



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Fronteiras do controle judicial de políticas públicas de saúde

JÉSSICA DE PAULA COSTA MARCELINO

Rio de Janeiro  
2016

JÉSSICA DE PAULA COSTA MARCELINO

**Fronteiras do controle judicial de políticas públicas de saúde**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

## FRONTEIRAS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Jéssica de Paula Costa Marcelino

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** As demandas pleiteando prestações de saúde são muito controversas no meio jurídico, mormente pelo delicado equilíbrio entre o mínimo existencial, a reserva do possível e o princípio da separação de poderes. Com o advento da Constituição de 1988 e a subsequente caracterização do núcleo do direito à saúde como direito subjetivo, a ponderação entre esses institutos tornou-se mais difícil. Há cada vez mais demandas judiciais na área e, por isso, o Poder Judiciário paulatinamente se vê impelido a cumprir o papel de efetivar políticas públicas de saúde instituídas pela Administração ou, ao menos, constitucionalmente delineadas. A essência do trabalho é abordar esse cenário, verificar a quais parâmetros e limites se submetem os magistrados em suas decisões e traçar diretrizes para a atuação judicial no controle de políticas públicas de saúde.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Controle Judicial. Saúde.

**Sumário:** Introdução. 1. A oponibilidade da reserva do possível às demandas que objetivem prestações na área da saúde. 2. O conflito entre a implementação judicial de políticas públicas de saúde e a Separação de Poderes. 3. O núcleo do direito à saúde e as barreiras à atividade judicante do magistrado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se a debater os limites do controle que o Poder Judiciário exerce sobre a implementação de políticas públicas de saúde. Procura-se demonstrar que a intervenção dos magistrados nessa seara, por meio da concessão de prestações de saúde em ações individuais e coletivas, é necessária para efetivar-se o comando do art. 196, da Constituição da República (CRFB/88), haja vista a grande massa de pessoas com acesso precário à saúde.

Entretanto, mesmo assim, precisam ser estudados os impactos dessa interferência, considerando o orçamento público, a reserva do possível e a esfera de discricionariedade dos Administradores Públicos. Por essa multiplicidade de variáveis, assim como pelo aparente conflito entre a perspectiva social e a feição individual da Justiça, o tema é controverso na doutrina e na jurisprudência, fato que enseja insegurança jurídica.

Assim, para fazer esse estudo, serão investigadas as opiniões doutrinárias e as posições jurisprudenciais acerca do assunto, de forma a cotejar o direito à saúde, os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Nesse ponto, nota-se que, a mesma Constituição que garante o direito à saúde e dá lastro às demandas jurisdicionais que pleiteiam prestações na área, também fundamenta o princípio da separação de poderes, nos art. 2º e 60, §4º, III, assim como prevê regras sobre a elaboração do orçamento público em seus art. 165 a 169. Sendo assim, fazem-se necessários parâmetros e balizas à atividade do magistrado.

Em tal grau, com o intuito de melhor promover o entendimento do tema, busca-se analisar até que ponto é verdadeira a afirmação de que a reserva do possível não pode ser alegada em demandas que visem a tutelar o direito à saúde. A partir de então, pretende-se esclarecer se é defensável que os juízes, em sua atividade judicante, participem das políticas públicas de saúde, sem que isso fira a Separação de Poderes. Por fim, almeja-se delinear as fronteiras da atuação do magistrado no julgamento de ações em que se demandem prestações relativas à saúde.

O primeiro capítulo do trabalho dispõe-se a afirmar que o direito público subjetivo à saúde só pode ser oposto ao princípio da reserva do possível enquanto circunscrito pelo mínimo existencial.

Segue-se, no segundo capítulo, a analisar o papel do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de saúde, para estabelecer que, ante a omissão inconstitucional do Poder Público, a atuação do magistrado no resguardo das promessas constitucionais não fere o princípio da separação de poderes.

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se a defender que o magistrado pode exercer o controle judicial das políticas públicas de saúde, mas, por não ser sua função típica, fica sujeito a limitações. Sendo assim, deve se restringir à garantia do mínimo existencial e respeitar, quanto aos pedidos que não estejam no núcleo do direito à saúde, a separação de poderes e a discricionariedade dos Administradores Públicos.

A pesquisa a ser efetuada tem natureza qualitativa. A metodologia seguida será a bibliográfica, pois legislação, artigos científicos e jurisprudência serão suas fontes principais.

## **1 – A Oponibilidade da Reserva do Possível às Demandas que Objetivem Prestações na Área da Saúde**

Um dos mais relevantes óbices à efetivação dos direitos fundamentais, na década de 1990, era a inexistência de abrigo constitucional, consoante Ricardo Lobo Torres<sup>1</sup>. Essa

---

<sup>1</sup>TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. n. 42, p. 69-75. 1990.

ausência, juntamente à insindicabilidade do mérito administrativo, impedia que Juízes deferissem tutelas de saúde, consideradas apenas em sua vertente coletiva, nunca individual.

Após a CRFB/88, o mencionado autor, fulcrado na divisão existente entre direitos positivos e negativos, assegurou que os direitos fundamentais sociais não seriam essenciais e, portanto, estariam submetidos à reserva do possível. Naquela época, defendia o autor que o fundamento para a existência do mínimo existencial estava no direito ao pleno exercício das liberdades. Assim, o mínimo existencial era apenas condição à subsistência humana.

Estabeleceram-se, então, duas facetas do mínimo existencial, consoante ensina o autor<sup>2</sup>. Pela primeira, o Estado não poderia invadir a esfera de liberdade mínima do indivíduo necessária à subsistência. A segunda, por sua vez, afinava-se com as prestações positivas necessárias à subsistência, subordinadas à ineficácia do sistema previdenciário público ou privado. Nesse caso, todavia, o indivíduo não pagaria pelas prestações, pois estariam cobertas por isenções e imunidades de tributos como as taxas, cobradas pela prestação de serviço público específico e divisível (art. 77, *caput*, CTN).

No entanto, o autor citado, espelhando o pensamento da época, salientou que essas prestações não se referiam aos direitos fundamentais sociais, entre os quais está a saúde, pois a estas faltaria dimensão constitucional e, por isso, não seriam obrigatórias. Assim, submeter-se-iam à situação econômica do país, à riqueza nacional e à regulamentação legal.

Nessa época, os pensamentos vigentes na Europa começaram a se difundir pelo Brasil e, com isso, até autores clássicos como Ricardo Lobo Torres<sup>3</sup>, incluíram, no mínimo existencial, o núcleo dos direitos fundamentais. Aqui, um dos principais promotores desse giro foi Ingo Sarlet<sup>4</sup>, atribuindo a tais direitos eficácia plena e imediata (art. 5º, §1º, CRFB88).

Esse autor sustenta, acertadamente, que o mínimo existencial corresponde às condições materiais para uma vida digna, e não apenas para a mera subsistência da pessoa. Nesse sentido, assevera que, quanto ao direito à saúde, o mínimo existencial é aquele necessário à manutenção da vida saudável. Observe-se, nesse ponto, que, para a OMS<sup>5</sup>, saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doenças.

---

<sup>2</sup>Ibidem, p. 151.

<sup>3</sup>TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

<sup>4</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista direitos fundamentais & justiça*, Rio Grande do Sul, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

<sup>5</sup>ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o>

Desse modo, com a ampliação do mínimo existencial para alcançar os direitos fundamentais, mais especificamente, seu núcleo, e com a inafastabilidade do controle jurisdicional consagrada no art. 5º, XXXV, CRFB/88, o número de demandas judiciais aumentou exponencialmente após a Carta de 1988. Em geral, são pleiteadas prestações de saúde como internações, custeio de tratamentos, concessões de medicamento – ou o bloqueio da verba para que eles próprios o adquiram –, cirurgias plásticas reparadoras, entre outros.

No entanto, deve-se asseverar que não é toda a demanda de saúde que se encontra abrigada no mínimo existencial. Além disso, a premissa de que a reserva do possível não pode, em hipótese alguma, ser oposta em processos nos quais se buscam tais prestações é falaciosa.

No que diz respeito às prestações de saúde, considere-se que toda e qualquer decisão de procedência implicará o gasto de dinheiro público, em regra, não previsto no orçamento. O fato de não estar previsto no orçamento não gera maiores complicações jurídicas – ainda que possa gerá-las no campo das finanças públicas –, pois o núcleo do direito à saúde é tutelado na Constituição, que é hierarquicamente superior às leis orçamentárias, conforme Ingo Sarlet<sup>6</sup>.

No entanto, por tratar-se de dinheiro público, o magistrado deverá guiar-se pelos Princípios do art. 37, *caput*, CRFB88, mormente os da moralidade e da eficiência, objetivando proteger mais largamente o direito à saúde, com os menores custos possíveis. Além disso, deverá observar alguns parâmetros definidos pela doutrina – que não os traduz em limitações estanques – para averiguar se a prestação de saúde pode ou não ser concedida.

Embora a defesa comum dos entes públicos, para além da falta de recursos, seja a ausência do medicamento na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, assevere-se que esse fato não é elencado pela doutrina especializada como impeditivo do direito, segundo Leny Pereira da Silva<sup>7</sup>. Ao revés, entende-se que essa lista pode conter falhas<sup>8</sup> e, por isso, caso demonstrada a necessidade do remédio, é possível sua concessão.

---

Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html >. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>6</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>7</sup>SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. 2006. 65f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília. 2007.

<sup>8</sup>Consoante afirma Ana Carolina Lopes Olsen, muitas vezes, as listas de medicamento são alteradas para a inclusão de algum remédio objeto de múltiplas ações judiciais, fato que demonstra que a reserva do possível é limitação externa ao direito fundamental à saúde, e não imanente. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 374f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2006.

Considerando que a listagem do Rename não exaure a atividade do juiz, deve-se atentar para os seguintes parâmetros elencados por Ingo Sarlet<sup>9</sup>: desnecessidade do tratamento ou existência de alternativa; aprovação do medicamento pleiteado pelas autoridades sanitárias com atribuição para tal e impossibilidade de condenação à obrigação genérica.

Nos casos em que o remédio solicitado não esteja na lista do Rename e o receituário seja de médico particular, não vinculado ao SUS, o magistrado, consoante Ingo Sarlet<sup>10</sup>, precisa assumir postura ativa. Assim, deve questionar a prescrição médica, com a ajuda de profissional especializado, para verificar a necessidade, eficiência e segurança do tratamento.

Por outro lado, quando o laudo e a prescrição advierem do SUS, é plausível que o magistrado apenas adote esse procedimento caso instado pela parte contrária (art. 5º, LV, CFRB88), a qual deverá apresentar fundamentos concretos a afastar a necessidade ou a comprovar a alternativa ao bem da vida pleiteado. Isso porque a recomendação partiu do Poder Público, que não pode desacreditá-la sem motivos idôneos, pela vedação ao comportamento contraditório, corolário da boa-fé objetiva (art. 113 e 422, CC).

No que diz respeito à aprovação do remédio pelas autoridades competentes, ressalta-se que essa medida busca preservar até mesmo a saúde e a dignidade (art. 1º, III, CFRB88) do paciente, evitando que ele sirva de cobaia. Nesse aspecto, saliente-se não poder o magistrado, *a priori*, para Ingo Sarlet<sup>11</sup>, conceder remédios experimentais, sem prejuízo da impugnação dos motivos pelos quais eles não foram aprovados pela Vigilância Sanitária, por exemplo.

No entanto, nesse ponto, há recente problema jurisprudencial, atrelado à obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, que aguarda julgamento em Repercussão Geral (tema 500).

O problema, resumidamente, diz respeito à concessão de um fármaco chamado fosfoetanolamina sintética, cujos testes em seres humanos ainda não foram realizados. Essa substância vinha sendo distribuída pela Universidade de São Paulo durante muitos anos, doação que veio a ser, em 2014, proibida pela Anvisa, ressalvadas as decisões judiciais.

No entanto, em 18/09/2015, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>12</sup> (TJSP) suspendeu as liminares que concediam o direito à substância, com fundamento na

---

<sup>9</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 171-213.

<sup>11</sup>Ibidem, p. 171-213.

<sup>12</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Suspensão de Segurança n. 2194962-67.2015.8.26.0000. Relator: Des. José Renato Nalini. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2194962-67.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194962-67.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ordem pública. No dia 06/10/2015, por sua vez, o Min Edson Fachin<sup>13</sup>, pelo poder geral de cautela, na PET 5828, deferiu a entrega do medicamento a uma idosa, em quadro de câncer terminal. Por isso, em 09/10/2015, o Presidente do TJSP reconsiderou sua decisão.

Embora esse ponto seja afeto à política pública de saúde, razão pela qual será tratado com mais profundidade no último capítulo deste trabalho, deve-se atentar para o fato de que a aprovação pela Anvisa é apenas um parâmetro doutrinário. Logo, este pode ser superado em hipóteses excepcionais, como ocorreu no caso concreto, em que a substância era de baixíssimo custo – menos de R\$0,30 por cápsula – e a paciente, a qual tomava morfina quatro vezes ao dia, tinha apenas mais 10 dias de sobrevida<sup>14</sup>.

Ultrapassado o ponto da aprovação pelos órgãos competentes, saliente-se que o Estado não pode, como último parâmetro de Ingo Sarlet<sup>15</sup>, ser condenado a cumprir obrigação genérica. Assim, a medida deve ser bem especificada e fundamentada (art. 93, IX, CRFB88) na decisão e não pode, sob pena de violar-se a segurança jurídica (art. 1º, *caput*, CRFB88), consistir em condenação ao custeio de tratamentos que vierem a ser inventados, por exemplo.

Estabelecidos esses parâmetros, Ingo Sarlet<sup>16</sup> sustenta, ainda, que o magistrado poderá adotar como baliza a existência de prévio requerimento administrativo, a qual servirá para mensurar o grau de urgência da atuação estatal. Isso porque o Estado terá sido cientificado da necessidade da prestação de saúde, pela primeira vez, em juízo, fator que poderá justificar eventual atraso no cumprimento da decisão. Por outro lado, o ente público deve ser célere quando houver comprovação de negativa na via administrativa.

Além desses critérios, o magistrado deverá ponderar se o pedido formulado é proporcional – nos aspectos da adequação da medida ao fim, da menor onerosidade da medida e do custo-benefício entre a medida e os resultados alcançados – e razoável.

Cessada sua atividade decisória, é necessário que o juiz acompanhe a fruição do bem da vida pleiteado para assegurar-se, tanto do cumprimento da medida quanto, por meio da prestação de contas do autor, da manutenção da necessidade da prestação de saúde.

Por outra perspectiva, assim como existem parâmetros para delimitar o que, no direito subjetivo à saúde, pode ser pleiteado a título de mínimo existencial, há critérios para

---

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5828/SP. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000466614&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>14</sup>Notícia de Paulo Henrique Amorim, apresentador do Programa Domingo Espetacular na Rede Record em 19 de outubro de 2015.

<sup>15</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 171-213.

definir quando a reserva do possível, tanto no aspecto da possibilidade material, quanto no enfoque da possibilidade jurídica, poderá ser oposta às demandas de saúde.

Nos casos em que as demandas não se encontrarem no núcleo essencial do direito à saúde, hipóteses cujos parâmetros acima se delinearam, a reserva do possível poderá ser alegada. Para Ingo Sarlet<sup>17</sup>, contudo, sempre se deverá provar a efetiva falta de dinheiro para o atendimento do pedido, na vertente material, ou a efetiva indisponibilidade jurídica de recursos, a qual se relaciona com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas.

Nessa esteira, a reserva do possível não é apenas um limitador de direitos. Ao revés, para Ingo Sarlet<sup>18</sup>, compreende-se como um mandado de otimização, pelo qual devem se esforçar Administração Pública e Poder Judiciário para melhor aplicar os recursos públicos.

Assim, conclui-se, pelos aspectos apresentados, que a reserva do possível é óbice em demandas de saúde, nos casos de pedidos não acolhidos pelo mínimo existencial, ou, ainda que abrigados por este, quando, comprovadamente, os recursos já estiverem vinculados à satisfação do núcleo de outro direito fundamental.

## **2 – O CONFLITO ENTRE A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A SEPARAÇÃO DE PODERES**

Fixada a possibilidade de se opor a reserva do possível em demandas de saúde e fixados os parâmetros que orientam a análise do mínimo existencial e, conseqüentemente, a atividade do juiz, faz-se necessária o exame do conflito aparente entre a implementação judicial de políticas de saúde e o Princípio da Separação de Poderes.

Em relação a esse princípio, as alegações concretas a ele relacionadas, consoante Luís Roberto Barroso<sup>19</sup>, são: a literalidade da norma programática do art. 196, CRFB, o qual prevê que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não por decisões judiciais; a falta de capacidade institucional<sup>20</sup> do Poder Judiciário para

---

<sup>17</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>18</sup>Ibidem.

<sup>19</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>20</sup>Idem. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

atender àquelas demandas; a falta de legitimidade democrática do juiz; a desorganização da Administração Pública e a desigualdade relacionada ao acesso à justiça da população.

Pelo primeiro argumento, salienta-se que a Constituição previu que as políticas públicas garantiriam o direito à saúde e, nesse aspecto, não incluiu o Poder Judiciário, o qual se imiscuiria, destarte, em área própria do Poder Executivo.

Entretanto, a refutar esse argumento, tem-se que é precípua atribuição do Poder Judiciário, pela CRFB, interpretar as normas constitucionais e, assim, esse poder também participa do processo de criação do Direito<sup>21</sup>, atribuindo sentido às expressões fluidas e concretizando normas programáticas que, conforme já se estabeleceu, são dotadas de força normativa.

No mais, quanto às listas do Rename ou da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remune), entende-se que a Administração Pública, quando as estabeleceu e nelas indicou os medicamentos de caráter excepcional, fornecidos pela União, Estados e Distrito Federal, ou de caráter essencial, providos pelos Municípios, autovinculou-se<sup>22</sup>.

Sendo assim, uma vez que o próprio poder público apontou quais medicamentos poderia fornecer, para Barroso<sup>23</sup>, não haveria omissão normativa do poder público, podendo existir, porém, omissão fática. Nessa mesma linha, uma vez estabelecida uma parte da política pública de saúde em tais listagens, não há falar em infração à Separação de Poderes quando o Poder Judiciário apenas implementa uma ação descumprida pelo Poder Executivo, mas por ele prometida.

Quanto aos remédios não contidos nas mencionadas listagens, conforme se asseverou no primeiro capítulo, sua concessão fica limitada ao atendimento do mínimo existencial, que se correlaciona com o núcleo do direito à saúde. Dessa forma, nas áreas em que ausente a política pública concessiva do medicamento, a justificativa para o deferimento judicial dos fármacos advém diretamente da Constituição, e, por isso o Poder Judiciário não estaria criando uma política pública.

No que diz respeito à falta de capacidade institucional, a alegação usual é a de que o Poder Judiciário não estaria tão habilitado quanto o Executivo para deliberar sobre a tutela da saúde, por lhe faltarem informações e conhecimentos específicos<sup>24</sup>.

Conforme asseverado, o Poder Judiciário, sempre que a recomendação de determinado tratamento for feita por médicos particulares, deverá questioná-la e, se necessário

---

<sup>21</sup>BARROSO, op. cit., 2012, p. 12. – Vide nota 20.

<sup>22</sup>BARROSO, op. cit., p. 35 – Vide nota 19.

<sup>23</sup>BARROSO, op. cit., 2012, p. 20 – Vide nota 20.

<sup>24</sup>Ibidem, p. 15.

for, determinar a produção de perícia para analisar o pedido com as balizas do mínimo existencial.

Quanto à falta de legitimidade do juiz para decidir, em substituição aos que foram democraticamente eleitos, sobre as demandas de saúde, a Juíza Oriana Piske<sup>25</sup>, em texto publicado na página virtual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), bem esclarece a querela.

Enuncia a autora que a “essência da legitimação democrática da atividade judicial está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garante dos direitos fundamentais”, já que aos tribunais, compete atualmente, “a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, em face dos difíceis processos de negociação”.

No que se refere à desorganização das políticas capitaneadas pelo Poder Executivo, frequentemente se alega que a decisão judicial que determina a entrega de medicamentos ou a concessão de tratamento médico atrapalha os planos da Administração, na medida em que esta planeja programas de atendimento integral para o povo.

Conforme aponta Barroso<sup>26</sup>, quando há uma decisão determinando a entrega do medicamento, o Governo retiraria o fármaco do programa para concedê-lo ao paciente que judicializou a questão e, assim, prejudicaria aquele que recebia o medicamento regularmente. Isso, por sua vez, privaria a capacidade da Administração de se organizar e melhor atender à população.

Além disso, opõe-se à atividade do magistrado o argumento de que as políticas de saúde pública – como a implantação e melhoria das redes de saneamento básico – trariam maior benefício ao povo do que a concessão individual de medicamentos.

Entretanto, como salienta o próprio autor<sup>27</sup>, presume-se legitimamente que a Administração Pública, ao elaborar as listas de medicamentos mencionadas já tenha sopesado os custos que essa medida implicará no orçamento, assim como a infraestrutura necessária para fornecer esses bens da vida.

Portanto, carece de fundamento a alegação de se desorganizarem os planos do Executivo, já que o Poder Judiciário vem a garantir, através dos conflitos judicializados, o efetivo implemento da política pública distributiva de fármacos.

---

<sup>25</sup>PISKE, Oriana. A essência da legitimação democrática do poder judiciário. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-essencia-da-legitimacao-democratica-do-poder-judiciario-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>26</sup>BARROSO, op. cit., p. 25 – Vide nota 19.

<sup>27</sup>Ibidem, p. 29.

Por outro aspecto, no que toca às demandas não incluídas nesses programas de distribuição de medicamentos, insta observar os critérios já delineados no primeiro capítulo deste artigo. Um deles diz respeito à prescrição de médico da rede pública, a demonstrar o reconhecimento, pelo Poder Público, da necessidade do remédio, e mais, da impossibilidade de suprir essa carência por algum regularmente concedido nos postos de saúde.

Caso inexista essa prescrição, recomenda-se que o juiz se ampare em laudo de profissional especializado, o qual, com a presunção de legalidade dos atos, por funcionar como auxiliar do Juízo, confirmará ou não a necessidade do demandante.

Nesse ponto, ressalte-se que, ao invés de desorganizar-se a atividade da Administração Pública, a multiplicação de demandas de um mesmo medicamento ajuda a organizar o setor, uma vez que o Poder Executivo terá dados concretos sobre quais são as maiores insuficiências de suas políticas de saúde – sanadas pontualmente pelo juiz – e, com isso, irá aprimorá-las<sup>28</sup>.

Em relação à alocação de recursos e de medicamentos, que, segundo alegam os entes públicos, seriam retirados dos programas regulares para serem concedidos aos litigantes judiciais, saliente-se a falácia que se camufla nesse argumento.

Ora, se o paciente autor da ação precisa de um medicamento o qual, mesmo incluso nas listas, não é fornecido pela Administração, inexistem diferenças entre ele e a pessoa regularmente beneficiada, uma vez que ambos compartilham da mesma necessidade. Dessa forma, verificado o mesmo grau de necessidade, descabe falar em desorganização, uma vez que ambas as pessoas devem ser igualmente atendidas. A atividade do magistrado, nessa esteira, apenas vem a garantir o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB).

Ainda no que guarda pertinência com o planejamento das políticas públicas pelo Poder Executivo, destaque-se que, apesar de medidas como saneamento básico abrangerem maior parte da população, não há como deixar à própria sorte aqueles que já estão adoentados e cujo tratamento já foi ratificado pelo poder público, seja pela autovinculação das listagens, seja pela prescrição de seus profissionais de saúde, seja também pelo investimento mínimo obrigatório em saúde, constitucionalmente determinado<sup>29</sup>.

Caso se abandonassem esses pacientes em benefício de soluções coletivas, porém preventivas, restaria desamparado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,

---

<sup>28</sup>OLSEN, op. cit., p. 29.

<sup>29</sup>BRASIL. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CRFB), pois, conforme já delineado, ferido estará o núcleo essencial do direito à saúde (art. 196, CRFB).

Nessa esteira, afirme-se, ainda, que as demandas de saúde podem – e devem sempre que cabível, consoante salienta Barroso<sup>30</sup> – ser instrumentalizadas pelo processo coletivo. Dessa maneira, seja por representação ou substituição processual pelo autor coletivo, seria possível ao magistrado ter a visão abrangente do Administrador, pois será obrigado a considerar em sua decisão a necessidade de toda a população que dependa de determinado tratamento ou remédio, e não apenas de um autor individual.

Por fim, cabe lançar vistas sobre a alegação de que o deferimento judicial de tutela de saúde desfavoreceria os mais humildes, na medida em que a estes falta o bom acesso à justiça, com o qual conta a classe média.

Embora essa alegação possa fazer sentido no que diz respeito àqueles carentes de informações, não consegue prosperar quanto àqueles a quem só falem recursos materiais. Nesse ponto, saliente-se que, uma vez estabelecida a instalação da Defensoria Pública na Constituição (art. 134, CRFB) e a atuação desta na defesa dos hipossuficientes e vulneráveis, há o acerto constitucional dessa desigualdade fática do acesso à justiça.

Nesse diapasão, deve-se afastar o argumento de que o trabalho da Defensoria seria pouco exitoso, pela sobrecarga laborativa dos Defensores e funcionários. Embora o excesso de trabalho seja real, a prática tem demonstrado a força dessa instituição.

A exemplificar essa afirmativa, menciona-se a ação civil pública n. 0010805-52.2014.4.02.5101, que tramita na Justiça Federal do Rio de Janeiro, pela qual foram realizadas 9.156 (nove mil, cento e cinquenta e seis) cirurgias ortopédicas no INTO, apenas em 2015. Tido esse exemplo, como ilustrativo de uma grande variedade de ações bem sucedidas para os pacientes, não há falar em impedimento à atuação jurisdicional pela desigualdade - inicial - no acesso à justiça pela população.

### **3 – O NÚCLEO DO DIREITO À SAÚDE E AS BARREIRAS À ATIVIDADE JUDICANTE DO MAGISTRADO**

Conforme exposto, o direito à saúde não é absoluto e a ele pode ser oposta a alegação da reserva do possível, quando não se tratar da tutela de seu núcleo e, ainda, quando os recursos públicos estiverem comprovadamente destinados à efetivação do núcleo de outro

---

<sup>30</sup>BARROSO, op. cit., p. 31 – Vide nota 19.

direito fundamental. Além disso, mesmo quando o magistrado tutela o núcleo de um direito fundamental, ele precisa obedecer a critérios, delineados no primeiro capítulo, os quais parametrizam as decisões judiciais e evitam arbitrariedades.

Entretanto, além de critérios e parâmetros, deve-se salientar que as decisões judiciais também se submetem a limitações, derivadas do princípio da separação de poderes. Nesse sentido, anteriormente ressaltou-se que o magistrado apenas pode agir nos limites das políticas públicas que tenham sido constitucionalmente delineadas e que a alegação da reserva do possível somente é inoponível quando esteja em jogo o núcleo, o conteúdo essencial, do direito fundamental, exceto quando comprovada a concreta falta de recursos.

Nessa esteira, não pode o magistrado, que não tem função típica legislativa, inovar na ordem jurídica e condenar o Estado a conceder prestações supérfluas, que fujam ao que razoavelmente o indivíduo poderia esperar da sociedade<sup>31</sup>. Essas prestações estariam fora do mínimo existencial e, portanto, submetidas às limitações orçamentárias do Estado, que tem um amplo rol de deveres sociais prioritários estabelecidos pela Constituição.

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva<sup>32</sup> opõe à atuação do magistrado, ainda quando este atua na tutela do mínimo existencial, a impossibilidade de determinar que o poder público custeie tratamentos caros para doenças raras, uma vez que os serviços básicos de saúde já são mal atendidos. Nesse aspecto, aproxima-se o argumento do autor à já salientada alegação de preferência das políticas públicas coletivas.

Para esse autor, os direitos de segunda geração, ou seja, aqueles que geram obrigação do Estado a prestações positivas, por implicarem gastos, não podem ser tutelados como direitos subjetivos. Nesse sentido, à atitude de distribuir tratamentos médicos de forma individual, ou seja, sem considerar as políticas governamentais na área, Virgílio atribuiu a alcunha de “ativismo judicial despreparado”.

Entretanto, consoante Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>33</sup> salienta, a vertente subjetiva, atribuída aos núcleos dos direitos fundamentais, é a majoritária na doutrina abalizada sobre o tema, em comparação ao acolhimento doutrinário da perspectiva objetiva.

Salienta a autora<sup>34</sup> que, pela vertente objetiva, considera-se o núcleo desses direitos a partir da perspectiva do ordenamento jurídico. Sendo assim, para essa corrente, admite-se que

---

<sup>31</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>32</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO Daniel, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização edireitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 596/597.

<sup>33</sup>LOPES, A. M. D. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004, p. 8. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

“um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas”. A esse aspecto, parece afinar-se Virgílio Afonso da Silva.

Por outro lado, consoante essa autora<sup>35</sup>, o viés subjetivo do núcleo dos direitos fundamentais examina a “gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a coletividade, o sujeito desse direito fundamental”.

Nesse viés subjetivo, ainda abordam-se as teorias relativa e absoluta. Pela primeira, entende-se que o conteúdo essencial de um direito não é estabelecido aprioristicamente, mas sim revelado pelo caso concreto. Desse modo, o conteúdo desse núcleo pode ser ampliado ou restringido casuisticamente.

Quanto à visão absoluta, a qual, consoante a autora<sup>36</sup>, também prevalece entre os doutrinadores, entende-se que o conteúdo desse núcleo essencial é o mesmo em qualquer situação que ocorra na mesma época. Entretanto, ao contrário do que pode parecer, essa teoria não seria radical, pois “embora fundada em um critério fixo e predeterminado, a determinação do conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento”.

Então, fixado que o núcleo do direito fundamental é entendido, para a maior parte da doutrina, como direito subjetivo e absoluto em cada época, cumpre delimitar o que se encontra, em tese, abrigado pelo núcleo, isto é, pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>37</sup>, nesse ponto, sopesa Smend, Düring e Häberle e salienta que, para o primeiro, o conteúdo essencial é o “concreto sistema jurídico de valores que promovem a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política estatal”, para o segundo, o núcleo essencial relaciona-se diretamente com a dignidade humana, que impede o tratamento do ser humano como mero objeto da atividade estatal e, para o terceiro:

O conteúdo essencial não seria uma medida em si mesma, mas estaria determinado pela Constituição e os outros bens jurídicos. Nesse sentido, seria o legislador quem, além de regular um direito fundamental, estabeleceria também o seu conteúdo essencial e os limites imanentes.

Nesse aspecto, critica a autora a definição de Häberle, por situar o conteúdo essencial dos direitos na atividade legislativa e não entendê-los como imanentes, e salienta a função limitadora desse núcleo essencial. Caracteriza-o, assim, como limite à atividade legislativa<sup>38</sup>:

---

<sup>34</sup>Ibidem.

<sup>35</sup>Ibidem.

<sup>36</sup>Ibidem.

<sup>37</sup>Ibidem, p. 9-12.

<sup>38</sup>Ibidem, p. 13.

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o 'limite dos limites'. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser 'invadido' por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional.

Nessa esteira, saliente-se que, além de ser limite à atividade legislativa, esse conteúdo essencial, núcleo duro dos direitos fundamentais, também é guia para o juiz, como destacado, e este não poderá desguarnecê-lo ressalvada a comprovação da falta de recursos.

Nessa mesma linha tem se posicionado o STJ<sup>39</sup>, que, considerando as condições degradantes dos presos de uma determinada penitenciária, considerou procedente ação civil pública com o objetivo de obrigar o estado do Mato Grosso a adotar providências administrativas e fazer previsão orçamentária para reformar a cadeia pública ou construir nova unidade. O Relator do recurso especial afastou, para isso, a alegação de reserva do possível, por não ter sido provada nos autos a real ausência de recursos.

Embora se trate de política pública carcerária, deve-se ressaltar que o núcleo dos direitos fundamentais, independentemente de quais deles se tratem, deve ser igualmente tutelado, haja vista que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, muito menos sobre aquelas que resguardem, em última análise, a dignidade humana.

Desse modo, fixado o que vem a ser o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como sua função – quanto ao legislador e ao julgador – retoma-se o caso da fosfoetanolamina, já apresentado no primeiro capítulo.

Viu-se que a concessão judicial da substância se deu em ocasião excepcional, em que a paciente não tinha mais de 10 dias de vida. Entretanto, apesar de ter sido deferido em caráter cautelar, o fornecimento da substância, a decisão judicial não observou um dos parâmetros elencados por Ingo Sarlet<sup>40</sup>, a saber, a aprovação pelos órgãos administrativos competentes.

Nesse ponto, destaque-se que ocorreram duas reações à publicidade dada ao fármaco: o Congresso Nacional apressou-se em aprovar o Projeto de Lei n. 3/2016, iniciado na Câmara dos Deputados e aprovado pelo Senado em 22/03/2016<sup>41</sup>. Agora, o projeto espera apenas pela sanção ou veto presidencial. Por outro lado, a Anvisa já se posicionou contrariamente ao projeto e recomendará à Presidência o veto ao PL3/2016.

A Anvisa assim se posiciona porque os testes em seres humanos ainda não foram realizados e também porque o medicamento não teria lote ou data de fabricação, já que o

---

<sup>39</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT, Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>40</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>41</sup>Senado aprova uso da fosfoetanolamina, a 'pílula do câncer. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/22/senadoaprovausodafosfoetanolaminaapiluladocancer>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

projeto de lei permite a fabricação da fosfoetanolamina sintética mesmo sem registro sanitário. O Governo Federal, por sua vez, anunciou, em outubro de 2015, iniciativa para pesquisar a substância, com o financiamento de R\$ 10.000.000,00 por parte do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, MCTI.

Pela novidade do tema – embora a substância, estudada de forma independente pelo Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice<sup>42</sup>, tenha sido fornecida pela USP por duas décadas – qualquer previsão sobre o futuro é prematura, mormente porque ambas as partes têm bons argumentos, a favor e contra a liberação da substância.

Embora os Tribunais tenham decisões divergentes sobre o medicamento, conclui-se, pelo exposto, que deve haver muita cautela na análise do tema. Isso porque, embora haja a tutela do conteúdo essencial do direito à saúde, a concessão indiscriminada de um medicamento cujos testes não foram concluídos pode resultar em danos à sociedade não previstos pelo magistrado, pela falta da ampla visão do administrador e do suporte técnico que este possui.

Sendo assim, deve-se sempre ter em mente a atuação do magistrado no resguardo do núcleo dos direitos fundamentais limitada a fazer cumprir as políticas públicas já instituídas pela Administração ou, pelo menos, delimitadas pelo texto constitucional. Ultrapassado o conteúdo essencial desses direitos, oponível é a reserva do possível.

Por fim, ressalte-se que, mesmo quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, deve o magistrado promover o diálogo com a Administração Pública e o Ministério Público. Nesse sentido, elucidativas são as palavras de Virgílio Afonso da Silva<sup>43</sup>

Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes.

Dessa forma, ao adotar a postura recomendada pelo autor, os magistrados capacitar-se-iam para decidir – com parcimônia – sobre políticas públicas e para melhor exercer o controle sobre os programas de saúde já instituídos pelo poder público

---

<sup>42</sup>Esclarecimentos à sociedade. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>43</sup>SILVA, op. cit., p. 598.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que o direito à saúde ganhou abrigo constitucional na Constituição da República de 1988 e eficácia positiva, a gerar direito subjetivo, após influências de outros países. Entretanto, embora a Carta Maior tenha tutelado esse direito, muitos obstáculos opõem-se à sua efetivação, entre eles a reserva do possível e, quando insuficiente a ação política necessária, a Separação de Poderes.

Nesse caminho, observa-se que a reserva do possível pode ser alegada pelo Poder Público. No entanto, dele exige-se razoabilidade, na medida em que esse argumento não pode ser oposto à efetivação, ainda que judicial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais, entre os quais está a saúde, com ressalva da comprovada ausência material de recursos.

Entretanto, apesar da tutela do núcleo duro desse direito, há parâmetros que devem guiar a atividade jurisdicional, quais sejam: desnecessidade do tratamento ou existência de alternativa; aprovação do medicamento pleiteado pelas autoridades sanitárias com atribuição para tal e impossibilidade de condenação à obrigação genérica. Com base nessas diretrizes, o magistrado poderá verificar se a demanda de saúde deve ser implementada judicialmente ou não, por se estar fora do núcleo essencial do direito do art. 196 da CRFB.

Superada a questão da reserva do possível, analisam-se os principais argumentos baseados no princípio da separação de poderes. São eles: a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para atender às demandas de saúde; a falta de legitimidade democrática do juiz; a desorganização da Administração Pública e a desigualdade relacionada ao acesso à justiça da população.

Superam-se essas alegações pelo fato de o Judiciário também participar, pela Carta Magna, da criação e efetivação do Direito, além de se guiar pelas listas de medicamento ou por laudos de médicos do próprio Estado para conceder a prestação de saúde. Verifique-se, além disso, que a multiplicidade de demandas pode ajudar o Estado a identificar as falhas de suas políticas públicas e a se reorganizar. Por último, no que diz respeito ao acesso à justiça, note-se que as Defensorias Públicas têm conseguido, na prática, superar as dificuldades e alcançar resultados positivos, razão pela qual os carentes não estariam desguarnecidos.

Por fim, conclui-se que o núcleo do direito fundamental é entendido, para a maior parte da doutrina, como direito subjetivo e absoluto em cada época e tem a função de limitar a atividade legislativa e guiar o juiz. Entretanto, mesmo para garantir o conteúdo essencial desse direito, o magistrado não pode agir de maneira isolada. Deve o juiz, nesse caminho, promover o diálogo com a Administração Pública e o Ministério Público, de modo a se

capacitar para decidir, com parcimônia, sobre políticas públicas e a melhor exercer o controle sobre os programas de saúde já instituídos pelo poder público.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Paulo Henrique. Apresentação do Programa Domingo Espetacular na Rede Record de 18 de outubro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet 5828/SP. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000466614&bas=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT, Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Suspensão de Segurança n. 2194962-67.201 5.8.26.0000. Relator: Des. José Renato Nalini. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.d>>

Local=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2194962-67.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194962-67.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>. Acesso em: 20 out. 2015.

Esclarecimentos à sociedade. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

LOPES, A. M. D. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004, p. 8. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 374f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

PISKE, Oriana. A essência da legitimação democrática do poder judiciário. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-essencia-da-legitimacao-democratica-do-poder-judiciario-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista direitos fundamentais & justiça*, Rio Grande do Sul, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

Senado aprova uso da fosfoetanolamina, a 'pílula do câncer. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/22/senadoaprovausodafosfoetanolaminapiluladocancer>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. 2006. 65f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO Daniel, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 596/597.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. n. 42. 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.