

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

MARIA DA GLÓRIA VIRGINIO BARBOSA

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

JOÃO PESSOA – PB

2011

MARIA DA GLÓRIA VIRGINIO BARBOSA

O PRINCIPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAUDE

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba -UEPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Atividade Judicante.

ORIENTADOR: Dr. Rodrigo Toscano de Brito.

**JOÃO PESSOA
2011**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

B238p Barbosa, Maria da Glória Virginio
O princípio da reserva do possível e o direito à saúde
[manuscrito] / Maria da Glória Virginio Barbosa. - 2016.
56 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Prática Judicante EAD) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito,
Departamento de Direito Privado".

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3.
Constituição. I. Título.

21. ed. CDD 344

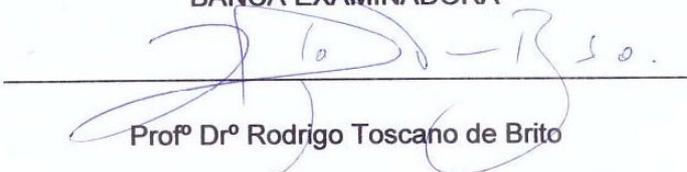
MARIA DA GLÓRIA VIRGINIO BARBOSA

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba-UEPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Aprovado em 14 / 12 / 2011

BANCA EXAMINADORA


Profº Drº Rodrigo Toscano de Brito

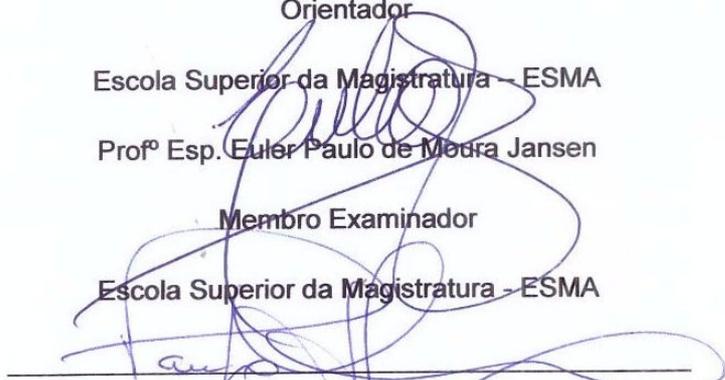
Orientador

Escola Superior da Magistratura - ESMA

Profº Esp. Euler Paulo de Moura Jansen

Membro Examinador

Escola Superior da Magistratura - ESMA


Profº Drº Paulo de Tarso Costa Henriques

Membro examinador ou convidado

Escola Superior da Magistratura - PB

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que de forma direta ou indireta me ajudaram em sua conclusão.

De forma especial a minha família pela compreensão e apoio.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelo desenvolvimento das múltiplas inteligências, pela capacidade de superação dos momentos difíceis durante a pesquisa.

A minha família, pelo apoio incondicional durante todo o estudo.

Ao Professor Drº Rodrigo Toscano de Brito a minha gratidão, pela sábia orientação, pelas indicações de leitura, pela crítica propositiva e pela firmeza como acompanhou a trajetória de construção coletiva deste trabalho.

Aos Professores do Curso de Especialização em Atividade Judicante, pelas vivências positivas e múltiplas aprendizagens, durante o Curso.

Aos amigos e amigas do Curso de Especialização Profissional, pela oportunidade de aprendermos uns com os(as) outros(as).

Se a medicina quiser alcançar completamente seus próprios fins, deve entrar na mais ampla vida de seu tempo e deve indicar todos os obstáculos que impedem que se complete o normal ciclo da vida. (Virchow)

RESUMO

Este trabalho trata da questão do direito à saúde e sua efetividade. A análise foi feita no contexto dos direitos fundamentais e direitos sociais, para adentrar no assunto do direito à saúde, elencado no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil. Analisando a aplicação do princípio da reserva do possível, questionado pela doutrina como pela jurisprudência como fator limitador da efetividade do direito público subjetivo à saúde. No que tange a forma metodológica, foi realizada uma pesquisa exploratória, como por exemplo: visitas a web, entre outros, utilizado-se do método exegético de interpretação, procurando entender a problemática do direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Toda pesquisa foi realizada à luz da literatura revisada visando determinar os pontos de congruência e de discordância de modo a possibilitar uma síntese que possa contribuir para o avanço do conhecimento nesta área de estudo. Afirmando com base no referencial bibliográfico, pode dizer que, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, o direito à saúde, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas. Portanto, a concretização dos direitos fundamentais, não deve ficar na dependência da reserva do possível, posto que o direito à saúde um direito fundamental que deve ser protegido/ou resguardado, conforme assegura a Carta Magna. Assim, tem-se que a consagração dos direitos sociais na Constituição Federal, importa no dever de agir do Estado para sua efetivação, de sorte que, restará caracterizada omissão estatal ao ser constatado menoscabo dos direitos sociais.

Palavras-chave: Saúde, Direito, Constituição, Poderes.

ABSTRACT

This work deals with the question of the right to health and effectiveness. The analysis was done in the context of fundamental rights and social rights, to enter into the subject of the right to health, mentioned in Article 196 of the Federal Constitution of Brazil. The application of the principle of the reserve as possible, as a factor limiting the effectiveness of subjective public right to health. Regarding the methodological form, an exploratory research was conducted, it was made of the literature, visits to the web, among others, using the method of exegetical interpretation, seeking to understand the issue of health rights and the principle of reserve for contingencies. Furthermore, all research was conducted in the light of the literature reviewed to determine the points of congruence and disagreement in order to enable a synthesis that may contribute to the advancement of knowledge in this area of study. From the moment that one principle stands out as a fundamental right, for example, human life would be totally contrary to the constitutional rules, which is forbidden in our country, being the fundamental rights guaranteed by the entrenchment clause. Therefore, the realization of fundamental rights should not be dependent on the reserves can become important to underline that there is a fundamental right that must be protected / or guarded. Thus, it follows that the consecration of social rights in the Constitution, it is the duty of the State to act to fulfill it, so that the state will remain characterized omission be seen contempt of the rights partners.

Keywords: Health, Law, Constitution, Powers

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO -----	9
2	DO SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS ----	12
2.1	DIREITO FUNDAMENTAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA----	14
3	O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL ----	21
3.1	DIREITO À SAÚDE E SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL-----	26
3.2	A EFETIVIDADE DO DIREITO AO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE--	29
3.3	DIREITO À SAÚDE E CONTROLE JUDICIAL-----	31
3.4	DIREITO FUNDAMENTAL E A FORÇA VINCULANTE SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA-----	43
4	A CORRUPÇÃO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL -----	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	49
	REFERÊNCIAS -----	51

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 nasce com a intenção de que sua sociedade tenha como base a justiça social e, por isso, previu em seus artigos 6 e 196 a garantia de todos terem acesso à saúde.

O direito à saúde possui a característica de exigir do Estado ação efetiva para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, visto que esse direito no Brasil é reconhecido como direito social, ao mesmo tempo, possui característica de direito público subjetivo.

Sem a efetiva prestação do serviço público de saúde, os cidadãos não têm condições de pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, pois a saúde é a garantia do bem maior que é a vida, ou seja, o direito à saúde é um mecanismo para a manutenção da vida. Como Direito Fundamental, a saúde é indispensável para a garantia da vida; sem a saúde o ser humano não se integraliza enquanto ser em dignidade.

A dignidade da pessoa humana pode impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado. É evidente o liame entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, já que a sua não efetividade implica em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Administração Pública não pode ser omissa em efetivar as prestações materiais emanadas do texto constitucional.

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento.

A regra inscrita no art.196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se a promessa institucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de

seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado.

O Poder Público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, não possuindo discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas no texto constitucional.

Diante dessa obrigatoriedade constitucional, o Estado deve promover os meios de acesso ao cidadão, visto que qualquer um dos entes federativos tem a obrigação de fornecer serviço relacionado à saúde a toda população, principalmente àqueles cidadãos que possuem baixo poder aquisitivo. O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

A valorização do ser humano escudada pelos Direitos e Garantias Fundamentais, não pode encontrar óbices que impeçam ou dificultem o acesso aos serviços públicos, mormente aqueles ligados à vida e à integridade física da pessoa, portanto, não podem depender da viabilidade orçamentária, pois é dever do Estado garantir a existência digna de todos.

Com efeito, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental, como por exemplo, a vida humana, estará contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido. Assim, a concretização dos direitos fundamentais à saúde não deve ficar na dependência da reserva do possível, posto que o direito fundamental deve ser resguardado.

O direito ao serviço público de saúde insere-se na esfera de atuação do Estado a partir do que dispõe o artigo 196 da Constituição, regulamentado pela Lei 8080/90, impondo a este a elaboração e execução de políticas sociais e econômicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde da população.

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. A inviolabilidade do direito à vida e à

saúde deve prevalecer contra um interesse financeiro e secundário do Estado, ou seja, a questão orçamentária não pode ser invocada como óbices, no direito

brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações, mormente o direito à saúde.

O Poder Judiciário não só pode como deve determinar ao Executivo, no exercício da jurisdição, que realize as prestações públicas fundamentais estabelecidas na Constituição, para, a um só tempo, salvaguardar lesão ou ameaça de direito e impedir que o cidadão agonize à espera de um medicamento que lhe proporcione existência digna. A intervenção judicial contra a reserva do possível recai sobre a dignidade da pessoa humana, sendo o foco principal de uma Estado democrático de Direito.

Em termos metodológicos utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, no intuito de realizar análise do tema, além de profunda investigação dialética.

Para tal propósito o trabalho está dividido em três capítulos, sendo que o primeiro discorre sobre o surgimento dos direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo analisa o direito à saúde e a sua efetividade. E no terceiro e último capítulo, será abordado a problemática dos direitos sociais e o princípio da reserva do possível.

Por fim, nas considerações finais são tecidas reflexões acerca da pesquisa monográfica empreendida.

2 DO SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Segundo Jair Lima dos Santos, no artigo intitulado *Direitos fundamentais prestacionais*:

“O debate sobre os direitos fundamentais prestacionais, surge no marco do Estado Social de Direito e dos novos paradigmas propostos pelos teóricos do Neoconstitucionalismo, que se fazem notar predominantemente a partir do século XX. Ocorreu principalmente depois das duas grandes guerras mundiais e da notoriedade do agravamento das questões sociais, como a fome, a miséria, a desigualdade social, a concentração de renda nas mãos de uma minoria de pessoas, com a consequente exclusão social da maioria da população em escala mundial.”

Daniel Rosa Correia, em artigo sob o título: *A Concretização Judicial de Direitos fundamentais sociais e a proteção do Mínimo Existencial*, afirma que: “a Revolução Francesa que ocorreu em 1789, contribuiu para a formação de um Estado Constitucional de Direito, caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado, frente os administrados.”

Correia (idem) defende ainda que:

O Estado Liberal adotou a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu e inaugurou o reconhecimento de direitos fundamentais frente ao Estado. Após o esgotamento do modelo de Estado Liberal, que apenas se abstinha de praticar qualquer ato que os séculos XVIII e XIX. Surgiu a figura do Estado como grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais.

Sobre a evolução dos direitos fundamentais, já dissertou o doutrinador Robert Alexy (1999, p. 234):

“A evolução dos direitos fundamentais, assim como a sua gênese, está diretamente ligada ao desenvolvimento do Estado Moderno. A trajetória dos direitos fundamentais tem como ponto comum o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”

Nesse contexto, vejamos o entendimento do Constitucionalista José Gomes Canotilho (2006, p. 80) sobre a positivação dos direitos fundamentais, conforme excerto abaixo:

A positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem, e das Declarações de Direitos formulados pelos Estados Americanos, ao afirmarem sua independência em relação a Inglaterra. Origina-se, assim, as Constituições liberais dos Estados ocidentais dos séculos XVIII e XIX.

Ainda sobre os direitos fundamentais, é importante citar o excerto doutrinário oriundo da obra de Flávia Piovesan (2010, p. 350), a qual disserta que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, cabendo aos poderes públicos conferir eficácia máxima imediata a todo e qualquer preceito constitucional definido de direito e garantia fundamental.

Com efeito, as normas de direito fundamental tem aplicação imediata, ou seja, não precisa de lei que regulamente a sua execução, conforme preceitua o artigo 5º, §1º, o qual determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) desenvolver esses direitos.

Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais do homem surgiram como uma forma de limitar a atuação dos gestores públicos, consoante se verifica no excerto extraído da obra de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 145), que a seguir se reporta: “Os direitos fundamentais surgiram tendo como titulares as pessoas naturais, haja vista que, na sua origem, representam limitações impostas ao Estado em favor do indivíduo”.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos sociais ao status de direitos fundamentais, os quais exigem a implementação de políticas públicas no sentido de dar efetividade aos direitos prestacionais, mormente ao direito ao serviço público de saúde.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 1º disciplina:

Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios orientadores do Estado democrático de direito, motivo pelo qual deve ser observado como parâmetro balizador de aplicabilidade de todas das normas jurídicas. Sobre a dignidade da pessoa humana, vejamos os ensinamentos do constitucionalista José Afonso da Silva (2008, p.220):

A dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamenta a República, à dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro),previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Nesse contexto, Germano André Doederlein Schwaetz (2001, p.90) discorre sobre a dignidade da pessoa humana e o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, sustentando que:

A dignidade da pessoa humana pode impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em mero objeto do acontecer estatal e, logo, com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, é evidente o liame entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, visto que a sua não efetividade implica em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Administração Pública não pode ser omissa em efetivar as prestações materiais emanadas do texto constitucional.

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, é importante citar o entendimento do renomado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra *Dignidade da pessoa humanos e direitos fundamentais na Constituição de 1988* (2007, p.62):

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

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio norteador da aplicação dos direitos e garantias fundamentais, ocupando papel fundamental para a garantia do Estado democrático de Direito. Nesse diapasão, por ser fundamento da República, estabeleceu limites aos poderes constituinte, executivo e legislativo, bem como as atitudes da sociedade. Os direitos fundamentais só são possíveis de concretização quando respeitado o direito da dignidade.

Sobre o conceito de princípio, vale citar o estabelecido pelo constitucionalista Celso Antonio Bandeira de Mello (1986, p. 190):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Nesse contexto, a Administração Pública representada pelo Chefe do Executivo tem a obrigação determinada pelo ordenamento jurídico constitucional de programar políticas públicas no sentido de concretizar a regra fundamental constitucional garantida aos administrados. Nesse sentido, vejamos o que assevera Daniel Sarmento, sobre a materialização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (2000, p. 71):

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo

existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Maria Paula Dallari Bucci (1996, p. 230), na sua obra *Políticas Públicas e o Direito Administrativo* definiu que “a vida é o bem primordial de qualquer pessoa, seu primeiro valor moral. Juntamente com a vida nasce a dignidade, e por este motivo é devido à invocação da mesma para proteger e garantir à saúde”.

Em seu livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (1998 p. 78), José Gomes Canotilho disserta sobre a positivação dos direitos fundamentais, conforme trecho abaixo:

O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como centro da titularidade de direitos. Entende-se assim que a saúde deve ser o Direito Fundamental, entre os fundamentais - Direito Humano Essencial, já que a saúde é a garantia da vida; sem a saúde o ser humano não se integraliza enquanto ser em dignidade.

Deste modo, entende-se que é de extrema importância a efetividade do direito à saúde, visto que as políticas públicas para a saúde são de grande utilidade e fundamental à sociedade, tendo em vista que é garantidora do direito à vida, motivo pelo qual deve ter proteção integral por parte do Estado, mediante assistência que garanta a efetividade daquele direito em todos os planos, sejam preventivos, de manutenção e de recuperação (cura). Nesse contexto, vejamos o que defende o doutrinador José Cretella Júnior, na obra *Comentários à Constituição de 1988*, vol. III, (1988, p. 4331):

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Assim, sendo constitucionalmente garantido o direito à vida e à saúde do indivíduo, compete ao Estado o indeclinável dever de lhe proporcionar tais bens jurídicos indispensáveis a uma sobrevivência digna. Nesse diapasão, vejamos o que discorre o constitucionalista José Afonso da Silva sobre o direito à saúde (2000, p. 146):

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

No mesmo sentido, os tribunais vêm reconhecendo esse dever do Estado em dar atendimento à saúde de pessoas atingidas por doenças que ponham em risco sua saúde e a própria vida, conforme o excerto jurisprudencial abaixo transcrito.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE REMOÇÃO E INTERNAÇÃO EM UTI. Decisão monocrática da Relatora que negou seguimento ao recurso de Apelação do Réu, ora Agravante, mantendo a sentença que confirmou os efeitos da tutela anteriormente concedida, sendo julgado procedente o pedido autoral para condenar o Estado e o Município "a procederem à internação do autor em Hospital da Rede Pública Municipal ou Estadual que possua tratamento adequado à sua enfermidade, ou na ausência de vaga, seja mantida a sua internação no Hospital particular MEMORIAL". Réu que reitera os argumentos tecidos anteriormente, no sentido de que não há incidência da ordem de custeio, ressaltando que o Autor não havia sequer tentado obter a vaga na rede pública antes de se dirigir ao hospital particular e que ele possui plano de saúde da rede Memorial. Enfatiza que a tutela antecipada foi atendida o mais rápido possível e que é ilegal a internação em unidade privada de saúde, porque o custeio de internações sem clínicas particulares pelo ente estatal mostra-se totalmente desarrazoado. Por fim, alega que há previsão em lei específica da participação complementar da iniciativa privada quando a rede pública de saúde for insuficiente, pois os valores de reembolso do parceiro privado são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e aprovados no Conselho Nacional de Saúde. RECURSO DE AGRAVO INTERNO. (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil). Manutenção da decisão monocrática, eis que restou incontroverso que o Autor é portador de grave enfermidade e que,

no momento da antecipação da tutela, encontrava-se em estado grave, correndo risco de morte, necessitando de internação em CTI. Assim, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, confirma sentença e na decisão monocrática para promover a remoção e internação do Autor em CTI de hospital da rede pública e, caso inexista vaga na rede pública, custear a internação, os medicamentos e tratamentos necessários no CTI do Hospital Memorial, garantindo-se a imediata eficácia do direito à vida, protegido constitucionalmente. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 023307796.2009.8.19.0001-APELACAO -2ª Ementa DES. LEILA ALBUQUERQUE-Julgamento: 29/03/2011 -DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRURGICO NO JOELHO DE CIDADÃO ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PREENCHIDOS. URGÊNCIA EVIDENCIADA. DEVER DO PODER PÚBLICO. RECURSO EM MANIFESTO CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTIGO 557 DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO. 1. É dever do Poder Público, compreendidos nessa concepção todos os entes administrativos, assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sob pena de deixar o mandamento constitucional direito à saúde no limbo da normatividade abstrata.Relatora Desª.MARIA DAS NEVES DE A. D. FERREIRA. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.Data do Julgamento:30/11/2012.Processo nº 07520120025079001.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SAÚDE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. REJEIÇÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS E PORTADORA DE DOENÇA CRÔNICA GRAVE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. SUPREMACIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. SEGUIMENTO NEGADO DO RECURSO A TEOR DO ART. 557 DO CPC. A responsabilidade quanto ao fornecimento de medicamentos aos menos favorecidos é solidária da União, Estados-Membros e Municípios, podendo figurar no pólo passivo da lide qualquer deles. Comprovando-se a indispensabilidade do uso de determinados medicamentos, para o controle e abrandamento da enfermidade grave de que é portador o agravado, é de se manter decisão que determinou o fornecimento desses medicamentos pelo Estado. A inexistência de prévia e específica dotação orçamentária não exime o Estado de adimplir a obrigação constitucional de proteção à saúde e à vida do cidadão. Relatora Desª.MARIA DAS NEVES DE A. D. FERREIRA.Órgão Julgador: Tribunal Pleno.Data do Julgamento:20/02/2009. Processo nº20020080416536001.

O insigne Douro Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 130) versa em sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, classificando o direito à saúde como um direito fundamental e indissociável à vida, consoante excerto doutrinário abaixo transcrito:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, representando, assim, não apenas parte da Constituição Federal formal, mas também o elemento nuclear da Constituição material. Estando entre os principais componentes da vida, a saúde é pressuposto indispensável e indisponível para sua existência, bem como elemento fundamental para a qualidade de vida. Assim, não há que se pensar em uma vida com qualidade, sem que esteja presente o elemento saúde e por este motivo é indispensável que o Poder Público dispense seus esforços a fim de promover políticas públicas direcionadas e efetivas à saúde da população.

Motivo pelo qual a Constituição atual outorgou ao indivíduo direitos a prestações positivas que podem ser exigidas do Estado, o qual tem o poder e o dever de sistematizar a forma como devem ser observados os princípios a fim de garantir os direitos conferidos aos administrados.

Sobre o direito público subjetivo à saúde, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou por diversas vezes em seus julgados, conforme fragmento abaixo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular -e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art.196 da Carta Política -que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro - não pode converter-se e promessa institucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria determina a própria Lei fundamental do Estado” (RE 267.612 -RS , DJU 23/08/2000, Rel. min. Celso de Mello).

Eis a doutrina de Sarlet e Figueredo (2010, p.265) quanto ao direito à saúde previsto no ordenamento constitucional, elevado à categoria de direito fundamental, conforme excerto abaixo:

O direito à saúde pode ser incluído na classificação dos direitos fundamentais em dois pontos: direito de defesa e direito de prestação. Quanto ao direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito a proteção da saúde, ou seja, disponibilização de políticas com o fim principal de garantia e manutenção da saúde. Em relação ao direito de prestação, este consiste na realização de atividades a fim de assegurar a fruição do direito, incluindo nessas o fornecimento de materiais e serviços, como atendimento médico e hospitalar especializado, entrega de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, bem como a prestação de tratamento médico, ao titular do direito fundamental.

Sendo assim, faz-se necessário que os entes federados responsáveis por efetivarem os direitos fundamentais e sociais, através de políticas que priorizem as necessidades estabelecidas na Constituição como fundamentais, mormente o direito à saúde, para que seja assegurado o bem-estar dos administrados.

3 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Foi com o advento do constitucionalismo que o reconhecimento dos direitos sociais começou a ganhar força, incluindo-se neles, de forma genérica, o direito à saúde, até ser explicitado e ganhar autonomia em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

A Constituição Federal de 1988, no Título VIII da Ordem Social, no Capítulo II – intitulado Da Seguridade Social e na Seção II- Da Saúde insere está inserido o artigo 196 que dispõe:

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, 2008).

A norma acima transcrita enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, consoante disposto no art. 5, §1º, da CF/88, independentemente assim de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, aguardando-se tão somente a efetivação pela Administração Pública.

Já em nível infraconstitucional, temos a Lei nº 8.080/90 que reconhece em seu artigo 2º: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício."

Para Salazar e Grou (2009, p.200), em sua obra *A Defesa da Saúde em Juízo*, a Lei 8.080/90 apresenta a seguinte função:

[...] a Lei 8.080/90 tem a função estruturante no que diz respeito às ações de preservação, manutenção e recuperação da saúde do cidadão brasileiro, estabelecendo desde regras de competência, organização e funcionamento, até relativas ao financiamento para viabilização do direito constitucional à saúde. E, dessa forma, constitui a base de todas as outras regras que porventura versem sobre seu conteúdo, ainda que parcialmente, ou mesmo de forma a complementá-la, como é o caso da Lei 9.656/98.

Em nível internacional temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta no seu artigo 25, *in verbis*:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No mesmo sentido, temos o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que também disciplina o direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício, conforme artigo 12: "Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental."

A saúde se tipifica como um bem jurídico indissociável do direito à vida, consoante o entendimento de André da Silva Ordacgy, em seu artigo: *A tutela as saúde como direito fundamental do cidadão*, conforme citação abaixo:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1994, pg.190) "a saúde reconhecida e proclamada como direito fundamental da pessoa humana e ser ela necessidade essencial de todos os indivíduos e de todos os povos". No mesmo sentido, são os ensinamentos do doutrinador Humberto Àvila (2007, p. 146), sobre o direito à saúde, conforme excerto abaixo transcrito:

O direito fundamental, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, torna-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

Diante desse contexto, cumpre-se observar que é dever da Administração Pública garantir aos administrados a concretização de todos os direitos constitucionais existentes, principalmente os mais basilares, como é caso do direito à saúde pública de qualidade. Sabe-se que todos os entes federativos têm a obrigação de fornecer serviço relacionado à saúde a toda população, principalmente àquela que possui baixo poder aquisitivo, de forma a preservar o bem maior de todo ser humano que é a sua vida.

Para o doutrinador Fábio Konder Comparato (2003, p.201), os direitos sociais são aqueles que se realizam a partir da execução de políticas públicas, que se destinam a proteger aos mais fracos e mais pobres, que não teriam condições de o fazer por si, por não disporem de recursos próprios para viverem dignamente

O poder constituinte originário atribuiu as normas constitucionais, sobretudo o direito à saúde, a máxima efetividade, tendo em vista que o referido direito à saúde está intrinsecamente relacionado ao direito à vida, consoante se verifica do excerto extraído da obra de Robert Alexy (1999 p.55-56):

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Com base na citação acima transcrita, pode-se concluir que, foi a partir da CF/88 que o direito à saúde passou a ser uma obrigação do poder público, no sentido de propor políticas públicas com finalidade de dar efetividade ao comando normativo previsto no ordenamento constitucional. Por políticas públicas, vale destacar os ensinamentos do doutrinador Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 230), políticas públicas referem-se “a providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações

constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.”

Ainda sobre a instituição de políticas públicas por parte dos entes federados, no sentido de materializar os direitos e garantias fundamentais estabelecidas na CF/88, vale destacar o entendimento do doutrinador Guerra (2006, p.180), conforme excerto abaixo:

O Estado, apropriado pelo estamento dominante, é o provedor de garantias múltiplas para os ricos e de promessas para os pobres. Em um País sem tradição de respeito aos direitos, a constituinte termina sendo uma caça aos privilégios. Criam-se diferentes castas dos que são mais iguais. Alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. Outros ficam no mormaço das normas que sinalizam o status, mas precisarão ser integradas pelo legislador infraconstitucional. A maioria fica sob o sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranqüila. Mas só quando for possível.

No que tange a vinculação das políticas públicas relativas à ordem constitucional, é importante citar o entendimento do doutrinador Frischeisen (2000, p.145), conforme se observa do excerto abaixo:

No contexto da atual Constituição Federal, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. O Poder Público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, não possuindo discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas no texto constitucional, pois a decisão política já foi tomada pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário que elaborou as normas de integração. Ao Poder Judiciário cabe dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria a sua finalidade constitucional, qual seja, a concretização da ordem social constitucional.

Sobre a eficácia das normas constitucionais sociais, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a força normativa da Constituição, tem conferido concretude às normas constitucionais, no sentido de fazer valer, com máxima efetividade, os preceitos assegurados pelo Poder Constituinte Originário aos cidadãos, conforme podemos observar da ementa abaixo:

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.) **Vide:** RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2000.

Vilipêndio do dever fundamental de prestação de serviços de saúde (art. 196 da Constituição), pois o bem tributado é equipamento médico (sistema de tomografia computadorizada). Impossibilidade. Não há imunidade à tributação de operações ou bens relacionados à saúde. Leitura do princípio da seletividade. (RE 429.306, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, *DJE* de 16-3-2011.)

O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à 'Saúde' (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é 'direito de todos e dever do Estado' (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como 'de relevância pública' (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental." (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010.)

"O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à administração estadual (...) ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções." (**ADI 3.430**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, *DJE* de 23-10-2009.)

Com base no julgado acima, pode-se concluir que é dever do Poder Público, assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas

enfermidades, sob pena de deixar o mandamento constitucional direito à saúde no limbo da normatividade abstrata.

3.1 DIREITO À SAÚDE E SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

A atual Constituição da República promulgada em 1988, sensível às mudanças do mundo globalizado, municiou toda e qualquer pessoa com instrumentos necessários para que se assegure, plenamente, o exercício da cidadania. Com o advento da globalização, há que se custodiar o interesse privado do ser humano que necessita ter a sua disposição as proteções necessárias para desfrutar dos serviços públicos essenciais que asseguram dignidade da manutenção da vida humana.

Assim, a valorização do ser humano escudada pelos Direitos e Garantias Fundamentais não pode encontrar óbices que impeçam ou dificultem o acesso aos serviços públicos, mormente o direito à saúde, essencial à vida e ao desenvolvimento do cidadão.

Para ilustrar o entendimento, convém transcrever um trecho da obra de Marçal Justen Filho (2005, p.1289) sobre serviço público:

Atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.

Tendo em vista que a função básica do tributo é garantir recursos financeiros para o funcionamento do Estado, mormente o direito à saúde. É a chamada função fiscal do tributo. Nesse contexto, merece destaque a lição do administrativista Ely Lopes Meirelles (2007, p. 330):

Não tem sentido lógico e jurídico o Estado arrecadar tributos e não fornecer a contrapartida social, representada por serviços públicos em padrão adequado, descumprindo a sua obrigação na relação jurídica com o povo. Parece óbvia demais esta conclusão, mas a realidade demonstra que o Estado não presta adequadamente os serviços públicos, bastando uma rápida visualização dos problemas e deficiência dos serviços de saúde, educação, justiça e

segurança pública. O serviço público de saúde, no Brasil, é realizado através do Sistema Único de Saúde.

Com efeito, os tributos arrecadados pelo Estado devem ser revertidos em serviços sociais, tais como o serviço de saúde, posto se tratar de um serviço indispensável à qualidade de vida dos cidadãos que arca com suas obrigações tributárias.

Nesse sentido, para Régis Fernandes de Oliveira (2006, p.191), políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Oliveira (idem) ainda ressalta que:

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada, visto que a omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no que tange a intervenção do poder judiciário referente à efetivação do direito fundamental à saúde:

Que reconheceu o direito de uma criança em ter seu tratamento no exterior, com custo superior a 150 mil dólares, custeado pelo Estado. Eis a decisão: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR DETERMINANDO AO ESTADO O DEPÓSITO DE NUMERÁRIO PARA TRATAMENTO DA Distrofia Muscular de Duchene em Clínica Norte-Americana. DEFERIMENTO INAUDITA ALTERA PARS. ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL. TRANSPLANTE DE CÉLULAS. RESULTADOS NÃO COMPROVADOS CIENTIFICAMENTE. RELUTÂNCIA DO PODER PÚBLICO EM CUSTEAR A TERAPIA. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. PRIORIDADE ABSOLUTA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ARTS. 196 E 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. APARENTE CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DA QUE TUTELA O BEM JURÍDICO MAIS RELEVANTE (TJSC, Ag. de Inst.,

n. 97.000511-3, Rel. Des. Relator: Des. Sérgio Paladino, julg. 18/09/1997, g. n.)

[...] 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o STJ, Resp 208893 / PR ; T 2 - Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004, g. n. juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. (...)” .36STJ, Resp nº 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.09.06, g. n.

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.

A doutrinadora Ana Paula Barcellos (2002, p.190) assinalou que “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

Nesse sentido, é importar colacionar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual firmou entendimento acerca da possibilidade de bloqueio de recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior determinando o fornecimento de medicamentos. A decisão, adiante colacionada, confirma o descabimento da alegação de impossibilidade jurídica para a efetivação de direitos sociais fundamentais, no caso o direito à saúde, conforme excerto abaixo transcrito:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS - MENOR - AGRAVO RETIDO -

DILAÇÃO DO PRAZO INICIAL FIXADO NA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PARA O CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL (CPC, ART. 461, 5º)- POSSIBILIDADE - DIREITO À SAÚDE - EXEGESE DOS ARTS. 6º E 196, DA CF/88, E 153, DA CE/89 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DADA A URGÊNCIA (ART. 24 DA LEI N. 8.666/93)- OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INEXISTÊNCIA. É possível a imposição do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamento pelo Estado (genericamente falando) a portador de doença grave, como medida executiva (coercitiva) para a efetivação da tutela, ainda que em caráter excepcional, eis que o legislador deixou ao arbítrio do Juiz a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto (CPC, art. 461, 5º). Portanto, em caso de comprovada urgência, é possível a aquisição, mediante sequestro de verba pública, de tratamento médico necessário à manutenção da saúde de pessoa carente de recursos para adquiri-lo, sendo inaplicável o regime especial dos precatórios (CF, art. 100), utilizado nas hipóteses de execução de condenações judiciais contra a Fazenda Pública, pois, na espécie, deve ser privilegiada a proteção ao direito à vida e à saúde do paciente. É inegável que a garantia do tratamento da saúde, que é direito de todos e dever dos entes públicos, pela ação comum da União, dos Estados e dos Municípios, segundo a Constituição, inclui o fornecimento gratuito de meios necessários à preservação a saúde a quem não tiver condições de adquiri-los. A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo ao fornecimento de tratamento médico ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. TJ-SC - Apelação Cível : AC 20120818796 SC 2012.081879-6 (Acórdão). Relator: Des. Jaime Ramos.

Consoante o excerto jurisprudencial acima transcrito, em situações em que Estado descumpra decisão judicial referente ao fornecimento de medicamento pleiteado pelo administrado, pode o poder judiciário determinar penhora de verba pública, privilegiado a proteção ao direito à vida e à saúde dos administrados.

3.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO AO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas de observância obrigatória em um estado Social de Direito, que tem por objetivo a melhoria das

condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material dos cidadãos.

O art. 5º, §1º, do texto constitucional prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de modo que, independente da maneira com que foram positivados, os direitos sociais, porquanto espécie do gênero direito e garantias fundamentais possui um conteúdo mínimo essencial e aptidão mínima para gerar efeitos que não podem ser desprezados pelos agentes do Estado.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos exercidos contra o Estado, mas através do Estado, e exigem do Poder Público prestações materiais positivas que demandam disponibilidade e planejamento orçamentário, além da vontade dos governantes, motivo pelo qual não podem mostrar-se indiferentes ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, em grave violação ao ordenamento constitucional.

Observa-se assim, que as normas de direitos sociais, mormente o direito à saúde, são normas cogentes, posto que possuem relevante função social, eis que tutelam uma das facetas da dignidade da pessoa humana, qual seja, o direito à vida. Assim, tem-se que a consagração dos direitos sociais na Constituição Federal, importa no dever de agir do Estado para sua efetivação.

Destarte, o Estado deve propor políticas públicas voltadas ao atendimento de necessidades sociais do Estado, com observância as normas jurídicas que possuem o atributo de imperatividade, podendo ser impostas coercitivamente, principalmente no que tange ao serviço de saúde, conforme ressalta Vadi Lâmmego Bulos (2010, p. 625):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado democrático de direito, tendo por finalidade a melhoria de condição de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito, pelo art. 1º, IV, da CF/88.

Assim, conclui-se que todo dispositivo da Constituição Federal, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, são possuidores de

determinado grau de eficácia e aplicabilidade, devido à normatização imposta pelo Poder Constituinte originário.

3.3 DIREITO À SAÚDE E CONTROLE JUDICIAL

Estando positivado o direito fundamental na Constituição Federal, existe pouca margem de discricionariedade para o administrador não formular e implementar as políticas públicas necessárias para a sua concretização, ou seja, a atuação estatal em relação à concretização de um direito fundamental não pode ocorrer de modo a comprometer a sua eficácia, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 impôs inúmeras obrigações aos entes federativos, sobretudo no tocante a promoção de diversos direitos sociais. No entanto, diante da limitação dos recursos financeiros, os entes federados normalmente não conseguem cumprir todas as obrigações impostas pelo ordenamento jurídico, pois se utilizam da teoria da reserva do possível como argumentação para tal descumprimento.

A expressão "reserva do possível" surgiu na Alemanha, em 1972, para denominar a teoria pela qual o Estado, apesar de reconhecer a existência de um direito social, defende a impossibilidade prática de efetivá-lo em face das limitações decorrentes da escassez de recursos para implementação de direitos prestacionais. Na prática, a teoria é utilizada como defesa estatal para tentar se eximir do cumprimento de quaisquer obrigações legais a ele impostas, ao fundamento da incapacidade

Contrapondo-se à aplicação da teoria da reserva do possível ao caso brasileiro, Andreas Krell (2008, p.155) defende que a tese não poderia ser transposta da doutrina e jurisprudência alemãs, tendo em vista que a realidade constitucional brasileira possui características tanto normativas como sócio-econômicas totalmente distintas, conforme descrição abaixo:

Parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério.

(...)

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de redistribuição de renda do mundo, o conceito da ‘redistribuição’ (Umverteilung) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

(...)

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

Destarte, é muito importante a atuação do poder judiciário, sobretudo para afastar o princípio da reserva do possível (incompatibilizando-a com os direitos sociais) nos casos em se percebe a utilização por parte do Estado, buscando uma máxima efetivação dentro do possível, ao invés de buscar apenas o mínimo para a existência da população.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem decidido inúmeros julgados com base na teoria do mínimo Existencial, como por exemplo, o julgado que manteve decisão obrigando o governo do Rio Grande do Sul a fornecer medicamentos a pacientes soro positivo que se absteve de promover assistência com base na teoria da reserva do possível:

PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER

CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196).

PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público”, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental.”

A tese arguida pelo Ministro Celso de Melo¹[214] para a intervenção judicial contra a reserva do possível recai sobre a dignidade da pessoa humana que vislumbra a liberdade, igualdade e vida, sendo o foco principal de um Estado Constitucional, obrigando tanto o poder executivo, legislativo, judiciário e a sociedade a buscar sua efetivação. Ou seja, são características centrais dos Direitos Fundamentais, tendo como base o Estado Democrático de Direito. Estas garantias são reconhecidas como núcleos essenciais aos direitos do homem, e que necessitam de condições mínimas para uma sociedade alcançar seus ideais e valores, sendo reconhecidos pela doutrina como teoria do mínimo existencial

Em tais casos, doutrina e jurisprudência é firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais, cuja efetivação se sobreporia a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito, posto que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela Constituição da República.

Em vista da importância da qual se reveste o tema ora em discussão, entende-se que oportuna a transcrição do excerto doutrinário de Sarlet e Figueredo (2007, p.302):

A construção teórica da reserva do possível é oriunda da Alemanha, no início dos anos de 1970. Com base na reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, sendo que os Direitos Fundamentais dependem de prestações financeiras dispostas pelos cofres públicos. A partir desta noção, o Tribunal Constitucional da Alemanha desenvolveu várias jurisprudências com o entendimento de que a prestação reclamada

deve corresponder àquilo que indivíduo pode, razoavelmente, exigir a sociedade. Neste contexto, a reserva do possível compreende um liame limitador da efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

Com supedâneo no excerto doutrinário, pode-se perceber que em face da relevância dos direitos fundamentais, a reserva do possível pode representar a violação destes direitos e o dismantelamento do sistema jurídico pátrio. Sendo assim, o poder público não pode invocá-lo de forma irresponsável a reserva do possível, se omitindo de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da constituição.

Nas palavras de Sarlet Figueiredo (2007, p. 191), entende-se que:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Diante da omissão do Estado em propor políticas sociais com fins a dar efetividade ao direito à saúde, quando provocado, o poder judiciário dever atuar determinando que o Estado efetive o referido direito fundamental ao serviço público de saúde, conforme os ensinamentos do mestre Streck (2004, p. 56):

Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas- programas da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. [...] Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário [...] pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Nesse contexto, faz-se necessária a atuação administrativa dos entes federados, para que seja dada efetividade ao direito fundamental ao serviço público de saúde.

Diante disso, não se pode concordar com o argumento de que a implementação de políticas públicas, mormente o serviço público de saúde, seja matéria que afeta a discricionariedade do executivo, bem como a depender da disponibilidade orçamentária, é violar direito à saúde. Nesse sentido, é o entendimento dos constitucionalistas Marcelo e Vicente Paulo (2010 p. 2246): O STF tem reiterado em seus julgados que o caráter pragmático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o poder público a invocar de forma irresponsável a “reserva do possível”, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Sobre o princípio da reserva do possível e os direitos sociais, citaremos aqui, um trecho da obra do grande mestre, professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p.190):

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. E ainda: “Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade.

Nesse contexto, é oportuno afirmar que, o princípio da reserva do possível importado da Alemanha, não deve ser aplicado no Brasil, tendo em vista uma realidade histórica e econômica totalmente diferente do Brasil.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado aplica grandes quantidades de dinheiro em turismo, campanhas políticas dentre outros meios supérfluos, há sim a possibilidade garantir em primeiro lugar as políticas públicas de saúde ao invés de fazerem uso do princípio da reserva do possível; até mesmo porque sem a saúde, os cidadãos não teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, ela é a garantia do bem maior que é a vida.

Sobre a inefetividade dos direitos sociais, é importante citar o entendimento do doutrinador Guerra (2006, p.13):

Que se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

Nesse propósito, podemos conferir os ensinamentos do Ministro Celso de Mello, vejamos o excerto abaixo:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno. (BRASIL, 1996).

Ademais, embora se saiba que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos financeiros limitados, precisa-se buscar a efetividade dos direitos fundamentais, pois embora isso seja utópico, as conseqüências da aplicação da reserva do possível compreendem um atentado às prerrogativas e valores constitucionais, bem como a vida humana passaria a ser desvalorizada.

Desta forma, a concretização dos direitos fundamentais não deve ficar na dependência da reserva do possível, sob pena de violação de direitos individuais dos administrados, assim como diz Puccinelli, (200, p.189):

Problemas de caixa não podem ser guindados a obstáculos à efetivação de direitos fundamentais sociais, ou seja, permitir que a reserva do possível predomine em questões principalmente de saúde, seria o mesmo que regredir a dignidade da pessoa humana, ademais porque seria raro encontrar o referido caixa cheio.

Dessa forma, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, a vida humana, estaria contrariando

totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas.

Sobre a reserva do possível e a omissão do estado, vejamos o posicionamento do doutrinador Castro (2008, p.1):

Assim, a reserva do possível não pode ser alegada para eximir o Estado de realizar as necessidades fundamentais do homem (vida, saúde), ainda que necessite criar créditos suplementares ou remanejar outras verbas orçamentárias, incumbindo-se ao Poder Judiciário determinar o cumprimento da ordem valorativa estabelecida no texto constitucional. Pode-se, então, cancelar rubricas orçamentárias destinadas à publicidade estatal, para satisfazer o direito à saúde, indispensável à sobrevivência da espécie humana. O Poder Judiciário [...] não só pode como deve determinar ao Executivo, no exercício da jurisdição, que realize as prestações públicas fundamentais estabelecidas na Constituição, para, a um só tempo, salvaguardar lesão ou ameaça de direito e impedir que o cidadão agonize à espera de um medicamento que lhe proporcione existência digna.

Com base na citação acima, constata-se que o Poder Judiciário deve ordenar que o Poder Executivo cumpra suas obrigações constitucionais, devendo até mesmo, retirar verbas de outros setores secundários, se necessário, para concretizar a satisfação dos direitos sociais. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Guerra (2006, p. 13):

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

Em verdade, o que não se pode é negar estes direitos, pois ocasionará a transgressão de normas e princípios constitucionais, de aplicação imediata e formadora de todo o arcabouço jurídico.

Em artigo publicado por João Agnaldo Donizeti Gandin, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza (2009, p.2) sobre a judicialização do direito à saúde, salientam que:

A necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais. Trata-se de pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores.

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Embora o legislador ordinário tenha feito previsão no artigo acima citado, o juiz não está impedido de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Sobre a proteção do direito à vida e à saúde, vale destacar a importante decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Petição 1.246-SC, que:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

No que tange ao princípio da reserva do possível e orçamento público, vejamos o pensamento do doutrinador Humberto Dantas (2006, p. 152): “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.”

Gustavo Amaral expõe em sua obra sobre a má aplicação dos recursos públicos (2002 p.145). Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação.

Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 210), afirma que subordinar esses direitos aos condicionantes econômicos significa, salvo melhor juízo, negar força normativa da Constituição. A saúde é direito público subjetivo, portanto, podendo ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados, quando falhar o Poder Público, que não pode agir discricionariamente no atendimento a esse dever assistencial.

O artigo 196 da Constituição Federal, repisado no art. 2º da Lei nº 8.080/90, apresenta-se de pronto "judicializável", eis que seu descumprimento pode ser objeto de ação assecuratória de cumprimento do direito fundamental eventualmente posto em xeque pela omissão dos órgãos encarregados de sua execução. Todas as garantias individuais concernentes aos direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante excerto jurisprudencial abaixo descrito:

DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIOS - CF, ARTS. 195 E 196 - CE, ARTS. 153 E 154 "Nos termos do art. 196 da Constituição Federal , a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde"(Resp 828140, Min. Denise Arruda)."O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para

atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida de paciente, deverá ser ele fornecido"(Resp n. 212346/RJ, Min. Franciulli Netto). Desta feita, a realização do exame, uma vez demonstrada a necessidade do paciente, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado, entendendo-se este em todos os seus níveis - federal, estadual e municipal. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - MÍNIMO EXISTENCIAL - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES 1"O STJ, em casos excepcionais, tem mitigado a regra esboçada no art. 2º da Lei 8.437 /1992, aceitando a concessão da Antecipação de Tutela sem a oitiva do poder público quando presentes os requisitos legais para conceder medida liminar em Ação Civil Pública"(AgRg no Ag 1314453/RS, Herman Benjamin). 2"Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais" Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Promotora: Rachel . Processo: AC 20130498920 SC 2013.049892-0 (Acórdão). Relator(a): Luiz César Medeiros. Luiz César Medeiros 04/11/2013. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público Julgado. Apelante: Município de Blumenau. Procuradora: Dulce Teresinha Wurth (9477SC). Promotora: Rachel Urquiza Medeiros Santos ((Promotora). TJ-SC - Apelação Cível : AC 20130498920 SC 2013.049892-0

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região segue o mesmo entendimento, consoante se descreve abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. INQUESTIONÁVEL DEVER DO ESTADO. Cuida-se de remessa oficial para reapreciação e sentença que julgou procedente o pedido exordial, confirmando a tutela proferida às fls. 38/41, para determinar aos entes demandados o fornecimento do medicamento RITUXIMABE (MAPTHERA) de 500mg, diluída em soro fisiológico a 0,9%, a cada vinte e um dias, e 100mg, também diluída em soro fisiológico a 0,9% a cada vinte e um dias, enquanto perdurar o tratamento, elegendo, para tanto, a União como responsável pela disponibilização à requerente, repassando, no prazo máximo de 10 (dez) dias, recursos do Sistema Único de Saúde - SUS, ao Estado do Rio Grande do Norte, que deverá adquirir, por meio da UNICAT, com dispensa de licitação nos moldes do art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, o medicamento em questão, devendo fornecê-lo, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, ao Natal Hospital Center, para que seja efetuado o repasse do fármaco ao demandante ADELMO RODRIGUES DE FREITAS durante o tempo que perdurar o tratamento, para a efetivação do

combate ao Linfoma Não-Hodgkin CID10 - 83. 2. O Administrador público não pode recusar-se a fornecer um medicamento/tratamento comprovadamente indispensável à vida da agravada, usando como argumento a sua excessiva onerosidade, ainda mais sendo este o seu dever. 3. É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação e tratamentos necessários para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves, como acontece no caso em tela. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a estes entes a efetivação do tratamento. 4. Remessa oficial improvida. TRF-5 – REO – Remessa Ex Offício : REO 89315020114058400 Relator(a) Relator(a): Desembargador Federal: Manoel Erhardt. Julgamento: 29/08/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação 05/09/2013. TRF-5.

Sendo assim, não se pode admitir a utilização de um princípio que vai totalmente contra a dignidade da pessoa humana, sem deixar de levar em consideração, o mínimo existencial que garante ao cidadão o direito à saúde, que é um bem imprescindível, pois o mesmo deve ser materializado independentemente de questões orçamentárias.

Nesse diapasão, leciona José Gomes Canotilho (1988, p.220) sobre a intervenção do poder judiciário na concretude da constituição, consoante excerto abaixo transcrito:

“O Judiciário deve esforçar-se por compreender que a norma está sempre ligada ao problema concreto. Assim, apesar dos formalismos jurídicos, há que se captar as dimensões fundamentais do problema, até porque algumas dessas dimensões radicam na consciência profunda da comunidade. A minha posição é, portanto, que os juízes não são órgãos de transformação social, mas, em alguns casos, eles apontam um caminho importante de concretização da constituição.”

A Administração Pública tem o dever constitucional de implementar os direitos sociais, sujeito de direitos que devem ser preservados pelo Estado, principalmente com relação aos direitos humanos, tutelando o direito à saúde. Assim, preocupou-se o constituinte, com a promoção dos direitos fundamentais e da justiça social no país.

Sobre a concretização dos direitos sociais, é importante citar o entendimento de Gustavo Rabay Guerra, no seu artigo sob o título *A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a*

reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social:

Que se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

Observa-se assim, que não é lícito o poder público alegar a falta de verba orçamentária na eficácia dos direitos sociais. Em verdade, o que não se pode é negar estes direitos, pois ocasionará a transgressão de normas e princípios constitucionais, de aplicação imediata e formadora de todo o arcabouço jurídico.

Vale destacar o entendimento do doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 349-395), ao afirmar que:

Os obstáculos que usualmente se erguem contra essa imediata aplicabilidade é que, segundo pensamos, não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independente da vontade do legislador ordinário. Esclarecemos, porém, que o "mínimo existencial" ou "padrão mínimo social", como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país.

Como prescreve o doutrinador Miguel Reale (1995, p.13), o direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido; é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Portanto, pode-se concluir que, os entes federados não podem deixar de efetivar os direitos sociais alegando a falta de previsão orçamentária, pois impede a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

3.4 DIREITO FUNDAMENTAL E A FORÇA VINCULANTE SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil versa a respeito "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e, ao longo de todo o texto constitucional, são encontrados diversos dispositivos que asseguram a proteção dos direitos essenciais a toda pessoa humana, mesmo abrangendo um amplo e diferenciado rol de direitos como os sociais e os políticos, os individuais e os coletivos, de liberdade e de igualdade.

Com efeito, é dever da administração pública garantir aos cidadãos a concretização dos direitos fundamentais sociais expressos na Carta Política, sobretudo o direito à saúde, de forma a preservar o direito à vida. Sobre o tema, é importante destacar o entendimento dos doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2006 p.54), conforme trecho a seguir:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Destarte, os direitos sociais ocupam uma posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico e, assim, devem ser interpretados e aplicados como normas vinculativas pelo Estado, principalmente através do Poder Executivo, uma vez que compreendem todo um rol de garantias de natureza público-subjetiva, contidos ao longo do texto constitucional, com vistas a limitar o exercício do poder estatal.

Nesse aspecto, é oportuno a transcrição de excerto doutrinário extraído da obra de, Antonio E. Pérez Luño (2004, p. 20), citada por Isabelle de

Baptista, no artigo: *A efetivação dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira*:

[...] os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará no respeito e na promoção da pessoa humana; em sua estrita dimensão individual (Estado liberal de Direito), ou conjugando esta com a exigência da solidariedade, como corolário do componente social e coletivo da vida humana (Estado social de Direito).

Com base nesse entendimento, pode-se dizer que foi com o Estado democrático de Direito que os cidadãos passaram a ter o direito de exigir do Estado administração e eficácia da norma fundamental insculpida no texto constitucional. Nesse sentido, é importante citar a definição de função administrativa do doutrinador Marçal Justen Filho (2009, p.37), desenvolvida à luz da constitucionalização do Direito Administrativo, nos seguintes termos:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.

Seguindo esse entendimento, conclui-se assim que, visto que é obrigação do Estado implementar políticas públicas no sentido de efetivar os direitos sociais garantidos pela CF/88, sobretudo o direito à saúde. Por sua vez, a atuação administrativa encontra-se plenamente vinculada à satisfação dos direitos fundamentais, tendo em vista que a Carta Política impõe aos entes federados, a elaboração e execução de políticas sociais e econômicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde da população, sempre em sintonia com os avanços científicos e tecnológicos disponíveis.

4 A CORRUPÇÃO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A intervenção judicial contra a reserva do possível recai sobre a dignidade da pessoa humana, tendo o foco principal o Estado democrático de Direito. Consoante os ensinamentos de Sarlet (2007, p.383-384):

[...] o Poder Judiciário [...] não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores públicos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre outros tantos problemas impedindo um nível razoável de efetividade dos direitos fundamentais. É neste contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Ainda vale aduzir que, em muitas situações, as verbas públicas que deveriam ser usadas para a prestação dos direitos fundamentais, muitas vezes são utilizadas em outras áreas de caráter secundário e não tão relevante e/ou imprescindível.

Assim, a reserva do possível também se choca com a questão da corrupção, pois se torna possível negar ao indivíduo a prestação de algum direito essencial alegando que o Estado não possui recursos financeiros suficientes para custear o seu dever, enquanto os recursos que seriam destinados para as políticas públicas são desviados para a conta bancária dos poderosos. Ainda, o que torna a problemática mais preocupante, consiste no fato de que os custos das políticas públicas são financiadas por toda a sociedade. Todavia, quando o cidadão vem em juízo requisitar um direito, o Estado fecha as portas, alegando não haver recursos,

Destarte, a não efetivação injustificada dos direitos sociais pelo Estado, representa ato ilícito que deve ser apurado conforme a tese da responsabilidade subjetiva por atos omissivos, uma vez que será analisada e, se a inação estatal

ocorreu por má destinação dos recursos públicos ou se há motivos justificáveis para tanto, posto que a consagração dos direitos sociais na Constituição Federal importa no dever de agir do Estado para sua efetivação, de sorte que restará caracterizada omissão ilícita estatal ao ser constatado o menoscabo dos direitos sociais.

É comum no Brasil os gestores públicos se valerem do poder discricionário para não cumprirem obrigações constitucionais, sobretudo no que tange aos direitos prestacionais, como é o caso do direito à saúde. Nesse sentido, temos o entendimento de Sarlet, (2007, p. 383-384):

[...] o Poder Judiciário [...] não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores públicos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre outros tantos problemas impedindo um nível razoável de efetividade dos direitos fundamentais. É neste contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração. Ainda, vale aduzir que em muitas situações as verbas públicas que deveriam ser usadas para a prestação dos direitos fundamentais, muitas vezes são utilizadas em outras áreas de caráter secundário e não tão relevante e/ou imprescindível.

Assim, a reserva do possível não pode ser utilizada como forma de relativizar a aplicação de políticas públicas de saúde, até mesmo porque a vida humana não pode deixar de ser levada em consideração por motivos financeiros, tendo em vista que há meios suficientes para a concretização desses direitos.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado aplica grandes quantidades de dinheiro em turismo, campanhas políticas dentre outros meios supérfluos, há sim a possibilidade garantir em primeiro lugar as políticas públicas de saúde ao invés de fazerem uso do princípio da reserva do possível, até mesmo porque sem saúde, os cidadãos não teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, ela é a garantia do bem maior que é a vida, tendo em vista que

a efetivação do direito à saúde está intimamente ligada ao respeito à dignidade da pessoa humana, assim como dispõe Gonçalves (2009, p.200):

Não foi criado somente para estabelecer normas de convivência, e diminuir os conflitos sociais, mas também para que o ser humano se realize em sua plenitude e obtenha seu bem estar, e a principal forma de garantir esses direitos, é primeiramente garantindo a dignidade da pessoa humana, o que sem saúde seria praticamente impossível.

Dessa forma, não pode o Estado justificar-se pela teoria da reserva do possível quando uma prestação buscar condições mínimas de existência, muito menos se admite que por discricionariedade da administração pública sejam os recursos aplicados de forma ilegítima com intuito de fraudar ou inviabilizar os direitos sociais.

Destarte, a reserva do possível não pode ser utilizada como forma de relativizar a aplicação de políticas públicas no setor da saúde. Nesse contexto, vejamos o entendimento do doutrinador Sarlet Figueiredo (2007, p. 138) sobre o princípio da reserva do possível, conforme excerto abaixo:

A construção teórica da reserva do possível é oriunda da Alemanha, no início dos anos de 1970. Com base na reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, sendo que os Direitos Fundamentais dependem de prestações financeiras dispostas pelos cofres públicos. A partir desta noção, o Tribunal Constitucional da Alemanha desenvolveu várias jurisprudências com o entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade..).

Em face da relevância e grandiosidade dos direitos fundamentais, a reserva do possível pode representar a violação destes direitos e o desmantelamento do sistema jurídico pátrio. Para justificar de maneira mais contundente esta posição, vale reiterar que a reserva do possível vem sendo utilizada com argumento usado pelo ente estatal como forma de se eximir de sua responsabilidade na concretização dos direitos fundamentais.

Diante da omissão do Estado em realizar políticas públicas determinadas pelo texto constitucional, os administrados podem exigir do poder a intervenção do poder judiciário, consoante explica Streck (2004, p. 56) em sua obra:

Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas- programas da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. [...] Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a **omissão dos poderes públicos**, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário [...] pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Sendo assim, a não efetivação injustificada dos direitos sociais pelo Estado, representa ato ilícito que deve ser apurado conforme a tese da responsabilidade subjetiva por atos omissivos, uma vez que será analisada se a inação estatal ocorreu por má destinação dos recursos públicos ou se há motivos justificáveis para tanto. Em outras palavras, será ponderado se a Administração agiu com culpa ao não oferecer o serviço a que estava constitucionalmente obrigada.

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, que:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Dessa forma, evidencia-se que os direitos fundamentais ocupam na atual ordem constitucional, a supremacia do ordenamento jurídico, e por mais que haja abstração no texto da proposta de lei, a efetivação dos direitos fundamentais apresentam-se como função precípua a ser cumprida e efetivada pelo administrador público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com a pesquisa realizada que os direitos fundamentais sociais, mormente o direito à saúde, é um direito subjetivo assegurado pela atual Carta Magna, na qual determina que o administrador público está vinculado às políticas públicas estabelecidas nestas.

Quando não implementadas as políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão, dar concretude à norma, ou seja, reconhecendo judicialmente a eficácia do direito à saúde, pois representa prerrogativa jurídica indisponível aos administrados.

Com efeito, o mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão a partir de políticas públicas definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito; caso não aconteça ter-se-á a ineficácia absoluta dos direitos fundamentais. O mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social.

Qualquer um dos entes federativos tem a obrigação de fornecer serviço relacionado à saúde a toda população, principalmente àquela que possui baixo poder aquisitivo, de forma a preservar o bem maior de todo ser humano que é a sua vida.

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida.

A omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência médico-farmacêutica deu azo ao fenômeno que vem sendo denominado judicialização da saúde, compreendido como a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa assistência.

A reserva do possível não pode ser utilizada como forma de relativizar a aplicação de políticas públicas de saúde, até mesmo porque a vida humana não pode deixar de ser levada em consideração por motivos financeiros, tendo em vista que, ha meios suficientes para a concretização desses direitos.

A partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, a vida humana, contrariatotalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas.

Portanto, conclui-se que é inevitável a Judicialização dos direitos sociais quando o Estado se omite de propor políticas públicas com fins a dar efetividade ao direito público subjetivo à saúde, por se tratar de um direito fundamental insculpido na atual Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE DE MORAES. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.2007.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, p. 58. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.

BULOS, Vadi Lammego. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Revista Atualizada de acordo com a Emenda Constitucional nº 56 /2007. São Paulo: Saraiva: 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade de Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível.3. Ed., Salvador: Saraiva, 2008.

CASTRO, Renato de Lima. **Reserva do Possível X Direito à Vida**. Gazeta do povo. Online. 31 jan. 2008.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Coimbra: Alameda, 1999.

COMPARATO, Fábio konder. A afirmação dos Direitos Humanos. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2003.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Humberto. **Democracia e Saúde no Brasil: uma realidade possível?** 3. Ed. Método, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br

FISCHESEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas. A responsabilidade do Administrador e do Ministério Público.** Max Limonad. São Paulo, 2000.

KRELL ANDREAS. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre.** Ed. Fabris, 2002.

LEAL, Rogério. **Perspectivas Hermenêuticas de Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

GRAU. Eros Roberto 2010. **A ordem Econômica na Constituição de 1988.** Interpretação e crítica. 10º Ed., revista e atualizada. Malheiros.

GUERRA FILHO. **Dos Direitos Humanos e Fundamentais.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. revista atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** São Paulo: RT, 2006.

OEA. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/index.html>>. Acesso em 20 jan. 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 20 jan.2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2002.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática**. São Paulo: Verbatim, 2009, pág. 52.

STF. AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.

_____. RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-2006, Segunda Turma, *DJ* de 2-2-2007.

STJ. RE 2004/0112790-9. Relator(A) Ministro Luiz Fux (1122). Órgão JulgadorT1 - Primeira Turma. Data Do Julgamento 16/06/2005. Data Da Publicação/Fonte DJ 01.07.2005 P. 414. LEXSTJVol. 192 P. 177.

TRF5. REO89315020114058400. Relator(a)Relator(a): Desembargador Federal: Manoel Erhardt. Julgamento: 29/08/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação05/09/2013.TRF-5.

PIOVESAN- Flávia. **Proteção jurídica contra omissão legal**, 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, pg.105).

PUCCINELLI JUNIOR, ANDRÉ. **A omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: saraiva, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WSHARTZ. **Direito à Saúde- Efetivação em uma perspectiva sistemática**. Ed. Livraria do advogado, 2006.