado uma transgressão ao direito individual ou prestações ausentes (titularidade coletiva), é possível provocar o judiciário; b) econômico, onde há de se ressaltar a quantificação de condições materiais para a materialização das políticas públicas, ante o orçamento público disponível; c) político, em virtude das vontades de quem estiver na vigente transição de poder.

#### 2.4 A TUTELA INDIVIDUAL VERSUS INTERESSE COLETIVO: O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria do mínimo existencial corresponde a um conjunto de direitos e garantias fundamentais suficientemente dignos para uma vida plena do cidadão. Intrinsecamente correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, estruturante aos demais prescritos no texto constitucional, os direitos fundamentais não podem ser omissos, regredidos, negligenciados.

O primeiro aparecimento dessa teoria surgiu de fato através de um reconhecimento do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), ao qual o indivíduo era titular de condições mínimas de existência ante ao auxílio prestado pelo Estado, consubstanciado na dignidade da pessoa humana e do direito à vida (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p.179).

Embora não haja previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas implícito e enraizado na Constituição, “não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 1301).

Compreende-se que o cumprimento do mínimo existencial em face da aplicabilidade imediata da garantia dos direitos sociais, no caso, direito à saúde, é a



premissa fundamental para a manutenção da dignidade da pessoa humana, sobrepondo-se ao princípio da reserva do possível.

Em se tratando de omissão e confusão terminológica dos direitos de segunda geração:

[...] há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos das pessoas”, e a partir de uma perspectiva dogmática, podemos dizer que há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos constitucionais”. Dessa forma, a eventual ausência de garantias, legislativas ou jurisdicionais, para um direito constitucional, seja ele civil, político ou social, não leva à conclusão de não se tratar de um direito fundamental, mas, ao contrário, demonstra a falta de cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, do mandado implícito de atuação contido na norma, por parte dos operadores políticos e jurídicos (SCHWARZ, 2016, p.276)

Realizando uma análise da sociedade brasileira, sendo um país desigual, condições mínimas de vitalidade não são abrangidas a todas as famílias, as quais em pleno século XXI são ausentes de alimentação, saneamento, educação e, principalmente, saúde. Dessa forma, exige-se a dimensão positiva do Estado para a garantia mínima desses direitos positivados na Carta Magna.

[...] a efetivação do mínimo existencial, ou seja, a prestação positiva por parte do Poder Público, de políticas públicas que garantam o essencial de Direitos Sociais ao cidadão, depende além da atuação do legislador na elaboração de programas assistenciais, como também, na captação de recursos que tenham como fim a exaltação das normas programáticas elencadas na Constituição (OLIVEIRA; COSTA, 2011, p.94)

É preciso reconhecer que há uma diferença entre mínimo vital e mínimo existencial, pelos quais podem pairar dúvidas quando a sua semelhança. O mínimo vital diz respeito “[...] a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 181), enquanto que o mínimo existencial “é um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que implica deveres de abstenção e ação por parte do Estado (NUNES JUNIOR, 2019, p. 1293-1294).

Outrossim, os direitos sociais estão obrigados a uma não regressividade e progressividade, na medida em que os entes federativos não poderão promover os

direitos *ad aeternum*, mas que adotarão gradualmente políticas e programas públicos ao pleno desenvolvimento (SCHWARZ, 2016, p.272). Nessa mesma linha de pensamento, as fontes do direito reconhecem a incidência do princípio da vedação ao retrocesso social (ou não regressividade), em face de eventuais alterações na legislação infraconstitucional, no sentido de mitigarem o direito adquirido a determinado direito fundamental e social, transgredindo-se as cláusulas pétreas (SARLET, 2019, p. 645).

Não obstante, por não serem infinitos, MENDES (2020, p. 954) aduz que:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender *cum grano salis* tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.

Dessa forma, por mais que os direitos sociais sejam inatingíveis no seu núcleo essencial, como bem asseverado anteriormente, os impactos econômicos que permearem a esfera pública irão ditar os rumos das aplicações dos recursos e das políticas públicas de saúde. Como consequência, é a partir deste ponto de equilíbrio econômico em que se destaca a cláusula da reserva do possível.

Nessa perspectiva, “cabe à Administração Pública elaborar políticas públicas adequadas para a concretização dos direitos sociais, definir o percentual do orçamento a ser aplicado, a forma da prestação, seus respectivos os projetos e programas” (CRISTOVAM; CIPRIANI, 2017, p. 175), dentre as demais incumbências do Poder Público. Contudo, tal cláusula teórica é aplicada comumente como respaldo para desobrigar o ente estatal em promover efetividade aos direitos sociais, aos quais muitas vezes o poder público é ausente, em razão dos recursos financeiros públicos disponíveis e a dotação orçamentária alocada disponível (MORETTI; COSTA, 2016, p. 120-121).

O Executivo, com participação direta do Legislativo, traça todo o organograma orçamentário sob o qual irá se desenvolver a administração pública através da lei plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. Deste modo, qualquer ação ou omissão do administrador público com relação a finanças, despesas e empenhos de recursos públicos sem que esteja mapeada nestas diretrizes normativas, lhe acarretará imputação de

responsabilidade fiscal, a teor da Lei Complementar 101/2.000. O poder judiciário ao interferir neste ciclo procedimental impondo ao administrador público uma ordem de prestação, que implica em despesa financeira e por óbvio não está precedida de todas as previsões e autorizações legais acima apontadas, obriga este administrador a deslocar recursos de outros programas já previstos para acudir esta inesperada e sem qualquer previsão, despesa, sem, contudo comprometer a atividade de onde retirada esta verba, enfim, lhe obriga a dominar os talentos de um “artista malabarista” (SILVA; JUCATELI, 2015, p.63-64)

Nessa conjectura, permeando os instrumentos de organização governamental, especificamente sobre as ações para promoção do direito à saúde, verifica-se que esse direito será assegurado pela seguridade social e que apresenta uma dotação orçamentária específica, consagrando o surgimento de recursos (receitas) e as aplicações desses recursos (despesas) para a execução das ações voltadas à promoção da saúde, da previdência e da assistência social. Nesse liame, mister ressaltar o inciso III do § 5º, do artigo 165 da Magna Carta dispõe que a Lei Orçamentária Anual se subdivide em três orçamentos:

Art. 165. § 5º – A lei orçamentária anual compreenderá  
 (...)
   
 III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.” (BRASIL, 1988)

Em outras palavras, esse impasse de cunho financeiro conflita com as premissas das políticas estatais à implementação das políticas públicas. No entanto, “as necessidades da população (...) não podem ser deslocadas a um segundo momento em nome de outras preferências, frequentemente imbuídas de interesses políticos e/ou particulares (VICENTE; AGUADO, 2015. p.639).

Em uma melhor elucidação sobre a importância da reserva do possível, o desembargador do TRF-4 João Pedro Gebran Neto teça importantes considerações:

O possível, dentro da saúde, é aquilo que o Estado pode garantir de modo isonômico para todos os indivíduos, por meio de política pública de saúde que permita, em primeira linha, um atendimento básico para todos, tanto na promoção, quanto na prevenção e tratamento da saúde. Depois, com previsão de um atendimento especializado para aqueles que deles necessitem. Por fim, uma atuação muito específica para tratamentos caros e raros. Tudo isto conforme as possibilidades

orçamentárias e as políticas públicas instituídas. (GEBRAN NETO, 2014, p. 15)

Evidencia-se que para a incidência da reserva do possível como mecanismo de defesa pelos governantes no tocante a onerosidade de efetivação de direitos sociais e complexidade de alocações orçamentárias, não se poderá olvidar que deverá haver a demonstração do máximo emprego de recursos humanos, tecnológicos, financeiros e na máxima de grupos desamparados (SCHWARZ, 2016, p.273).

Nesse antagonismo de princípios, destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF de 2004, consagrando um importante precedente no tocante a reserva do possível, ao qual aduz que apenas a incapacidade econômico-financeira objetiva e concretamente demonstrada pode ser oposta à efetivação do direito, sendo insuficientes eventuais justificativas genéricas. Ainda, “embora tenha sido julgada prejudicada pela perda de objeto e não ter apresentado resultados práticos, a ADPF 45 MC/DF representou uma importante mudança na jurisprudência consolidada até então” (PEREIRA, 2010, p.13).

Assim, em eventual incapacidade, inércia ou abusividade do Poder Legislativo e Executivo na observância dos mandamentos constitucionais sanitários às condições mínimas de existência, ocasionará lesão ou ameaça à direito constitucional, ao qual o judiciário intervirá na garantia da tutela do direito. *In casu*, importante destacar que o ativismo judicial é intrínseco nas omissões estatais aos serviços públicos de saúde, no qual o ministro Celso de Mello se manifestou:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non prestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.[...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (STF – ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004,

Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

É perceptível que as decisões judiciais advindas de um ativismo judicial permeiam na resolução do antagonismo entre o mínimo existencial e a reserva do possível, nos quais as dotações orçamentárias não serão indisponíveis aos direitos fundamentais do cidadão, embora deva ser analisado intrinsecamente cada demanda (PRIMO, 2020, p. 6). Dessa forma, se depreende um demasiado ativismo judicial para que os contornos constitucionais referentes ao direito subjetivo da saúde sejam cumpridos.

Uma alternativa razoável para a resolução desse impasse, ao qual parece ser extremamente efetiva, seria uma comunicação intermitente entre as esferas de poder pautados na premissa kelsiana, na medida em que houvesse uma catalogação das demandas judiciais que fossem recorrentes no requerimento de tratamentos e remédios e enviados à Administração Pública, para que houvesse a inclusão no sistema público de saúde dos respectivos.

O juízo de ponderação necessário à delimitação do mínimo existencial em cada caso concreto, portanto, deve ser bem meticuloso, e fundado em dados técnicos e periciais, sob pena de decisões desarrazoadas colocarem em risco, consoante anteriormente mencionado, a vida e a saúde de toda a coletividade, como um todo (PRIMO, 2020, p. 6)

No entanto, por mais que se determinem soluções de complexa ponderação entre o direito ao mínimo existencial (dignidade da pessoa humana; direito a saúde; direito à vida) do indivíduo) *versus* Estado (separação de poderes, dotação orçamentária, reserva do possível), não há solução doutrinária ou jurídica uníssona a respeito.

### 3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS ESFERAS DE GOVERNO

#### 3.1 A GESTÃO DO SUS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O Sistema Único de Saúde é um dos maiores, senão o maior, sistema público de saúde no mundo, abrangendo diversas modalidades de tratamento, do simples ao mais complexo, promovendo a garantia integral, gratuita e universal para todos os cidadãos brasileiros, natos e naturalizados, bem como estrangeiros e até mesmo os apátridas.

Seu ordenamento jurídico é estruturado de forma hierárquica e complementar, normatizado pela Constituição Federal, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, bem como normatizado pela Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90), Lei Complementar nº 141/2012 e a Lei 8.142/90 suplementando a LOS, não se podendo olvidar sobre as demais normas operacionais como portarias, resoluções e deliberações.

A Constituição Federal atribuiu à lei a regulamentação das ações e serviços de saúde (art. 197), determinando que seja constituída uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198), organizada de forma descentralizada, que assegure o atendimento integral (art. 198, II). Em atendimento ao comando constitucional foi editada a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), a qual reafirma as garantias do art. 196 e art. 198 da Constituição Federal, de acesso universal e igualitário e com atendimento integral, com a construção de uma rede regionalizada e hierarquizadas, organizada “de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos” (art. 7º, XIII). O princípio da eficiência, que rege a administração pública (CF, art. 37), não permite a criação de estruturas idênticas nas três esferas de governo para realizar uma mesma atividade (DRESCH, 2015, p.6)

A Lei 8080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, enquanto que a Lei 8142/90, promulgada por força de um amplo processo de pressão e negociação política, complementa a Lei 8080/90 especialmente no que se refere à participação da comunidade na gestão do sistema e às transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, ambas constituindo marcos legais básicos na fixação de valores políticos e organizacionais da saúde.

Os grandes objetivos e os campos de atuação do Sistema Único de Saúde estão apresentados nos artigos 5º e 6º da Lei 8.080/90. Dentre os principais: identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; formular a política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação; e, assistir às pessoas por intermédio das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Com estes objetivos, o SUS deve atuar por meio da formulação de políticas e da execução de ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e ambiental, saúde do trabalhador, assistência terapêutica integral (inclusive farmacêutica), vigilância nutricional, orientação alimentar e saneamento, e as relativas a política de sangue e hemoderivados. Além disso, deve incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico e ordenar e formar recursos humanos na área.

Mister ressaltar os princípios que regem esse sistema interligado, consagrado nos incisos do art. 7º da Lei 8.080/90, ressaltando comentários pertinentes sobre os principais, *ipsis literis*:

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:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 1990)

Em relação a Universalidade (inciso I), todos os indivíduos em território brasileiro, sejam eles estrangeiros, brasileiros naturalizados ou natos, deverão ter acesso aos serviços públicos e privados conveniados em todos os níveis federativos, conforme suas necessidades ao limite que o sistema puder oferecer.

No tocante a Integralidade (Inciso II), relaciona-se a humanização dos serviços realizados no âmbito do SUS, acerca das necessidades específicas em níveis de complexidade diferenciados de indivíduos ou coletivos, ainda que minoritários perante a sociedade. Ainda:

(...) sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido (...) Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 75)

Em relação a Equidade (Inciso IV), refere-se à promoção da redução das disparidades sociais e regionais do país, com o atendimento de forma igualitária para todos os necessitantes do serviço público.

Sobre a Descentralização com regionalização e hierarquização (alíneas “a” e “b” do Inciso IX), embora tema do próximo subcapítulo, atrela-se aos gestores estaduais e municipais que devem promover a eficiência, eficácia e efetividade do SUS, carentes de poucos recursos. Ou seja, a União desconcentra o seu poder para os demais entes federativos, embora haja um direcionamento centralizado do SUS



para estes, como secretarias estaduais de saúde ou órgão equivalente, e secretarias municipais de saúde.

No tocante a Participação da Comunidade (Inciso VIII), sendo fruto da Reforma Sanitária de 1970, o qual reuniu diversos segmentos da sociedade como sanitaristas, trabalhadores da saúde, movimentos sociais organizados, promove a participação da sociedade através de entidades representativas das diretrizes do SUS em âmbito regionalizado. Sendo assim, os conselhos municipais de saúde são a linha de frente por estarem em contato com realidades, muitas vezes, impactantes, os quais as entidades podem ser comissivas em formular, executar e controlar políticas públicas de saúde. Nesse sentido, a Lei 8.142/90 criou duas instituições jurídicas importantes que institucionalizam a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, sendo elas, as conferências e os conselhos de saúde, como se prevê:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§1º A **Conferência de Saúde** reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para **avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes**, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. (grifo nosso)

§2º O **Conselho de Saúde**, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, **atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros**, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (grifo nosso)

§ 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Sendo assim, “o SUS foi concebido para oferecer atendimento igualitário e cuidar e promover a saúde de toda a população. O Sistema constitui um projeto social único que se materializa por meio de ações de promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros” (VIZEU, 2012, p. 95).

Em linhas gerais, o Estado passou a intervir no setor sanitário de duas formas: i) como responsável direto pela execução das políticas sociais e econômicas que devem garantir saúde a todas as pessoas que estão em território nacional (art. 196); ou ii) como responsável pela regularização, fiscalização e controle de quaisquer ações e serviços de saúde, sejam executados diretamente por órgãos públicos (saúde pública), por seus parceiros (saúde complementar), por planos de saúde (saúde suplementar) ou mediante pagamento direto (saúde privada), posto que em qualquer hipótese incide a regra da relevância pública (art. 197). (JUNIOR, 2015, p. 4)

Complementando o entendimento supracitado, salienta-se que:

De modo especial, a LOS colabora na definição do direito à saúde; estrutura o SUS, tornando claros seus objetivos e suas atribuições, as diretrizes que devem orientar sua organização, direção e gestão, a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder e a forma de participação da comunidade na gestão do sistema em cada uma dessas esferas; disciplina a participação dos serviços privados na prestação de assistência à saúde; disciplina a formulação e execução da política de recursos humanos na área da saúde; organiza o financiamento do SUS - tratando, expressamente, dos recursos, da gestão financeira, do processo de planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros.

A LOS é, portanto, uma Lei-quadro, destinada a esclarecer o papel das esferas de governo na proteção e na defesa da saúde, e a lhes orientar as respectivas atuações para garantir o cuidado da saúde (DALLARI, 2013, p. 127-128)

Conforme dados extraídos do site oficial do IBGE do último censo em 2020<sup>2</sup>, o país apresenta 5.570 cidades com população total de 211.755.692, caracterizando-se a realidade brasileira por diversidades regionais e desigualdades socioeconômicas. Dessa forma:

A instituição de um sistema de saúde pública no Brasil, com os princípios legalmente definidos de universalidade, integralidade, equidade, descentralização, participação social e garantia de financiamento, dentre outros, resultou de uma árdua luta da sociedade organizada, desde os anos 1970, no contexto da mobilização social pela democratização, num movimento conhecido como Reforma Sanitária. (JUNIOR, 2015, p. 4)

Por outro lado, “em um sistema de mercado, como nos Estados Unidos, o acesso depende exclusivamente do poder de compradas pessoas, uma vez que a

---

<sup>2</sup> IBGE. Panorama Geral. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 15 agosto 2021

saúde não é considerada como um direito de cidadania (FLEURY; OUVRENEY, 2008, p. 35). É por isso que o protagonismo brasileiro na prestação do serviço público prima pelo universalismo do atendimento e participação comunitária, ressaltando que as redes particulares conveniadas e remuneradas pelo Poder Público também podem oferecer atendimento, não havendo obrigatoriedade somente deste, sendo mais um contraponto ao sistema de saúde norte-americano, como se prevê no §2º do art. 4º da Lei 8.080/90 e §1º do art. 199 da CF, *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.  
 § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1998)

Art. 4º. § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. (BRASIL, 1990)

Em suma, o legislador ordinário transmitiu através da Lei nº 8.080/90, ora em comento, normativas que permitem compreender e nortear o funcionamento do Sistema Único de Saúde, considerando especialmente o seu alcance e suas atribuições no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.2 A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA COMUM NA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE

*A priori*, a Carta Magna de 1988 preconizou a responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios perante o instituto da saúde, tendo em vista que tal instituto não abarca competência privativa no rol taxativo do art. 22 da União legislar sobre, como se prevê no inciso II do art. 23, *ipsis litteris*:

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, 1988)

Outrossim, há a competência legislativa concorrente dos entes federados acerca do instituto da saúde, na medida em que a União limita-se ao estabelecimento de normas gerais (interesse geral) e, aos estados-membros, o estabelecimento de

normas regionais, detalhadas e minuciosas (interesse regional). No entanto, na ausência de normas gerais, os Estados são detentores de competência legislativa plena, bem como os municípios detêm a competência do estabelecimento de normas com interesse local e suplementar a legislação estadual e federal na ausência destas.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (BRASIL, 1988).

E especificamente para os municípios, houvera imposição da responsabilidade de principal prestador dos serviços de atendimento à saúde, conforme inciso VII do art. 30 da Constituição Federal, com impacto financeiro forte, embora não seja ausente a concomitância financeira entre os Estados e a União, bem como a competência legislativa suplementar e, principalmente, sobre a localidade específica, tendo em vista que somente o município detém conhecimento de sua realidade.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;(BRASIL, 1988)

Dessa forma, "(...) o exame de atribuição de competências, em matéria sanitária, revela que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde" (DALLARI, 2000, p. 126). Por outro lado, como pincelado anteriormente:

(...) as Leis n 2 8.080 e 8.142, ambas de 1990 - por circunstâncias políticas, contém uma parte daquilo que, no conjunto, se denomina Lei Orgânica da Saúde (LOS); são leis nacionais, com caráter de norma geral. Portanto, a LOS contém as diretrizes e os limites a serem respeitados pela União, pelos Estados e pelos Municípios ao

elaborarem suas próprias normas para garantirem - em seus respectivos territórios - o direito à saúde para seus povos. Consequentemente, sempre que uma esfera de poder político atue, seja material, seja normativamente, está obrigada à disciplina imposta na LOS. Assim, todas "as ações e serviços de saúde são executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado" (Lei nº 8.080, art.1º) são reguladas pela LOS. (DALLARI, 2000, p. 127).

As competências disciplinadas na LOS são dispostas nos arts. 9 ao 19, abrangendo inúmeras atividades para todos os entes federativos, regulamentando a normatividade constitucional supracitada. Sabe-se que a descentralização norteia o SUS, e que cada ente federativo possui competências delineadas em ambos os *Codex*, compreendendo-se que cada esfera de governo detém unicidade em suas atribuições, na medida de sua competência (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 81), como se prevê:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:  
I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;  
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e  
III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990)

As competências comuns a todos os entes federativos são disciplinadas no art. 15 da aludida lei, sendo o art. 16 correlacionado às competências da União, o art. 17 voltado às competências dos estados-membros e o art. 18 preconizando às competências dos municípios.

Nesse sentido, o principal instrumento de regulação das relações entre os entes federativos na implementação do SUS é realizada através das Normas Operacionais Básicas do SUS (NOB-SUS), que disciplina a gestão descentralizada das ações e serviços de saúde, sendo editadas em portarias do Ministério da Saúde e publicadas no Diário Oficial da União, bem como a reorganização do modelo de atenção à saúde no país e à orientação do processo de regionalização da assistência à saúde.

(...) a totalidade das ações e dos serviços públicos de saúde será realizada por um conjunto de estabelecimentos sujeitos aos princípios e às diretrizes do SUS, organizados em rede regionalizada e hierarquizada e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município e estado-membro. A lógica da descentralização transfere

aos municípios a importante tarefa de realizar e prestar diretamente, ou por terceiros conveniados ou contratados, as ações e os serviços públicos de saúde para a população de seu território. Aos estados caberão quatro papéis fundamentais: exercer o papel de gestor estadual do SUS; promover as condições e incentivar os municípios a assumirem a gestão da atenção à saúde de seus municípios, sempre na perspectiva da atenção integral; assumir, em caráter transitório, a gestão da atenção à saúde daquelas populações pertencentes a municípios que ainda não tomaram para si esta responsabilidade; e exercer seu papel mais importante, que é o de promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais, compondo o SUS estadual. No que se refere ao gestor federal do SUS (Ministério da Saúde), a NOB identifica quatro papéis básicos: exercer a gestão do SUS no âmbito nacional, promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais, de modo a conformar o SUS estadual; fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais compondo, assim, o SUS nacional; e exercidas funções de normatização e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p.87)

Portanto, simbolizam o panorama das negociações e dos pactos firmados entre os gestores nacional, estadual e municipal na funcionalidade do SUS, principalmente no tocante a Comissão Intergestores Tripartite, deliberada e assentido pelo Conselho Nacional de Saúde, reconhecendo-se, assim, o caráter participativo das entidades representativas, indispensáveis para a formatação e a evolução das políticas públicas no país, como se segue:

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições. (BRASIL, 1990)

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde,

principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados. (BRASIL, 1990)

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

§1º O Conass e o Conasems receberão recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo ainda celebrar convênios com a União.

§2º Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos. (BRASIL, 1990)

Como forma de exemplificar essa descentralização do aspecto sanitário, mister ressaltar a recente e de maior expressão decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, como se segue:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. **O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o**

**manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: Min.MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020, grifo nosso)**

Explanando a jurisprudência supracitada, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a Medida Provisória nº 926/2020, que alterou alguns dispositivos da Lei Federal nº 13.979/2020. Fora argumentado que o art. 3 da aludida MP seria contrária a autonomia dos entes federativos e repartição de competências consagrado na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a União teria competência exclusiva de adotar políticas sanitárias ao enfrentamento do coronavírus, em questões de isolamento social, quarentena, restrição de locomoção, dentre outros.

Outrossim, fora decidido que o caput do art. 3 da aludida MP não violaria a Carta Magna, visto que não houvera menção expressa a União ou a figura do Presidente da República para tomar as medidas supracitadas. Também não haveria



inconstitucionalidade dos §§8 e 9, onde ambos os dispositivos foram interpretados conforme a Constituição, e que a redação embora atribuída ao Presidente de promover a essencialidade de atividades e serviços públicos, não retiraria a validade dos decretos estaduais e municipais que dispuserem sobre o mesmo tema, bem como não estariam submetidos a medidas impostas pelo governo federal.

É possível reconhecer a atuação proativa do STF em sede de controle de constitucionalidade, imbuída em um ativismo judicial, ao qual se atribuí uma função “política” da Suprema Corte em face dos atores políticos que norteiam o contexto pandêmico, sendo que determinados entes federativos são conflitantes em seus interesses ideológicos e socioeconômicos. Outrossim, o ordenamento jurídico é claro no sentido do federalismo cooperativo, sendo que as relações intergovernamentais são plenamente positivadas nos arts. 23, 24 e 30 da CF, bem como nas disposições de competências da Lei nº 8.080/90.

Portanto, compreende-se brevemente o arcabouço jurídico e administrativo para a operacionalidade do Sistema Único de Saúde e o instituto da saúde no ordenamento jurídico brasileiro

## 4. O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

### 4.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O instituto do ativismo judicial possui um nascedouro americano, no qual:

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. (CAMPOS, 2016, p.63)

Não obstante, houveram inúmeros julgamentos norte-americanos pautados no “judicial review” como *Dred Scott v. Sandford*, e *Lochner v. New York*, sendo que o famigerado *Marbury v. Madison* fora a positivação histórica da Suprema Corte Americana desse instituto, em que se:

afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão é reconhecida como a primeira afirmação da Suprema Corte de seu poder de judicial review” (CAMPOS, 2016, p. 69).

Em terras tupiniquins, o surgimento do ativismo judicial ocorre precipuamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, embora não haja um marco histórico pré-definido. Com a consagração de direitos e garantias fundamentais os quais antes não eram expressivos, a partir do momento em que tais direitos sociais fossem negligenciados, a provocação da inércia judicial seria principal ferramenta.

Delineado os contornos históricos desse instituto, ressalta-se que a tripartição de poderes de Montesquieu é característica elementar de uma democracia, bem como o mecanismo de freios e contrapesos que garantem a intangibilidade dos direitos fundamentais e sua devida aplicação. Entretanto, nem sempre o Poder Executivo será ordinário nestas atribuições. Em breve síntese:

(...) a precisão do conteúdo, limites e modo de exercício dos direitos constitucionais, como regra geral, fica a cargo do legislador ordinário. A aplicação desta norma, e da sua regulamentação, recai sobre a administração pública. E, por fim, o controle quanto à constitucionalidade da legislação e dos atos administrativos de execução destas normas deve ser exercido pelo Poder Judiciário. (GEBRAN NETO, 2014, p.16)

Então, ensejado em uma visão interpretativa, o ativismo judicial surge como um instrumento em que a figura do magistrado substituirá a vontade do legislador em promover a efetivação da qual seria a dimensão prestacional do Administração Pública ou de um direito tutelado pelo cidadão. Dessa forma, pode-se depreender a consagração do direito fundamental a saúde pela via judiciária, garantindo a execução de políticas públicas constitucionalmente asseguradas aos cidadãos que outrora foram vilipendiadas.

É nesse cenário de maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização aos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas) e, fundamentalmente, de promover a igualdade e a inclusão social (...) (VERBICARO, 2008, p. 396).

Corroborando o entendimento, mister considerar as palavras do ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, um dos principais expoentes do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (...). O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2009, p. 14 e 20).

Embora o Poder Judiciário tenha a função típica de poder jurisdicional, diversas vezes acaba detendo um poder atípico de legislar, em observância a Constituição Federal de 1988, ao fiel cumprimento das normas, abdicando-se de mero espectador e intérprete legal, para uma atuação mais intensificada.

Preencher as lacunas legislativas e ainda intervir na aplicação das políticas públicas voltadas para a saúde tem sido tarefa constante dos tribunais de nosso País. Ao intervir e atuar de forma ativa e exercendo uma jurisdição criativa, o Judiciário Brasileiro emerge ao lugar de superpoder, passa a gozar de grande prestígio por parte dos jurisdicionados, mas faz surgir o questionamento acerca dos limites e da legitimidade do Poder Judiciário, poder não eleito segundo os princípios democráticos, de atuar criando e modificando situações que são originariamente atribuídas aos poderes eleitos. Ocorre muitas vezes que, na busca pela maior efetividade da prestação jurisdicional no âmbito da saúde, o judiciário extrapola a sua competência, adentra nas demais esferas de poder e protagoniza um desequilíbrio na prestação dos serviços, passa a conceder determinados benefícios para alguns em detrimento de outros que não buscaram pela mesma via o cumprimento da prestação estatal. (ALBUQUERQUE ET.AL, 2015, p.6)

O fenômeno ativista então surge para atender as demandas das quais a sociedade fora negligenciada, seja em relação ao Poder Legislativo na ausência de normas específicas sobre a matéria sanitária, seja pelo Poder Executivo na ausência de implementação de políticas públicas na asseguuração dos direitos previstos na Carta Magna. Entretanto, a atuação jurisdicional ante ao custeio pela Administração Pública na atenção as políticas públicas não abarcadas pela mesma influi negativamente na alocação orçamentária do ente, prejudicando outras áreas não menos importantes para a efetivação do serviço público (VICENTE; AGUADO, 2016, p. 642).

Com efeito, por mais que incumba à Administração Pública decidir sobre a alocação de recursos e outras decisões essenciais relacionadas ao planejamento, disciplina e execução de políticas públicas emanadas da ordem constitucional, essas decisões estarão sempre sujeitas ao crivo judicial, tanto no caso de aspectos formais como na sua adequação material à ordem constitucional estabelecida, não para substituir decisões políticas da Administração por decisões políticas do Judiciário, mas para glosar ações e, sobretudo, omissões administrativas inconstitucionais (controle jurisdicional negativo de políticas públicas). (CRISTÓVAM; CIPRIANI, 2017, p. 177)

Não restam críticas quanto a aplicação desse mecanismo, visto que além do óbice financeiro, envolvem outras questões técnicas.

O poder executivo conta com especialistas que detêm a expertise na área, conhecimento este que falta ao judiciário, em regra, e, portanto, tem que ser sopesado, a bem do funcionamento da Administração Pública, toda decisão que impor ao Estado a prestação de serviços de saúde não previstos pelo SUS. Todavia, estando o poder público em omissão, abre-se espaço para a intervenção do judiciário quando demandado. Pois, na verdade, não se trata de intromissão do Judiciário na competência da Administração, e sim, uma correção desta omissão a um direito fundamental, perpetrada pela própria Administração Pública. (SOUZA, 2012, p.8-9)

(...) o Judiciário corre o risco de construir uma cidadania ficta (mais um cliente do que um efetivo cidadão!), ao incutir nas pessoas uma perigosa e mesmo desastrosa ideia de que cidadania seria simplesmente ter direito de bater às portas do Poder Judiciário, mais especificamente, ao STF, nele a depositar todas as esperanças e dele a cobrar todas as respostas. (COSTA; MORETI, 2016, p. 174)

Compreende-se que ocorrem cada vez mais interpretações extensivas mormente aos direitos sociais, especificamente na temática da saúde, fazendo com que ocorram decisões “ativistas” e promovendo uma dicotomia entre efetivação dos dispositivos atinentes a saúde como mencionados nos capítulos anteriores e os limites e consequências ao Poder Público e que, portanto

é evidente que, apesar da boa intenção, faz-se necessária uma análise honesta acerca dos riscos que o instrumento em discussão oferece ao sistema democrático de direito, além de problemas que podem gerar nas esferas afetadas, como o Poder Público, que além das competências expressas em lei, ainda necessita encarar diversas outras adquiridas através de decisões judiciais baseadas em interpretações extensivas de normas constitucionais. (SILVA NETO, 2019, p.31).

Não obstante, mister considerar a questão da microjustiça. Ou seja, a efetivação da matriz constitucional tuteladora do direito à saúde se volta para um universo fechado somente para aquele que assegurou os seus direitos, afetando diretamente a previsão orçamentária do ente federativo demandado, obstando a plena função administrativa. Entretanto:

(...) a obrigação estatal está em assegurar, no potencial mais otimizado possível, com base no orçamento disponível, que todos os

cidadãos tenham o mesmo acesso à saúde, obrigação que não será atingida a partir de mecanismos de intervenção judicial, porquanto não preparado e nem legitimamente competente para o planejamento, fomento e execução de políticas públicas, com pretensão de generalidade e universalidade. (COSTA; MORETI, 2016, p. 183)

Ademais, importante destacar um outro limite a esse ativismo judicial, caracterizado pela questão da autocontenção. Nesse sentido, será uma atuação negativa do judiciário nos demais poderes, evitando interpretar extensivamente a legislação, encargo este do Poder Legislativo, bem como a não interferência em políticas públicas, sendo tais medidas preconizadas até o advento da Carta Magna de 1988, no qual até então as linhas constitucionais estavam limitadas ante aos aspectos político-sociais (BARROSO, 2009, p.14-15).

Derradeiramente, compreende-se que países de origem latina e germânica são herdeiros da *civil law*, caracterizados pela primazia do processo legislativo e da norma positivada. Entretanto, nota-se cada vez mais uma adoção do *common law* norte-americano de origem romana e germânica nas questões de direitos fundamentais, em que o sistema de precedentes (jurisprudências) sedimentados pelos tribunais superiores acabam determinando o pleito que se segue.

Sendo assim, é natural que uma postura mais ativa do Poder Judiciário acabe predominando em face do legislador ordinário, ainda mais que os meios de comunicação exponencialmente veiculam as decisões judiciais ao público em geral, corroborando com a TV Justiça e promovendo um destaque aos magistrados, deixando o seu lado observador para papel de comunicador.

#### 4.2 PARÂMETROS PARA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS SOBRE A SAÚDE

Conforme dados obtidos do relatório analítico propositivo denominado “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”<sup>3</sup>, elaborado pelo INSPER em colaboração com o Conselho Nacional de Justiça em 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentou 139.690

---

<sup>3</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf> Acesso em: 20 ago 2021

processos com demandas em saúde na primeira instância no período entre 2008 e 2017 e que, em 2019, foram ajuizadas 474.429 novas ações nessa temática. Outrossim, o mesmo relatório aduz que os magistrados ao fundamentarem as decisões improcedentes, pouco mencionam a CONITEC como aspecto impeditivo, em que será abordado doravante, bem como NAT (Núcleo de Apoio Técnico), criado pela Resolução 238/2016 do CNJ, ao qual orientam magistrados em notas técnicas à luz das orientações em cada caso concreto.

No tocante a distribuição de medicamentos de alto custo, como bem salientado anteriormente, o erário não poderá ser prejudicado em demasia. Assim, a lista de medicamentos oferecidos pelo Poder Público deverá ser elaborada ou alterada através de um processo solene pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) do SUS, com base na real capacidade do Estado ao fornecimento e a eficácia deste tratamento, conforme preceitua a Lei 8.080/90, em seus artigos 19-Q e 19-U.

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

(...)

§2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. (BRASIL, 1990)

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite. (BRASIL, 1990)

Ainda, houvera a 332ª Sessão Ordinária do CNJ realizada no ano de 2021, em que mais uma vez se promoveu e consolidou a Resolução 125/10, argumentando-se que os magistrados devem a todo momento buscar métodos adequados de solução de controvérsias, através da negociação, conciliação e arbitragem em demandas de saúde.

É possível compreender, portanto, que magistrados devem se ponderar na utilização de mecanismos como os NATs e a CONITEC, bem como a incidência da reserva do possível ante ao caso concreto em demandas normais e não excepcionais, na medida em que o judiciário deve seguir numa linha negativa da judicialização, para que o ativismo judicial não seja incidente em tais decisões judiciais.

#### 4.3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A priori, uma característica importante das decisões de 1º grau proferidas nessa temática é a incidência do instituto da Remessa Necessária, também denominado remessa *ex officio* ou Reexame Necessário, correspondendo a uma reanálise de sentenças com resolução de mérito exaradas no sentido desfavorável as pessoas jurídicas de direito público interno, especificamente as Fazendas Públicas, conforme previsto no art. 496 do Código de Processo Civil. Assim, evidencia-se uma gama de precedentes nesse sentido.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. (BRASIL, 2015)



Não obstante o regramento do caput e do inciso, existem exceções ao instituto em determinados casos delineados nos §§3 e 4 do aludido artigo, onde mesmo que haja uma decisão judicial desfavorável ao Estado em todos os seus níveis federativos, no que tange ao valor da causa, não seria considerado suficientemente relevante para justificar dispêndios da reanálise, com observância a Súmula 490 do STJ em que o valor deverá ser líquido para que haja a incidência desse instituto, bem como havendo um entendimento sedimentado e consolidado dos tribunais superiores sobre a matéria não seria igualmente relevante.

Vale ressaltar que o julgamento dessa remessa não permite o cabimento do Tribunal de Justiça proceder na *reformatio in pejus* à Fazenda Pública, piorando ou agravando a situação da mesma, ocorrendo então uma proteção, conforme previsão na Súmula 45 do STJ:

No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação interposta à fazenda pública.

Como se verá doravante, a demasia das demandas judiciais é voltada aos municípios, cuja obrigação como Poder Executivo se volta a promover as condições necessárias que o cidadão pleitear. Muito embora haja a desnecessidade do reexame em condições supracitadas, visto que as demandas não ultrapassam 100 salários mínimos, os municípios frequentemente promovem recursos aos Tribunais de Justiça alegando diversos motivos como a reserva do possível, medicamentos fora da lista do RENAME ou portarias do Ministério da Saúde, Tema 106 do STJ, dentre outros inúmeros óbices financeiros e administrativos.

Outrossim, no âmbito do judiciário paulista, o Tribunal de Justiça editou uma súmula de importante consideração, aduzindo que qualquer pessoa natural poderá ajuizar ação em face de pessoas jurídicas de direito público interno, quais sejam o União, os Estados, o Distrito Federal, as autarquias, os Municípios e demais entes de caráter público designados em lei.

Súmula 37. A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.

Portanto, serão abordados os casos mais peculiares no tocante a essa seara.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Fornecimento de sensor e monitor de glicemia freestyle libre, IportMedtronic e insumos correlatos - Criança portadora de diabetes mellitus - Imperiosa necessidade da produção de prova pericial para aferir se a parte autora tem indicação para o uso do equipamento solicitado e de sua imprescindibilidade frente ao ofertado pela rede pública de saúde (convencional) - Ativismo judicial probatório (ex officio) devidamente justificado (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 153)- Controvérsia que gravita em torno de direito sensível às crianças e aos adolescentes (saúde) - Regime protetivo que não permite julgamentos cuja dúvida remanesça reinante - Sentença anulada - Retorno dos autos à origem para a realização de perícia médica - Apelo e reexame necessário prejudicados com observação (mantida a tutela provisória até nova sentença e/ou fato superveniente apto a sua modificação). (TJ-SP - APL: 10025771120208260655 SP 1002577-11.2020.8.26.0655, Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público), Data de Julgamento: 26/07/2021, Câmara Especial, Data de Publicação: 26/07/2021)

Conforme análise do caso jurisprudencial supramencionado, a apelação fora interposta pelo Município de Várzea Paulista contra uma sentença de obrigação de fazer, favorável ao menor representado por sua genitora, no qual fora julgado procedente a determinação ao fornecimento de insumos relativos à diabetes, sob pena de multa diária.

O acórdão fora proferido no sentido do inegável dever de fornecimento dos instrumentos atinentes a diabetes, ao tratamento do menor, mantendo-se a obrigação do Município em custar os instrumentos, embora a fundamentação do acórdão tenha mencionado a nota técnica nº 518-2021 do Núcleo de Apoio Técnico do TJ-SP, no sentido de anulação da sentença para que seja realizado perícia por médico endocrinologista pediátrico ao aferimento de real necessidade do sistema de monitoramento contínuo. Derradeiramente, fato é que não seria aplicável o Tema 106 do STJ no sentido dos requisitos para a concessão de medicamentos não previstos na lista do SUS, conforme Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009, ante o objeto da ação ser atinente ao fornecimento de insumos e não de medicamentos.

EMENTA. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO PREVISTO EM LISTA DO SUS. DESATENDIMENTO A PARÂMETROS MÍNIMOS. 1. Em matéria de políticas públicas o ativismo deve ser contido, pois não é recomendável que o Judiciário substitua o administrador público na implementação de políticas em curso, privilegiando uns em detrimento de muitos, com quebra da isonomia. 2. Não é possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído nas listas oficiais, se inexistente nos autos a comprovação da inefetividade ou impropriedade dos medicamentos constantes dos protocolos clínicos

do SUS. 3. A determinação judicial de fornecimento de fármacos não pode desprezar a necessidade de registro na Anvisa. 4. Apelos conhecidos e providos. Unanimidade. (TJ-MA - AC: 00022597720138100027 MA 0332532018, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 01/10/2019, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/10/2019 00:00:00)

Em outra análise jurisprudencial conforme o caso supracitado, a apelação fora interposta pelo Estado do Maranhão e o município correspondente de Barra do Corda, em que o Juízo da 2º Vara deste município julgou procedente uma ação ordinária à condenação dos apelantes em fornecer de maneira suficiente tratamento ao apelado e uma vacina adequada inalante e bacteriana.

Os apelantes alegaram insuficiências econômicas ante a famigerada reserva do possível. Embora o relator não tenha julgado neste sentido, o mesmo fundamentou o acórdão dando provimento aos mesmos, no sentido de que o apelado não demonstrou documentalmente no RENAME ou na Portaria 2.982 do Ministério da Saúde uma vacina, medicamentos ou terapias semelhantes ao pleiteado, ou que comprovasse o tratamento ineficaz promovido pelo SUS. Em suma, não houve fundamentação adequada para que fosse admitida a concessão de medicamento fora das listas oficiais ou a ausência de prestação somente com base em similitude de tratamento em rede privada.

REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de Segurança – Internação hospitalar – Laudo médico atestando a imprescindibilidade da medida – Obrigação de disponibilização pelo SUS – Inteligência do artigo 196, da Constituição Federal - Precedentes deste E. Tribunal e dos C. Tribunais Superiores – Recurso desprovido.(TJ-SP - Remessa Necessária Cível: 10000394620208260594 SP 1000039-46.2020.8.26.0594, Relator: Sílvia Meirelles, Data de Julgamento: 10/05/2021, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/05/2021)

Derradeiramente, o caso supracitado envolve uma concessão de mandado de segurança ao Impetrante em uma condenação ao Impetrado, correspondendo ao município de Agudos – SP, determinando que a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) disponibilize leito hospitalar para o tratamento ante ao quadro grave de saúde.

Fora fundamentado que a sentença preferida estaria de acordo com a Súmula 37 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como o inegável direito a saúde consagrada no art. 196 da Carta Magna. Assim, o Estado detém a obrigação

de organizar o erário para que possa suprir os pacientes de maneira adequada aos que necessitarem, e que muitas vezes é negligente ou omissivo, fazendo com que o Poder Judiciário deixe sua inércia à garantia do direito do jurisdicionado, gerando um ativismo judicial ao qual seria incumbência do Poder Executivo, tutelando o que seria então o princípio da universalidade da saúde, preconizado pelo SUS.

REMESSA NECESSÁRIA. FORNECIMENTO DE LEITO HOSPITALAR COM ESPECIALIDADE NEFROLOGIA – PACIENTE ACOMETIDA DE LITÍASE RENAL CID10N20- PACIENTE HIPOSSUFICIENTE – URGÊNCIA COMPROVADA – PACIENTE CADASTRADA NO SISTEMA DO SUS PORÉM AGUARDANDO ALEM DO PRAZO RAZOÁVEL DE 180 DIAS - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA COM UM MÍNIMO DE DIGNIDADE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. DEVER DO ESTADO E DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. ARTS. 1º, III, 6º, 23, II, 196 E 203, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCUMBE AO PODER PÚBLICO, EM TODAS AS ESFERAS DE PODER POLÍTICO, A PROTEÇÃO, DEFESA E CUIDADO COM A SAÚDE O FORNECIMENTO DE LEITOS DE HOSPITALARES (UTI'S E/OU ENFERMARIAS) PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. PARTE REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 421 DO STJ. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA DE 1º GRAU CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS, 1 - Uma vez evidenciada a multiplicidade de direitos e princípios postos quando se trata de demandas de saúde e o crescimento de feitos dessa natureza que aportam diuturnamente ao Judiciário, passei adotar posicionamento ainda mais criterioso caso a caso, evitando o ativismo judicial nas políticas públicas de saúde e atentando sempre para o que orientam as resoluções do CNJ e as notas técnicas a respeito do que se é pleiteado. 2 - Não se olvida que o direito à vida e, conseqüentemente, o direito à saúde, representam prerrogativas indisponíveis previstas na Constituição Federal, com status de direitos fundamentais e de responsabilidade de todo Poder Público - por meio de todos os seus Entes - que devem atuar no sentido de garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à saúde, em respeito à dignidade humana, conforme preceituam os artigos 6º e 196 da CF/88. 3 - Embora seja sempre esta a premissa inicial, tenho reiterado em minhas decisões que a concretização do direito à saúde não deve ser vislumbrada apenas como algo ajustado à necessidade de um indivíduo em si mas deve também ser percebida sob um prisma coletivo, ou seja, deve manter uma relação de igualdade com os demais cidadãos e sua manifestação, como um direito, deve ser considerada nas suas conseqüências (consequencialismo) na realidade. Em outras palavras, ao apreciar as demandas de saúde, deve o julgador considerar a repercussão de tal decisão em relação ao sistema como um todo, a fim de que não se inviabilize a prestação da saúde para os demais cidadãos. 4 - No caso, o pleito foi de leito em hospital terciário com suporte para investigação e tratamento da autora, na especialidade de nefrologia. Assim, não se aplicam os

critérios da Resolução 2.156/16 do Conselho Federal de Medicina, não se falando, portanto, em graus de prioridade, sendo necessária a comprovação de outros requisitos. Assim, a urgência e o risco de complicações caso haja prolongamento da permanência hospitalar e do óbito ficaram revelados da leitura do laudo médico apresentado. 5- ENUNCIADO 93, CNJ - Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde SUS por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos. 6 - Vale distinguir a situação presente com as que pleiteiam leito de UTI em hospital, pois nestes casos é preciso observar os critérios de prioridade previstos na Resolução 2.156/16 do Conselho Federal de Medicina, critérios estes que atentam para os reais benefícios do tratamento em unidade de terapia intensiva, além cuidar para que pacientes em graus de prioridade inferior ocupem leitos em detrimento de outros. 7 - Assim, não se aplicam os critérios da Resolução 2.156/16 do Conselho Federal de Medicina, não se falando, portanto, em graus de prioridade, sendo necessária a comprovação de outros requisitos. Assim, a urgência e o risco de complicações caso haja prolongamento da permanência hospitalar e do óbito ficaram revelados da leitura do laudo médico apresentado. 8 – REMESSA CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer da remessa necessária, mas para NEGAR-LHE provimento, nos termos do voto do e. Relator. (TJ-CE - Remessa Necessária Cível: 00022090820198060171 CE 0002209-08.2019.8.06.0171, Relator: PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, Data de Julgamento: 23/11/2020, 1ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 24/11/2020)

A jurisprudência supracitada se trata de uma sentença submetida a remessa necessária prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Tauá de uma Ação de Obrigação de Fazer com pedido de Tutela Antecipada, em face do Estado do Ceará.

A apelada fora cometida com doença renal específica em que necessitou de tratamento urgente, embora não obteve resposta sobre solicitação de leito hospitalar na Central de Regulação Estadual do SUS do Ceará.

No juízo *a quo*, a liminar fora positiva, condenando o Estado à realização do procedimento hospitalar em prazo específico, ao qual efetivamente se realizou. Posteriormente, houve decisão com resolução de mérito condenando o Estado do Ceará ao procedimento cirúrgico a Requerente, no qual eventual descumprimento incidiria multa diária sem prejuízo da responsabilidade criminal e administrativa, nos termos do art. 11, II, da Lei. 8429/92, bem como o bloqueio de verbas públicas para assegurar o adimplemento da obrigação de fazer.

No juízo *ad quem* ante a remessa necessária, houve o entendimento de se evitar o ativismo judicial nas políticas públicas de saúde em observância as resoluções do CNJ e notas técnicas diversas, visto que a realização do direito à saúde prioriza a coletividade como responsabilidade do Poder Público garantindo a todos os cidadãos o acesso universal a saúde, nos termos do art. 6 e 196 da CF. Nessa esteira, alegou-se que o julgador deve estar atento as repercussões que eventualmente poderá promover ao ente, inviabilizando as demandas sanitárias a coletividade.

Outrossim, houve incidência de quatro requisitos dos Enunciados da II e III Jornadas de Direito da Saúde do CNJ em que foram apresentados e justificados ante o laudo médico apresentado pela Requerente ante a gravidade, o pedido administrativo e a mora na transferência, sendo eles:

ENUNCIADO N° 46. Nas ações judiciais para as transferências hospitalares deve ser verificada a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e priorização. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO N° 51. Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato. (Redação dada pela II Jornada de Direito da Saúde – 19.05.2015)

ENUNCIADO N° 92. Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO N° 93. Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Outra fundamentação de suma importância fora a incidência do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal, em que é responsabilidade solidária dos entes federativos perante aquele que não detenha prestação assistencial suficiente para atender o demandante, sendo competência de o Autor indicar o ente que possua, mesmo que

haja deslocamento de competência, haja vista incidir uma possível extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, Código de Processo Civil.

Em suma, houve a ratificação da sentença exarada, ao qual fora responsabilidade do Estado do Ceará na manutenção e observância da saúde à população, nos termos do art. 196 da CF e art. 245 da Constituição do Estado do Ceará, visto que houve mora em fornecer o leito apropriado.

DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO (TFD). DIAGNOSTICO DE SÍNDROME DE TURNER. DEVER DO ESTADO. PRESTAÇÃO DE ATENDIMENTO DE SAÚDE. DANO MORAL POR OMISSÃO. NÃO CONFIGURADO. DANO MATERIAL COMPROVADO. MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA INCIDÊNCIA. VIABILIDADE. 1. Estabelece a Constituição Federal ser a saúde um direito fundamental, incumbindo ao Estado disponibilizar acesso universal e igualitário de ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos. 2. Verificado o retardamento do Ente Estatal na disponibilização de tratamento indicado à paciente por profissional médico, necessário primar pela concretização do direito fundamental à saúde e pela efetivação do princípio do mínimo existencial. 3. Escorreita a intervenção do Judiciário, no intuito de garantir a implementação de políticas públicas e tutelar o direito à saúde, sem que isso possa ser havido como 'ativismo jurídico'. 4. A configuração da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessária a comprovação do elemento subjetivo, o nexo de causalidade entre a omissão e o resultado danoso verificado. 5. Debalde a demora na prestação do serviço de saúde pelo ente Estatal e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a obtenção do direito básico, não subsistem provas de prejuízos que tenham causado à Apelante dano psíquico e/ou constrangimento grave com aptidão de gerar abalo de ordem moral. Logo, ilegítima a condenação em indenização do Ente Público. 6. Constatada que a omissão do Ente Público – alusiva à prestação dos serviços de saúde – causou prejuízo material à Apelante, como comprovados nos autos, impõe-se o dever de indenização que, regra geral, encontra suas diretrizes nos artigos 186, 927 e seguintes do Código Civil, os quais determinam que todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano. 7. A multa diária, aplicada em caso de descumprimento da determinação judicial, objetiva fazer com que a parte condenada/obrigada cumpra com a obrigação determinada, sendo, pois, meio de coerção, não tendo cunho indenizatório, tampouco de enriquecimento da parte adversa. 8. O quantum fixado a título de astreintes resta adequado, além de razoável às peculiaridades da demanda, cabendo somente limitar a sua incidência ao prazo máximo de 30 (trinta) dias. 9. Provimento parcial do 1º Apelo, para limitar a periodicidade da multa cominatória; provimento parcial da 2ª Apelação (Adesiva), para condenar o Apelado (Estado do Acre) ao ressarcimento por danos materiais. (TJ-AC - APL:

00137786120168010070 AC 0013778-61.2016.8.01.0070, Relator: Waldirene Cordeiro, Data de Julgamento: 19/11/2019, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 21/11/2019)

Em continuação, a jurisprudência supramencionada envolve uma sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Cruzeiro do Sul em uma Ação Ordinária c/c pedido de tutela de urgência, ao qual determinou que o Estado do Acre e ao Hospital das Clínicas do mesmo Estado o cumprimento de disponibilizar tratamento para Síndrome de Turner via Tratamento Fora do Domicílio em comarca vizinha, na capital do Estado em Rio Branco. Nesse sentido, fora interposto a apelação em tela pelo Estado do Acre e pelo aludido hospital em conjunto, bem como a apelação adesiva pelos apelados.

No juízo *ad quem*, fora fundamentado que quando é imprescindível a atuação do Poder Judiciário em garantir a efetividade do direito fundamental a saúde quando omissos os demais poderes, não se configura a violação da tripartição de poderes, em que pese usurpação de competência administrativa do Poder Executivo, no qual é competência concorrente entre os Estados e Municípios no presente caso concreto fornecer medicamentos à pessoa hipossuficiente.

Houve cristalina ofensa ao direito subjetivo fundamental a saúde, atrelado ao direito mínimo existencial do cidadão, ao qual não seriam justificativas do Estado alegar reserva do possível ou óbices da lista oficial do RENAME ou portarias do Ministério da Saúde.

Também fora fundamento que inexistiu um “ativismo jurídico” visto que fora implementado uma política pública que deveria ser de incumbência do Poder Público, na medida em que fora situação excepcional ante a intervenção do Poder Judiciário. Ademais, a relatora desembargadora Waldirene Cordeiro aduziu importantes considerações em seu voto:

18. Nesse talante, verificado que a ajuda de custo se destina a atender o paciente/acompanhante hipossuficiente e, ainda, como in casu, contar a paciente com 17 anos, viver com sua genitora na zona rural de Cruzeiro do Sul, e com seus outros 10 irmãos, chega-se a conclusão que não dispõe de condições financeiras para arcar com o custo do tratamento, fazendo jus ao benefício (ajuda de custo). No ponto, realço, o Estado não apresentou elementos capazes de extinguir ou modificar o direito da autora-Apelante.

19. A ser assim, tenho a convicção de ser a hipótese de se manter a sentença quanto ao pagamento da ajuda de custo.



22. Nesse viés, ilações genéricas fundadas na 'teoria da reserva do possível' não devem ser admitidas pelo Judiciário, mormente porque não é dado aos jurisdicionados banalizar a discussão a respeito dos direitos fundamentais, tampouco é lícito que o Estado tente ilidir suas responsabilidades mediante artifícios retóricos (...)

23. Em arremate, não pode o Ente Estatal se socorrer da denominada 'teoria da reserva do possível', com o intuito de esquivar-se das obrigações a ele impostas, porquanto aludida teoria sofre relativização frente à concretização de direitos fundamentais e, mais especificamente, do direito à saúde, razão pela qual dessumo escorreita a sentença, quando reconheceu a obrigação do Estado o dever de prestar o serviço de saúde vindicado. (TJ-AC - APL: 00137786120168010070 AC 0013778-61.2016.8.01.0070, Relator: Waldirene Cordeiro, Data de Julgamento: 19/11/2019, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 21/11/2019)

Em síntese, no tocante a interposição de Apelação pelo Estado do Acre, houve provimento parcial no sentido de limitar a multa cominatória em trinta dias no máximo, ao passo em que a Apelação adesiva também houve provimento parcial no sentido de condenar o Estado do Acre ao pagamento de indenização por danos materiais, mantendo-se os demais termos da sentença, principalmente no acesso aos benefícios afetos ao tratamento fora do domicílio.

#### 4.4 O ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE COVID-19

O SARS-CoV 2, popularmente conhecido como Coronavírus, provocou uma crise sem precedentes no país, instituindo um estado de calamidade pública no território nacional. Nesse sentido, houve uma mudança de hábito dos brasileiros, abrangendo uma dicotomia entre o direito à saúde/vida e a subsistência de milhões de brasileiros.

Além disso, diversas providências foram tomadas ante ao controle de circulação populacional, como se prevê:

(...) a) distanciamento social, são tomadas medidas que reduzem o contato e a interação entre pessoas de uma mesma comunidade; b) nas medidas de isolamento social, as pessoas infectadas (identificadas mediante diagnóstico) são temporariamente separadas das demais pessoas, enquanto durar o período de contágio, objetivando a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local; c) na quarentena, aplicar-se restrições administrativas a quem potencialmente sofreu exposição ao vírus, mas não apresenta sintomas, em como objetivo de garantir

a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado; por fim, d) no lockdown, medidas administrativas mais rígidas de limitação à circulação e à mobilidade, bem como de vedação à interação social são aplicadas a toda a população de uma localidade, sendo o nível mais alto de segurança e pode ser necessário em situação de grave ameaça ao Sistema de Saúde (Brasil, 2020a; Brasil, 2020b apud GOMES, CARVALHO, BARBOSA, 2020, p. 202-203).

Em face da omissão do Poder Público na implementação de políticas públicas sanitárias supracitadas, ou da urgência das implementações, o Poder Judiciário acabou tendo até então um forte protagonismo, levando-se em conta as situações sociopolíticas atuais, promovendo a famigerada ADI 6341 abordada anteriormente.

Oportunidade de ocorrência desse cenário se deu em virtude de uma Ação Civil Pública nº 0021639-42.2020.8.17.2001, ajuizada pela 19ª Promotoria de Defesa da Cidadania contra o município de Recife e o Estado de Pernambuco, em que se pleiteou a ampliação do prazo de fechamento de parques e praias visando a redução e contenção da proliferação do SARS-CoV 2. Houvera a improcedência da demanda, tendo como fundamentação a autocontenção judicial, não cabendo ao judiciário definir prioridades e atuar foras das linhas jurisdicionais definidas constitucionalmente. Ainda, observou-se a ADI 6341 perante a autonomia dos entes federativos, em que os votos dos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal consolidam o entendimento de uma maneira mais aprofundada.

Como ponto de partida, elucidam-se as considerações emanadas pelo ministro Alexandre de Moraes:

(...) Agora, obviamente que a competência comum administrativa não significa que todos podem fazer tudo. Isso gera bagunça, isso gera anarquia. O que significa a competência comum administrativa? Significa que, a partir do princípio da predominância do interesse, a União deve editar normas, políticas públicas para a saúde pública de interesse nacional; os Estados, interesse regional; e os Municípios, visando, como o próprio art. 30, I, estabelece, o seu interesse local. Não é possível que, ao mesmo tempo, a União queira ter monopólio da condução administrativa da pandemia nos mais de 5 mil Municípios. Isso é absolutamente irrazoável. Como não é possível também que os Municípios queiram, a partir de uma competência comum estabelecida pela Constituição, tornarem-se repúblicas autônomas dentro do próprio Brasil, fechando os seus limites geográficos, impedindo a entrada de serviços essenciais. Não é isso que a Constituição estabelece. A Constituição estabelece exatamente a divisão de competências a partir da cooperação - o chamado Federalismo cooperativo - de interesses, da predominância do interesse. (..) O que menos precisamos é embates judiciais entre entes

federativos para que um queira anular o que o outro fez, ou para que o outro queira sobrepujar o posicionamento dos demais. Temos que afastar esse personalismo ou esses personalismos de diversos entes federativos prejudiciais à condução das políticas públicas de saúde essenciais, neste momento, ao combate da pandemia do covid-19 (...) ora, é óbvio, e entendo aqui nos memoriais, na apresentação a preocupação do Advogado-Geral da União, Doutor André, que a competência comum administrativa não permite ao Município, a um prefeito, a um governador interditar um aeroporto internacional. Isso não é competência municipal. Dentro da competência comum, mesmo que se interprete saúde pública, isso é competência geral, nacional do Presidente da República. Da mesma forma, não compete ao Presidente da República, porque aí a competência é comum, verificar se naquele município é necessário ou não interditar os bares e restaurantes locais em virtude da proliferação do vírus. É o princípio da predominância do interesse, é o respeito à Constituição. (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020)

Também são apostas as considerações emanadas pela ministra Rosa Weber:

À luz do seu ensinamento, cabe ao Brasil, por conseguinte, valer-se da estrutura federal exatamente para evitar o caos, com o estabelecimento de parâmetros mínimos, possibilitando, onde necessário, a implementação de medidas diferenciadas – inclusive mais rígidas, se o caso – de controle do novo coronavírus (COVID 19), no quadro das competências comuns e concorrentes, com o estabelecimento de isolamento, quarentena, enfim, de todas as medidas já previstas, sempre à luz do princípio da proporcionalidade (...) Quanto ao artigo 3º, §9º, Lei 13.979/2020, rememoro a sua redação, impugnada na presente ação direta: “O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o §8º. A possibilidade de o Presidente da República definir essas atividades, por decreto, a meu juízo, tangenciaria afronta ao princípio da separação de poderes (art. 2º CRFB). Isso porque há aqui uma instituição da figura do regulamento autorizativo, na medida em que o Presidente, por medida provisória, delegou poderes para si próprio, sem instituir critérios de controle e responsividade. Desse modo, o Congresso Nacional fica obstado a exercer o controle do art. 49, V, da Constituição Federal, ante a ausência de parâmetros normativos de controle. (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020)

Como contraponto, a ministra Carmem Lúcia tece importantes considerações:

Razão jurídica também não assiste ao Partido Democrático Trabalhista com relação à alegada inconstitucionalidade dos §§ 8º, 9º, 10 e 11 do art. 3º da Lei n. 13.979/2020. Trata-se de normas destinadas a assegurar o funcionamento de serviços e atividades essenciais durante o combate ao coronavírus. Nos §§ 8º e 9º do art.

3º da Lei n. 13.979/2020, dispõe-se que a adoção das medidas de enfrentamento à Covid-19 deve “resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”, conforme disposto em decreto do Presidente da República. Pelo § 10 do art. 3º da Lei n. 13.979/2020, exigiu-se que, quando as medidas de isolamento, quarentena e restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, sua adoção seja feita “em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador”. Pelo § 11 do art. 3º da Lei n. 13.979/2020, vedou-se restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais e de cargas de qualquer espécie que possa “acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população”.

15. Nenhuma dessas disposições, por si só, extrapola a competência da União para editar normas gerais sobre defesa da saúde. Os dispositivos impugnados foram editados para se assegurar que, em meio ao combate à pandemia da Covid-19, as medidas adotadas não prejudiquem o atendimento a necessidades básicas da população. Não houve invasão da competência material comum para cuidar da saúde ou à autonomia dos Estados e do Distrito Federal (...) não se atribuiu ao Chefe do Poder Executivo discricionariedade absoluta para determinar quais serviços e atividades não podem ser atingidos pelas medidas de enfrentamento da pandemia. O decreto do Presidente da República deve-se ater aos serviços e atividades verdadeiramente essenciais, assim entendidos aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas da população e ao funcionamento da Administração Pública e da economia. Eventual extrapolação dessa atribuição pelo Chefe do Poder Executivo pode ser submetida ao Poder Judiciário para controle de legalidade, sem prejuízo do exercício da competência prevista no inc. V do art. 49 da Constituição pelo Congresso Nacional. (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020)

E, por fim, as considerações do ministro Luiz Fux:

In casu, a expressão “no âmbito de suas competências”, introduzida pela MPv 926/2020, ao caput do artigo 3º da Lei 13.979/2020, é deferente à competência concorrente em matéria de proteção e defesa da saúde, explicitando o caráter geral da norma. Nada obstante, merece cautela o inciso VI, alínea b, do dispositivo, ao estabelecer que a restrição excepcional e temporária de locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos depende de “recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. A interpretação mais consentânea com o pacto federativo é a de que, embora não caiba ao Executivo, via agência reguladora, impedir a atuação dos entes federativos naquilo que se mostrar mais protetivo à saúde, o dispositivo enfatiza o caráter de mera “recomendação” da consulta à ANVISA, o que ressalta a valorização do aspecto científico da decisão política. Da mesma forma, o artigo 3º, § 9º, da Lei 13.979/2020, ao resguardar o exercício

e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, não limita tal proteção às autoridades federais. Assim como o Presidente da República disporá sobre os serviços públicos e atividades essenciais, poderão os demais entes enumerar as atividades que consideram essenciais às peculiaridades locais, sendo essa a interpretação que mais prestigia o federalismo. É importante considerar que a lista de atividades e serviços essenciais restringe a quarentena, o isolamento e a circulação. A possibilidade de os entes ampliarem a lista, de acordo com a especificidade de cada local, ainda que condicionada à maior proteção à saúde, não deve inviabilizar, direta ou indiretamente, a prestação de serviços considerados essenciais pelos demais entes competentes. Para tanto, é recomendável que as autoridades técnicas especializadas sejam consultadas pelas unidades federativas, como mencionei. Estabelecidas pela União as normas gerais para proteção e defesa da saúde, aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas à complementação no que necessário para atender suas peculiaridades locais, respeitados os critérios (i) da preponderância do interesse local, (ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites. Em especial, deve-se prestigiar, ainda, nessa atuação normativa o critério da vedação da proteção insuficiente. (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020)

Outro aspecto controverso ocorreu com decisão proferida pelo magistrado Augusto Bruno Mandelli da comarca de Avaré – SP, nos autos do processo nº 1500681-23.2021.8.26.0530, em que o mesmo questionou o consenso científico mundial de que o distanciamento social não apresentaria provas concretas de que ajudaria a conter a contaminação do vírus, declarando ilegal um decreto municipal que proibia a venda de bebidas alcoólicas em determinado período, bem como afirmou que a própria OMS se pronunciou contra as providências de controle de circulação populacional. Ocorre que o magistrado se utilizou de inverdades, ao qual poderia ter incorrido nos arts. 41 e 49 da LOMAN, onde o Tribunal derrubou a decisão.

Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. (BRASIL, 1979)

Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:  
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;  
(BRASIL, 1979)

É possível citar um antagonismo entre duas decisões proferidas, caracterizando uma postura ativista dos julgadores. Respectivamente, da Ação Civil

Pública de nº 5028176-07.2021.8.21.0001 ajuizada pelo Sindicato dos Municípios de Porto Alegre – RS em face do Estado do Rio Grande do Sul, no qual a decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Capital suspendeu a flexibilização da bandeira preta então vigente na época determinada pelo Poder Executivo, dando permissões para reabertura do comércio e serviços não essenciais, conjecturando na decisão uma opinião que “É falso o dilema de que fazer a economia ter uma retomada é o melhor caminho. As pessoas só conseguem sobreviver com um mínimo de dignidade se estiverem vivas ou sem estarem adoecidas e sem condições de trabalhar”, bem como na Ação Civil Pública de nº 1012643-55.2021.4.01.3400 em que a Defensoria Pública da União ajuizada contra a União, Distrito Federal, ANVISA e outros para que houvesse a manutenção das condições restritivas de “lockdown”, visto que houve flexibilização de modo autônomo pelo governo do Distrito Federal de algumas atividades essenciais e não essenciais. Em sede recursal, foram mantidos os protocolos de lockdown.

Forçoso reconhecer então que o cenário pandêmico acabou provocando animosidades de todos os poderes, acentuando-se no Poder Judiciário, em que a atuação frequente e ativista dos magistrados gerou inovações e curiosidades no aspecto das decisões judiciais, muitas vezes com boas intenções em respeito à autonomia e liberdades individuais dos indivíduos.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho de graduação teve como objetivo preliminar delinear o direito à saúde e os contornos desse instituto, desde o percurso constitucional do Brasil Império até os dias atuais. Dessa forma, elucidou-se que a saúde é extremamente consolidada no texto constitucional e infraconstitucional, correlacionado estritamente ao direito a vida e à garantia da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o Estado ao qual deveria ser mormente promovente e garantidor desse direito através de políticas públicas e a devida tutela em determinados casos, acabam ocorrendo certas omissões ou inércias do Poder Público ante ao emprego dessas medidas, no qual então o Poder Judiciário promove uma atuação além dos seus limites jurisdicionais, ultrapassando a tripartição de poderes, visto que qualquer demanda em que o cidadão se sentir lesado será analisada em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O ativismo judicial então acaba sendo o protagonista nesses casos ao emprego efetivo desse direito fundamental e satisfazendo as demandas sociais sanitárias, muitas vezes tomando atitudes políticas que não deveria,

Não obstante, constatou-se óbices de cunho financeiro impactando o erário, tendo como principal fator a reserva do possível, bem como que a atividade jurisdicional deverá ser norteada em parâmetros alinhados a razoabilidade e realidade do caso concreto, para que não ocorra prejuízos à coletividade.

Sendo assim, conclui-se que haverá ad aeternum uma dicotomia entre a efetiva satisfação do direito ao mínimo existencial do cidadão e a reserva do possível envolvendo o tema em análise, conjectura que jamais será solucionada, ao qual será somente atenuada conforme o cenário econômico do Estado estiver em superavit ao erário.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Luiz Ricardo de Lima et. al. **Ativismo Judicial como Instrumento de efetivação do Direito à Saúde**. ANAIS do VIII Encontro de Pesquisa e Extensão da Faculdade Luciano Feijão. ISSN 2318.4329. Sobral – CE. Disponível em: <https://bit.ly/3AnV2T2> Acesso em: 23 maio 2021
- ALVES DUTRA, Ricardo Assis. **O Poder Normativo do Gestor da Saúde: Possibilidades e limites**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS – 2015. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/ccount/click.php?id=127> Acesso em: 23 maio 2021
- ALVES, Domitila Duarte. **Serviços Públicos**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000064, 27/11/2014. Disponível em: [https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_servicos\\_publicos.pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_servicos_publicos.pdf) Acesso em: 24 abril 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009\\_barroso\\_judicializacao\\_ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso em: 8 agosto 2021
- BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosangela Maria. **As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais**. Revista da Escola de Enfermagem da USP, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 380-398, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v30n3/v30n3a04.pdf> Acesso em: 10 março 2021
- BORGES, Celiane Camargo. **Sentidos de saúde/doença produzidos em grupo numa comunidade alvo do Programa de Saúde da Família (PSF)**. 2002. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2002. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-01072002-091835/publico/01-Introducao\\_e\\_objetivo.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-01072002-091835/publico/01-Introducao_e_objetivo.pdf) Acesso em: 17 março 2021
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf> Acesso em: 3 set 2021
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm) Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm) Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) Acesso em: 22 março 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 jan. 2021

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1990a. Seção 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) Acesso em: 5 junho 2021

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm) Acesso em: 16 agosto 2021

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). 16 agosto 2021

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS). **Estratégia Saúde da Família (ESF)**. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/ape/esf/> Acesso em: 19 abril 2021

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de Direito Sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. ISBN 85-334-1259-2. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_direito\\_sanitario.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf) Acesso em: 04 junho 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 14. No reexame necessário é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/view/5231/5356> Acesso em: 26 jul 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183> Acesso em: 12 set 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2 Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: AgR ARE 0005574-24.2013.8.17.0220 PE - PERNAMBUCO 0005574-24.2013.8.17.0220. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 13/09/2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768217147/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-1169334-pe-pernambuco-0005574-2420138170220?ref=serp> Acesso em: 7 abril 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) Ação Direta de Inconstitucionalidade no 6341. ADI 6341. Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 mar. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133140526/referendo-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6341-df-0088693-702020100000> Acesso em: 6 junho 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2 Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 9005937-16.2018.8.21.0010 RS. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 30/11/2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1142918807/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1260235-rs-9005937-1620188210010/inteiro-teor-1142918809> Acesso em: 7 abril 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/MC. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 29/04/2004. Jusbrasil, 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf> Acesso em: 12 maio 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário: RE 605533 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 15/08/2018. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862232682/recurso-extraordinario-re-605533-mg-minas-gerais> Acesso em: 7 abril 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 30/10/1995. Jusbrasil, 1995. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703003/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp/inteiro-teor-103095299> Acesso em: 20 março 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Câmara Especial). Apelação/Remessa Necessária nº 1002577-11.2020.8.26.0655. Apelante: Município de Várzea Paulista. Apelado: M.E.R.O. Relator: Desembargador Magalhães Coelho. DJ: 26/07/2021. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256009131/apelacao-remessa-necessaria-apl-10025771120208260655-sp-1002577-1120208260655/inteiro-teor-1256009157> Acesso em: 2 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 1000006-82.2021.8.26.0574. Impetrante: Leda Carvalho Grassetti – Me. Impetrado: Prefeito Municipal De Avaré. Juiz: Augusto Bruno Mandelli. DJ: 28/03/2021. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/04/doc-122429940\\_050420213828.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/04/doc-122429940_050420213828.pdf) Acesso em: 7 set 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (6º Câmara de Direito Público). Remessa Necessária Cível nº 1000039-46.2020.8.26.0594. Recorrente: Juízo Ex Offício. Recorrido: Abel Antônio Francisco. Relatora: Desembargadora Silvia Meirelles. DJ: 10/05/2021. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205960073/remessa-necessaria-civel-10000394620208260594-sp-1000039-4620208260594/inteiro-teor-1205960094> Acesso em: 3 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. (2º Câmara Cível). Apelação nº 0013778-61.2016.8.01.0070. Apelante-Apelado: Estado do Acre. Apelante-Apelada: Fundação Hospitalar Estadual do Acre. Apelante-Apelada: Maria Elinéia da Silva Tomé. Relator: Desembargador Waldirene Cordeiro. DJ: 19/11/2019. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783795021/apelacao-apl-137786120168010070-ac-0013778-6120168010070/inteiro-teor-783795094> Acesso em: 11 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. (1º Câmara de Direito Público). Remessa Necessária Cível nº 0002209-08.2019.8.06.0171 CE. Recorrente: Rutielle da Silva Cavalcante. Recorrido: Estado do Ceará. Relator: Desembargador Paulo Airton Albuquerque Filho. DJ: 23/11/2020. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131246301/remessa-necessaria-civel-22090820198060171-ce-0002209-0820198060171/inteiro-teor-1131246558> Acesso em: 3 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Civil Pública Cível nº 1012643-55.2021.4.01.3400. Autor: Defensoria Pública da União. Réus: Companhia do Metropolitano do Distrito Federal Metro DF; União Federal; Distrito Federal; Agencia Nacional de Transportes Terrestres. Juiza: Kátia Balbino de Carvalho Ferreira. DJ: 11/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/dpu-ampliacao-medidas-restritivas-df.pdf> Acesso em: 12 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. (4º Câmara Cível). Apelação Cível nº 0002259-77.2013.8.10.0027 MA 0332532018. Apelantes: Estado do Maranhão e Município de Barra da Corda. Apelado: Wesley Andrade Santos. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira. DJ: 01/10/2019. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765410091/apelacao-civil-ac-22597720138100027-ma-0332532018/inteiro-teor-765410127> Acesso em: 2 set 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública Cível Nº 5028176-07.2021.8.21.0001/RS. Autores: Sindicato Dos Municiparios De Porto Alegre; Sindicato Dos Farmaceuticos No Est Do Rio Grande Do Sul; Sind Prof Enf Tec Duch Mas Emp Hosp Casas Saude Rs; Centro Dos Profs Do Est Do Rs Sind Dos Trab Em Educacao; Central Unica Dos Trabalhadores-Cut; Associacao De Juristas Pela Democracia; Sindicato Dos Enfermeiros No Estado Do Rio Grande Do Sul; Intersindical - Central Da Classe Trabalhadora; Federacao Gaucha Das Unioes De Associacoes De Moradores E Entidades Comunitarias – Fegamec; Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Juiz: Eugênio Couto Terra. DJ: 19/03/2021. Disponível em: [https://cpers.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Documento\\_10006697359.pdf](https://cpers.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Documento_10006697359.pdf) Acesso em: 11 set 2021

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_C\\_campos.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_C_campos.pdf) Acesso em: 8 agosto 2021

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento. PINTO, Márcio Alexandre da Silva. **A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA DA CIDADANIA BRASILEIRA**. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4402/6668> Acesso em: 26 março 2021

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta. **O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras**. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CHIORO, Arthur; SCAFF, Alfredo. **A implantação do Sistema Único de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1999. Disponível em: [http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Material3\\_ChioroA.pdf](http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Material3_ChioroA.pdf) Acesso em: 25 março 2021

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n° 54, jan-mar 2006, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3ImKTBJ> Acesso em: 26 março 2021

Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. **Conheça o histórico das conferências nacionais de saúde, ponto a ponto**. Disponível em: <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=428>. Acesso em: 22 março 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf> Acesso em: 20 ago 2021

COSTA, Yvete Flavio de. MORETTI, Deborah Aline Antonucci. **A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 1, p. 111-134, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5662352.pdf> Acesso em: 13 agosto 2021

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CIPRIANI, Manoella Peixer. **Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1403> Acesso em: 9 agosto 2021

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Organização jurídica do sistema de saúde brasileiro**. In: Saúde pública: bases conceituais[S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/d63fk/pdf/rozenfeld-9788575413258-10.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021

DRESCH, Renato Luís. **O Acesso a Saúde Pública e a Eficácia das normas de regulação do SUS**. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/ccount/click.php?id=118> Acesso em: 24 maio 2021

FLEURY, Sônia; OUVÉNEY, Assis Mafort. **Política de saúde: Uma política social**. IN GIOVAVELLA, L ESCOREL, S; LOBATO, L.V.C; NORONHA, J.C; CARVALHO, A.I. Políticas e sistemas de saúde no Brasil, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2008, cap 1. Disponível em: <https://bit.ly/3lpYYyh> Acesso em: 24 maio 2021

GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas**. Outubro de 2014. Disponível em:

<https://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf> Acesso em: 10 maio 2021

IBGE. Panorama Geral. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 15 agosto 2021

JUCATELI, João Paulo; SILVA, Juvêncio Borges. **Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público**. Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania, n. 3, p.59-65, out. 2015. ISSN 2358-1557. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454/pdf_1) Acesso em: 9 maio 2021

JÚNIOR, Reynaldo Mapelli. **Avanços e Desafios do SUS na Atualidade**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS – 2015. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/ccount/click.php?id=116> Acesso em: 23 May 2021

MATOS, Alessandra; LUCHESI, Érika Rubião. **O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO NAS DEMANDAS PELO DIREITO À SAÚDE**. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 6, n. 2, p. 96-112, jul./dez. 2018 ISSN 2358-7008. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1176/pdf> Acesso em: 5 abril 2021

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde: uma Análise da Tutela Jurisdicional nas Ações de Medicamentos**. DPU Nº 37 – Jan-Fev/2011 – ASSUNTO ESPECIAL – DOUTRINA

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. **A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 1, p. 111-134, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/750/279> Acesso em: 4 abril 2021

NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

OLIVEIRA, Borota de; L. y LiPPi m. **Judicialización y activismo judicial sobre las demandas de salud pública en Brasil**. Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 245-274. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.09>. Acesso em: 22 março 2021

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. **Direito fundamental a saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público** – Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. **Direito à Saúde: Da (In)Efetividade das Políticas Públicas à Sua Judicialização Como Forma de**

**Garantir o Mínimo Existencial.** Revista de Direito Brasileira, v. 1, n. 1, p. 77-99, jul. 2011. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2678/2572>. Acesso em: 25 abril. 2021

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization.** Disponível em:

[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf). Acesso em: 02 out 2021

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**, TCU: 2010.

<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF> Acesso em: 12 maio 2021

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais: Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade.** Revista da EMERJ, v. 12, nº

46, 2009. Disponível

em:[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista46/Revista46\\_126.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf). Acesso em: 20 março 2021

PRIMO, Laís de Araújo. **Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 out 2020. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46423/ativismo-judicial-e-direito-a-saude-analise-critica-daevolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal> Acesso em: 10 maio 2021

SANTI, Eduardo José. ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade. **AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIAS EM FACE DO DIREITO À SAÚDE PELA DEFENSORIA PÚBLICA.** XXIII Seminário de Iniciação Científica da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI) - 2015. Disponível em:

<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/5350/4528> Acesso em: 15 mar 2021

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> Acesso em: 23 abril 2021

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

SCHWARS, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações.** Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, Dezembro, 2016. Disponível em:

[http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569/Ajuris141\\_DT10](http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569/Ajuris141_DT10) Acesso em: 22 abril 2021

SEVEGNANI, Ana Luisa. **Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica?** Revista digital de Direito Administrativo, vol. 7, n. 1, p. 200-225, 2020. p. 211. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/158344/158959>. Acesso em: 5 abril 2021

SILVA NETO, Benedito Alves da. **O Ativismo Judicial como instrumento para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde: as implicações para a Administração Pública e para a sociedade brasileira.** Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/445> Acesso em: 9 agosto 2021

SILVA, Denise dos Santos Vaconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível** – Curitiba: Juruá, 2015

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. E-book.

SILVA, João Carlos Jarochinski Silva. **Análise histórica das Constituições brasileiras.** Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910/10234> Acesso em: 08 abril 2021

SOUA PASSOS, D. V. TORQUATO LEITE, M. O. (2014). **Direito fundamental a prestações de saúde: acesso universal e igualitário e a escassez de recursos.** Revista Justiça Do Direito, 26(1), 81-98. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/81-98/2845> Acesso em: 6 abril 2021

SOUZA, L. E. P. F. de. (2014). **SAÚDE PÚBLICA OU SAÚDE COLETIVA?** Espaço Para Saúde, 15(4), 7-21. Disponível em: [http://espacoparasaude.fpp.edu.br/index.php/espacosauade/article/view/545/pdf\\_53](http://espacoparasaude.fpp.edu.br/index.php/espacosauade/article/view/545/pdf_53) Acesso em: 25 março 2021

SOUZA, Michel Faria de. **O Ativismo Judicial nas políticas públicas de saúde: a busca do equilíbrio do sistema.** Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades. Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012, ISSN 2316-266X. E-book.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 389-406 | JUL-DEZ 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xw8SQHNmZc7PHw7hzzjdZbC/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 10 agosto 2021

VICENTE, Maysa Caliman, AGUADO, Juventino de Castro. **Ativismo Judicial e Judicialização: A Garantia Do Direito À Saúde Ante O Princípio Da Reserva Do Possível.** Ano I – Volume 1 – 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1176/542> Acesso em: 9 agosto 2021



VIZEU, F. A. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4305-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4305-9/>. Acesso em: 23 May 2021