

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Renata de Medeiros Ramos¹
Paulo Renato Guedes Bezerra²

RESUMO

O presente trabalho, com uso do método dialético e procedimento dissertativo-argumentativo, propõe uma análise do direito à saúde como um direito decorrente do direito fundamental à vida, intrínseco à dignidade da pessoa humana, o qual está previsto genericamente no artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), e detalhado nos artigos 196 e 198, bem como na lei 8.080/90. Aborda-se acerca do direito à saúde previsto na CF/88 como um direito social, bem como a judicialização da questão diante do combate travado entre os titulares deste direito e o Estado para se garantir esse direito fundamental. Este estudo tem por objetivo traçar diretrizes acerca da relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, na condição de critérios materiais para assegurar a eficácia e a efetividade do direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos Sociais. Saúde. Reserva do possível.

ABSTRACT

The current work uses a dialectical method and dissertative-argumentative procedure to propose an analysis of the health's right as a fundamental right to life, intrinsic to the human's dignity, which is generically brought on the 5th article of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (FC/88), and specified in the articles 196 and 198, as well as in the law 8.080/90. It approaches the health's right brought on the FC/88 as a social right, and also the judicialization of the question in front of the dispute between the owner's of this right and the State, in order to guarantee this fundamental right. This study has the purpose to draw guidelines about the relation between the reserve of the possible and the existential minimum, on the condition of material criteria to ensure the efficiency and effectiveness of the fundamental right to health.

¹ Acadêmica do curso de direito da FARN. E-mail: renata_medeirosr@hotmail.com

² Professor do curso de graduação em Direito da FARN e da UFRN, Mestre em Direito pela UFRN.

Key-words: Fundamental rights. Social rights. Health. Reserve of possible.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde é um tema que gera uma demanda muito grande no Judiciário, já que se trata de um direito imprescindível do cidadão que hoje em dia vem sofrendo com o descaso do Estado, que não dispõe da prática de políticas públicas eficazes para garanti-lo de forma universal e igualitária.

Deste modo, ao tratar do direito fundamental à saúde frente ao princípio da reserva do possível, será abordado o quanto este direito fundamental do cidadão brasileiro e este princípio da administração pública divergem entre si, o que acaba acarretando a judicialização da questão.

É evidente que não cabe ao Judiciário a formulação e a execução de políticas públicas, já que são atribuições inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo. Porém, quando há uma ofensa a um bem tutelado juridicamente, como o direito à saúde, é cabível o Poder Judiciário determinar a atuação do Estado, como forma de garantir a efetividade deste direito.

Sendo assim, diante da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, o poder público não pode converter em promessa constitucional sem eficácia impositiva o disposto no art. 196 da Constituição Federal, diante do caráter programático da referida norma, frustrando expectativa de garantia constitucional à saúde.

Importante mencionar que com a Constituição de 1988, bem como a doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir da sua promulgação, vivemos o neoconstitucionalismo como momento atual do Direito Constitucional, o qual, conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009), atribui à norma Constitucional o *status* de norma jurídica, superando a idéia que perdurou na Europa até meados do século XIX, a qual via a Constituição como um documento essencialmente político que apresentavam promessas vagas sem aplicabilidade imediata e direta.

Deste modo, conforme os ensinamentos de Korand Hesse (1991), a Constituição possui uma força normativa, é uma norma jurídica super imperativa, na qual se busca efetivamente a concretização de suas normas, que significa, portanto a realização do direito por meio da materialização dos preceitos legais, simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Importante ressaltar que com isso, a Constituição é colocada no centro do ordenamento jurídico e não se pode olvidar que, assim estando, todo o sistema jurídico se valida por meio da norma constitucional.

Portanto, o acesso à saúde não deve ser encarado como norma meramente programática, sem carga jurídica de efetividade, sob pena de desconsiderarmos toda a força normativa da Constituição.

Diante da crescente judicialização das demandas que versam sobre o direito à saúde surgem as alegações dos entes federativos de que há ofensa ao princípio da reserva do possível, ou do financeiramente possível para não garantir a efetividade anteriormente esposada.

Resta claro que há limitações financeiras e jurídicas à efetivação dos direitos fundamentais, atendendo a reserva do possível, uma vez que nos Estados há uma grande desigualdade social e um vasto número de pessoas vivendo à margem da pobreza, necessitando de assistência do Estado, porém o direito à saúde não pode transformar-se em promessa constitucional sem eficácia impositiva.

Desta forma, surge a questão de como conciliar a necessidade de efetivação do direito à saúde e a reserva do possível, por meio de políticas públicas eficazes por parte do Estado.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a evolução da humanidade, a luta pelo direito foi o maior objetivo de todas as sociedades, que ocorreu junto com acontecimentos históricos que levaram o homem a modificar seus anseios, acarretando a necessidade de um movimento de reconstrução do conceito de Estado, para atender as necessidades dos cidadãos.

Para isso, surgiram vários valores, direitos e liberdades, consubstanciados nos direitos fundamentais, que foram concretizados com a Constituição. Porém, os direitos fundamentais estão sempre em expansão, em constante evolução, de modo a ter os seus parâmetros e fins flexibilizados de acordo com o passar do tempo.

Ao iniciar o breve estudo acerca desses direitos, é importante conceituá-lo. Os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais, ou seja, positivados, que põem fim ao poder maior dentro do Estado, visando

limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS; MARTINS; 2009)

Partindo desta definição pode-se concluir que os direitos fundamentais envolvem a pessoa e o Estado, tendo como objetivo por limite ao poder do Estado para preservar a liberdade individual, e tem uma posição de supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. (ALEXY, 1996) (SARLET, 2007)

Esta fundamentalidade formal determina que os direitos são considerados fundamentais quando é garantido mediante normas que possuem força jurídica própria decorrente da supremacia constitucional. Deste modo, os direitos garantidos na Constituição são considerados como fundamentais de acordo com a sua força formal, não levando em conta o maior ou o menor valor moral de certos direitos. (DIMOULIS; MARTINS, 2009)

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais fornecem aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Já como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2002).

Importante destacar que os direitos fundamentais não possuem um rol taxativo, uma vez que podem ser inseridos novos direitos não previstos pelo constituinte, conforme os dizeres de J. J. Gomes Canotilho (2002).

Neste diapasão, necessário mencionar o § 2º do artigo 5º da Carta Magna, no qual dispõe que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Deste modo, o parágrafo supracitado corrobora com a ausência de rol taxativo dos direitos fundamentais, uma vez que esses direitos podem surgir por meio de princípios, do regime, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Os direitos fundamentais são dinâmicos e acompanham a evolução da sociedade, portanto, são organizados em gerações ou dimensões³, de acordo com o momento do seu surgimento.

³ O uso da expressão “gerações” dos direitos fundamentais traz a idéia de que esses direitos são superados, sendo o fim de uma geração e início de outra independente da anterior. Já o uso da expressão “dimensões” dos direitos

Os direitos de primeira dimensão são os que realçam o princípio da liberdade, de modo que limitam a atuação do Estado para se garantir as liberdades individuais (liberdades negativas).

Os de segunda dimensão são as chamadas liberdades positivas, já que acentuam o princípio da igualdade entre os homens. Esses direitos são os econômicos, sociais e culturais que correspondem aos direitos de participação, de modo que se realizam por meio da implementação de políticas públicas, exigindo do Estado prestações sociais, tal como a saúde.

Os de terceira dimensão, por sua vez, consagram princípios da solidariedade, da fraternidade, protegendo os interesses de titularidade coletiva.

Os de quarta geração e quinta dimensão ainda sofrem discussão doutrinária acerca de sua existência. Paulo Bonavides (2010), por exemplo, defende que os direitos de quarta geração são os direitos referentes à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo. Para o mesmo autor, a quinta geração de direitos seria o direito a paz universal.

Os direitos fundamentais têm como finalidade fornecer aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, ou seja, um direito individual que vincula o Estado seja de natureza material ou processual.

Sendo assim, o que vem a ser um direito fundamental do indivíduo pode ser, do ponto de vista do Estado, uma norma de competência negativa que restringe suas possibilidades de atuação. Havendo, deste modo, dois lados opostos da balança, que geralmente entram em conflito, ocasionando a judicialização da questão, cabendo ao Judiciário escolher a melhor medida para solucionar o caso concreto.

Consoante a classificação do constitucionalista alemão George Jellinek (1892) os direitos fundamentais cumprem diferentes funções, podendo ser direitos de *status* negativo, permitindo aos indivíduos resistir frente a uma atuação do estado; de *status* positivo, que permite aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, e ainda, de *status activus* que permite ao indivíduo participar da política do estado.

Importante destacar que a classificação de Jellinek não previu os direitos coletivos, o que é bastante problemático, uma vez que as constituições modernas, bem como a brasileira prevê muitos direitos coletivos, tomando como exemplo os direitos de reunião e associação e de criação de partidos políticos (art. 5º, XVI, XVII e art. 17, da CF/88).

Ademais, importa destacar que a Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado importante aos direitos fundamentais que logo foram colocados no início do texto

fundamentais, fornece a idéia de acumulação, de evolução, dando ao mesmo direito um novo significado, a partir da forma de enxergar-los. Posto isso, faço o uso da expressão “dimensão”.

constitucional, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (todos incluídos no art. 5º da CF/88), reforçando a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos.

Além disso, o texto Constitucional reconheceu que é vedado qualquer reforma constitucional tendente a suprimir os direitos fundamentais (art. 60, § 4º, CF/88).

O título II da Carta Magna de 1988 dispõe em cinco capítulos “dos direitos e garantias fundamentais”, que foram agrupados em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados a participação em partidos políticos, a sua existência e organização.

Para garantir a efetividade destes direitos, a Constituição previu as garantias fundamentais⁴, que são as disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir ou consertar uma violação de direitos.

Deste modo, o direito à saúde como um direito fundamental e a preocupação do constituinte originário de apresentar remédios a combaterem sua ineficácia é o que se pretende doravante.

3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Inaugurando o texto constitucional, temos que são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º CF/88) a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Deste modo, por possuir como fundamento a dignidade da pessoa humana, conclui-se que o Estado tem que garantir ao cidadão o mínimo essencial para a sua vida digna. Por consequência, para se garantir uma vida digna teria que se ter por efetivos os direitos fundamentais, como por exemplo, o tripé saúde, educação e segurança, fornecendo-se deste modo, o mínimo de garantias para o cidadão.

Na prática, o que se observa é que os direitos constitucionalmente previstos não são efetivados, uma vez que o Estado encontra-se omissos na eficácia desses direitos tidos como primordiais para o cidadão. Em decorrência desse fato e para suprir tal omissão, as pessoas

⁴ Paulo Bonavides (2010), citando Rui Barbosa, diferencia direito de garantia fundamental. Considerando o primeiro como sendo a faculdade reconhecida, natural, ou legal de praticar ou não praticar certos atos. Já a garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil, ou seja, são condições materiais ou procedimentais colocadas a disposição dos titulares para promover ou resguardar os seus direitos.

que possuem condições financeiras são compelidas a: colocar os seus filhos em escolas particulares diante da ausência da educação; adquirirem planos de saúde na falta do fornecimento da saúde pública; e ainda, em razão da ausência de segurança, colocar cercas elétricas, circuito de televisão, grades. Essas atitudes acabam, por muitas vezes, comprometendo o orçamento familiar.

Sendo assim, pode-se verificar que o Estado encontra-se ausente ante os seus deveres constitucionalmente instituídos, restando claro no cotidiano do cidadão brasileiro a omissão constatada.

Ocorre que, quando o cidadão tem recursos suficientes para prover a sua subsistência, consegue obter saúde, segurança e educação por meio particular, mas quando o cidadão é hipossuficiente, ou seja, não possui recursos para prover a sua subsistência e/ou de sua família, isso não é possível, ficando os direitos fundamentais a mercê da técnica organizacional e orçamentária estatal.

Eis a problemática: por mais que o cidadão não possua condições financeiras, ele tem o direito de ter o acesso à saúde que é o direito primordial do cidadão, já que, se uma pessoa não tem saúde, pode ver comprometida a sua própria vida. Aliás, o direito à vida não se resume ao direito de manter-se vivo, mas principalmente de viver com dignidade.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, no título referente aos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, *caput*, assegura o direito à vida, que tem ainda sua proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no artigo 60, § 4º, IV (CF/88).

De acordo como artigo 5º da CF/88 temos que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade à segurança e à propriedade”.

Do direito à vida, certamente decorre, entre outros, o direito à saúde (SARLET, 2007) caracterizado no art. 6º da CF/88 como direito social, inserido no capítulo da ordem social e com previsão central no artigo 196 da nossa Carta Magna.

Como se pode observar, com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser vista como um direito fundamental social, sendo visto como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas, com a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços.

O art. 196 da Constituição Federal brasileira assevera que:

A saúde é um 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.

Tal direito está previsto no art. 6º da Constituição Federal, de forma genérica, onde estão escritos os direitos sociais do cidadão, estando este artigo inscrito no Título II do Capítulo II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem.

Comporta destacar que os direitos sociais são prestações positivas que são direta ou indiretamente proporcionadas pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, proporcionando melhores condições de vida aos mais necessitados, direitos que tendem realizar uma isonomia de situações sociais desiguais. (AFONSO DA SILVA, 2007).

Portanto, conclui-se que todo e qualquer direito social é também direito fundamental do homem, devendo aplicar-se de imediato, por previsão expressa do parágrafo 1º do art. 5º da Carta Magna.

A jurisprudência é uníssona quanto à matéria, manifestando-se acerca do direito à saúde como um direito fundamental do cidadão.

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) julgou pela concessão do Mandado de Segurança 6189071⁵, tomando por base que a vida e a saúde são direitos fundamentais do cidadão, os quais pela natureza que possuem são indisponíveis, ao mesmo tempo em que é dever do Estado em garanti-los aos necessitados. (PARANÁ, 2010).

Bem como este tribunal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) também defendeu este ideal, no julgamento do processo 0034673-35.2009.807.0001⁶ da 1º turma cível, no qual estabeleceram que é dever do Estado e direito do cidadão o acesso universal e

⁵ Segue ementa do julgado em questão: “MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PSORÍASE. DOENÇA GRAVE. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO. 1. A vida e a saúde são direitos fundamentais do cidadão, os quais pela natureza que ostentam são indisponíveis, ao mesmo tempo em que é dever do Estado em garanti-los aos seus súditos. 2. Assim, constitui direito impostergável do cidadão o direito de receber assistência farmacológica por parte do ente público. 3. Precedentes do STJ. 4. Segurança concedida” (BRASIL, 2010).

⁶ “REMESSA OFICIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. INTERNAÇÃO EM UTI ÀS EXPENSAS DO DISTRITO FEDERAL. DIREITO FUNDAMENTAL. ISONOMIA. IMPESSOALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. 1. É dever do estado e direito do cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, que se constitui em vetor fundamental à garantia do principio da dignidade da pessoa humana. 2. Na esteira dos precedentes jurisprudenciais desta corte, é assegurado ao cidadão o direito líquido e certo de ter uma prestação integral dos serviços públicos de saúde, aí incluindo a internação em uti de nosocômio público ou p articular, em obediência às garantias fundamentais consagradas pela constituição federal. 3. É dever do poder judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente. 4. Inexiste violação aos princípios da isonomia e impessoalidade, quando devidamente comprovado ser especial a situação do jurisdicionado, necessitando de internação para o tratamento de sua saúde. 5. Remessa oficial conhecida e não provida.” (BRASIL, 2011).

igualitário às ações e serviços de saúde, fundamental à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, e ainda que é dever do judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia dessas normas constitucionais, inexistindo violação a isonomia e a impessoalidade quando devidamente comprovado ser especial a situação do jurisdicionado.

O Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª região, também já decidiu neste sentido⁷, determinando a garantia da eficácia do direito à saúde, de modo que há a solidariedade entre os entes federativos na efetividade das demandas de saúde, e ainda, que o Estado (leia-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária e ao tratamento de suas patologias. (BRASIL, 2008).

Sendo assim, vale ressaltar, que deve o Poder Judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente.

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição da República de 1988 consagra como fundamento da República em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º em seu caput garante a todos o direito à vida, bem este que se encontra gravemente comprometido pela doença, a ser resgatado unicamente por uma atitude responsável do Estado, de fornecer a assistência médica de que necessita o cidadão.

Na lição de Luis Roberto Barroso (2001), o art. 196, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado.

A Carta Maior impõe o acesso à saúde como prestação positiva do Estado, sendo tal direito emoldurado como de segunda geração, diretamente relacionado aos direitos de primeira geração, visto que umbilicalmente ligado ao direito à vida, consoante a tradicional classificação das gerações de direito do jurista Norberto Bobbio (1992).

Assim, é aplicada a dimensão positiva do direito fundamental à saúde, ou seja, trata-se de direito subjetivo do cidadão, que pode exigir da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, solidariamente, por meio de uma ação judicial, a realização de um determinado tratamento médico, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, fornecimento de medicamentos, procedimento cirúrgico ou qualquer outro meio de proteger à saúde.

⁷ “CONSTITUCIONAL. CIRURGIA DE IMPLANTE DE ANEL INTRA-ESTROMAL (ANEL DE FERRARA). DIREITO DE TODOS À SAÚDE (ART. 196, CF/88). DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. DIREITO À VIDA. I. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos, pelo que a garantia ao direito à saúde é dever de todos. II. Compete ao Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária e ao tratamento de suas patologias. III. Agravo improvido.” (BRASIL, 2008).

A norma em referência (art. 169, CF/88) enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. Sendo, portanto, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme disposto no art. 5º, §1º, da CF/88, independentemente, assim, de qualquer ato legislativo, aguardando-se tão-somente a efetivação pela Administração Pública.

Desta forma, pretende-se aqui rifar qualquer argumento que busca inserir o acesso à saúde como norma meramente programática, sem carga de efetividade.

A Constituição Federal de 1988 tem força normativa e os direitos por ela assegurados, inclusive os colocados como meramente programáticos, devem ser efetivados dentro da razoabilidade. O que não se pode permitir é que nos dias de hoje o Judiciário seja conivente com a inércia dos outros poderes no que atine à efetivação dos direitos assegurados por nossa Constituição. A referida inércia muitas vezes chega a ser inconstitucional, haja vista que contraria a Constituição não apenas naquilo que com ela é incompatível, mas também a omissão em efetivar os direitos nela assegurados.

Ademais, ainda em análise as determinações constitucionais, o art. 198 enuncia as diretrizes que norteiam atuação do Estado na efetivação do acesso ao serviço de saúde, dentre as quais se destaca no inciso II:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Como se pode observar, o direito à saúde é um direito subjetivo público, ainda que individualmente exercido, outorgando ao seu titular a possibilidade de, por meio das vias judiciais postas à disposição pelo próprio Texto Maior, postular uma prestação positiva do Estado que forneça a constituição de eficácia plena.

Existem três teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais: teoria da eficácia zero, na qual o judiciário não pode implementar direitos sociais; teoria da eficácia mínima que dispõe que o judiciário somente pode agir para assegurar o mínimo existencial, e a teoria da efetividade máxima, determinando que o judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais (MARMELSTEIN, 2009).

Necessário, ainda, destacar que a responsabilidade nas demandas de saúde, é solidária a teor do que dispõe o art.196 e art.198, §1º da Constituição Federal, bem como conforme a jurisprudência dominante.

Importa destacar a jurisprudência do STJ no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento 1107605 SC 2008/0230114-8⁸, no qual estipula que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (BRASIL, 2010).

Ademais, a divisão de atribuições dada pela Lei 8.080/90, lei esta que constituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), não exime os entes federativos de suas responsabilidades garantidas pela Constituição Federal.

Deste modo, é dever do Poder Judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente.

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência do STF que dispõe que a saúde é uma 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, sendo possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (BRASIL, 2010).

O SUS, regido pela lei 8.080/90, consoante o disposto no artigo 200 CF, deve controlar a fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública, participar da produção de medicamentos, equipamentos e insumos, executar ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador.

⁸ "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde -SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ. 2. O reconhecimento, pelo STF, da repercussão geral não constitui hipótese de sobrestamento de recurso que tramita no STJ, mas de eventual Recurso Extraordinário a ser interposto. 3. A superveniência de sentença homologatória de acordo implica a perda do objeto do Agravo de Instrumento que busca discutir a legitimidade da União para fornecimento de medicamentos. 4. Agravo Regimental não provido." (BRASIL, 2010).

Essas ações e serviços públicos de saúde devem integrar-se em todo o território nacional compondo-se um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, *caput*, I da CF), quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deste modo, as ações e os serviços públicos têm como responsável o poder público, englobando assim todos os entes federativos, deixando-nos a entender que a responsabilidade nas demandas de saúde é, como já mencionado, de todos os entes federativos.

As ações e serviços públicos de saúde submetem-se ao princípio do atendimento integral (art. 198, II da CF), que é diverso do acesso universal. Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do poder público, não sendo permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores (TAVARES, 2006).

A nossa Carta Magna fez a diferenciação entre “ações e serviços públicos de saúde” (arts. 197 e 198, da CF) e a “assistência a saúde” (art. 199 da CF), sendo este referente à iniciativa privada.

O fornecimento do serviço de saúde por parte do Estado não exige a iniciativa privada de fornecê-la, que é um princípio constitucional (arts. 1º, IV e 170, *caput*, da CF).

O legislador, ao se referir à atividade privada fez com que esse setor pudesse participar do sistema único de maneira complementar (art. 199, §1º da CF), por meio de formação de convênio ou contrato de direito público.

Uma novidade hoje é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), constituído em 2009 por meio do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte (PU/RN), a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte (DPU/RN), a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte (PGE/RN), a Procuradoria Geral do Município do Natal (PGMN/RN), a Secretaria de Estado da Saúde Pública (SESAP/RN) e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal (SMS/Natal), com o intuito de solucionar administrativamente as demandas envolvendo o cidadão e o SUS.

O CIRADS tenta solucionar os casos concretos realizando uma análise acerca da falta de atendimento ao assistido pelo SUS, com o intuito de verificar os casos em que o pleito pode ser atendido administrativamente, evitando a sua judicialização, quanto aqueles em que

se pode conciliar em ações judiciais já em curso, como também naquelas hipóteses em que, o médico tenha indicado tratamento diverso dos que são oferecidos pelo SUS. (CIRADS, 2011)

Nesse pouco tempo de atuação, o CIRADS tem desenvolvido papel muito importante, na solução dos litígios, atuando de forma a buscar a melhora na saúde pública, tanto que recebeu menção honrosa do Instituto Innovare, na VII Edição do Prêmio Innovare 2010, evento que premia as melhores práticas jurídicas do País. (CIRADS, 2011)

Diante à questão da saúde, seja mediante tratamento cirúrgico, medicamentoso, ou para a realização de exames necessários e complementares ao tratamento, deve-se observar o mínimo existencial que é identificável, basicamente, pela essencialidade do tratamento, e indispensabilidade deste para manutenção da vida, e para a garantia que esta vida seja digna, o direito à saúde/vida não é limitado a medidas protetoras do risco de morte, mas também da qualidade e dignidade de vida.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A teoria de reserva do possível tem origem na Alemanha, especialmente a partir dos anos 1970. Neste momento, surgiu uma noção originária de reserva do possível que seria a idéia de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET, 2010)

Deste modo, a reserva do possível traduziu a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da disponibilidade de recursos por parte do Estado.

Esta disponibilidade orçamentária surge a partir de decisões governamentais e parlamentares como, por exemplo, a elaboração da Lei Orçamentária Anual - LOA que visa concretizar os objetivos e metas propostas no plano plurianual, segundo as diretrizes estabelecidas pela lei de diretrizes orçamentárias.

A proposta da LOA compreende três tipos distintos de orçamentos da União, quais sejam, o orçamento fiscal, o orçamento de investimento de empresas estatais e o orçamento de seguridade social. Sendo este último o orçamento que compreende todos os órgãos e entidades a quem compete executar ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social, quer sejam da Administração Direta ou Indireta, bem como os fundos e fundações instituídas

e mantidas pelo Poder Público bem como os demais subprojetos que se relacionem com as referidas ações, tendo em vista o disposto no art. 194 da CF. (Portal SIAFI, 2011).

Ocorre que, além do poder executivo e legislativo, o poder judiciário pode atuar no controle orçamentário para fins de efetivar certos direitos sociais, como o direito à saúde, uma vez que a efetivação destes direitos interfere diretamente no orçamento público.

Sobre esse assunto, Dirley da Cunha Júnior (2008) leciona que o juiz pode intervir na competência orçamentária do legislador, como no caso de quando um juiz invalida, por inconstitucional uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele estará interferindo na composição do orçamento público, e ninguém nunca suscitou isso como óbice a atuação judicial.

Os direitos sociais, entre eles, o direito à saúde, tem a condição de direito subjetivo à prestações do Estado, que de acordo com as lições de Canotilho (1982), a efetividade dos direitos sociais costuma ser encarada como um problema em termos de competências constitucionais, já que o legislador será capaz de garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sendo assim, pode-se observar que há uma íntima relação entre a presença de recursos financeiros disponíveis e a efetividade dos direitos fundamentais, gerando deste modo a necessidade de aprimorar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público, e uma boa administração das políticas públicas. (LEAL, 2006).

Neste íterim, importante destacar que a reserva do possível, bem como sustentou Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2008) apresenta no mínimo uma dimensão tríplice, que abrange a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentária, legislativas e administrativas; e por fim, no enfoque do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e razoabilidade.

Feitas essas considerações e levando a reserva do possível ao campo prático no universo jurídico, pode-se observar que ela tem sido alegada como argumento impeditivo da intervenção judicial e para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, conforme se pode constatar na jurisprudência do STF, a seguir:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas

públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.** 3. **A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.** 4. Agravo regimental não provido. (grifos nossos) (BRASIL, 2011)

Diante deste excerto jurisprudencial, resta claro que o STF entende que a administração não pode valer-se da alegação de uma reserva do possível para justificar a não garantia dos direitos previstos na Constituição.

É certo que a reserva do possível é importante para salvaguardar o erário público sendo um limite ao controle judicial de políticas públicas, porém, esta reserva não deve ser considerada como soberana sobre a garantia dos direitos, já que cabe ao poder público comprovar a falta efetiva dos recursos indispensáveis a satisfação dos direitos a prestações e da sua eficiente aplicação.

Sendo assim, a reserva do financeiramente possível não é uma permissão para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma simples alegação de que não há recursos suficientes. Para que a reserva do possível possa ensejar a não efetivação dos direitos constitucionalmente previstos é necessário que haja a demonstração efetiva de que há impossibilidade econômica por parte do Estado.

Em síntese, pode-se afirmar que esta reserva seria uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas que também pode atuar como garantia dos direitos fundamentais quando forem observados os critérios de proporcionalidade⁹, que é utilizado para hipótese de conflitos entre direitos fundamentais e valores constitucionais, e da garantia de mínimo existencial, que expressa os direitos mais fundamentais da pessoa humana, cuja efetivação é indispensável para a garantia mínima da dignidade da pessoa humana ou da vida

⁹ A proporcionalidade com exame de adequação e necessidade corresponde a uma ponderação entre dois bens jurídicos conflitantes que está carregado de subjetivismo. Deve ser entendida como um elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, ou seja, é utilizado como critério de aferição da constitucionalidade de intervenções estatais. (DIMOULIS; MARTINS, 2009)

digna, razão pela qual, em relação a esses direitos, não seria oponível a cláusula da reserva do possível.

Deste modo, resta clara a necessidade de em análise ao caso concreto, se utilizando do princípio da proporcionalidade ponderar cautelosamente o que se deve prevalecer, porém, a reserva do possível não pode se sobrepor ao mínimo existencial do ser humano.

5 A JUSTICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Diante do caráter programático¹⁰ das normas sociais, e da necessidade de garantia dos direitos tidos como fundamentais ao ser humano temos que o Estado tem o dever de efetivar esses direitos, com a implementação e execução de medidas necessárias a sua realização, que são usualmente chamadas de políticas públicas.

Maria Paula Dallari Bucci (2006) conceitua políticas públicas como sendo a coordenação dos meios a disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como se sabe, os direitos sociais, como exemplo, o direito de proteção à saúde, acarretam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, já que o dever jurídico a ser cumprido merece uma atuação efetiva, seja entregando um bem ou satisfazendo um interesse.

O caráter programático da norma constitucional, que tem por destinatários os entes políticos que compõe a organização federativa, não pode transformar-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o poder público frustrando justas expectativas, não cumprir o seu dever, descumprindo o que determina a própria lei fundamental.

Deste modo, as normas programáticas e conseqüentemente os direitos sociais tem aparentemente eficácia reduzida, mas isso não acontece apenas pela falta de concretização pelo legislador, mas especialmente na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, uma vez que grande parte dos direitos sociais já foi regulamentada por normas infraconstitucionais, como o caso do direito à saúde que possui a Lei nº 8.080/90.

¹⁰ As normas programáticas são normas que prevêem programas que devem ser desenvolvidos pelo poder público, e que precisam de concretização pelo legislador. Como se observa, a norma programática precisa ser efetivada; sugerir que por ser programática não precisa de efetivação é contribuir, com a inconstitucionalidade por omissão.

Sendo assim, o problema da baixa efetivação dos direitos sociais se deve à formulação de políticas públicas que são incapazes de implementar integralmente os direitos previstos constitucionalmente.

Importante destacar que como vivemos o neoconstitucionalismo e a Constituição possui normativa, estando ela, capaz de produzir efeitos concretos, o direito do acesso à saúde deverá ser efetivado, já que, não é porque as normas são programáticas que com base nessa desculpa não vamos efetivá-las.

José Afonso da Silva (2007) corroborou com o dito acima, lecionando que não existe norma sem eficácia jurídica, ainda quando esta irradiação de efeitos nem sempre seja plena.

Ressalte-se que as políticas públicas e o orçamento estão intimamente ligados uma vez que para implementação de uma política pública necessita da previsão orçamentária equivalente.

Neste sentido, Ricardo Lobo Torres (2005) leciona que o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas, mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como, por exemplo, o do equilíbrio orçamentário.

Mas o orçamento como já disposto no capítulo da reserva do possível é previsto nas leis orçamentárias e cabe ao administrador público o dever de observar as autorizações e respeitar os limites impostos nestas leis.

Porém, existem limites no âmbito das receitas e das despesas públicas, como por exemplo, o limite imposto pelo art. 198, § 2º, que determina um percentual para aplicação em ações e serviços de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deste modo, podemos entender que não há liberdade para o legislador nem para o administrador incluir no sistema de planejamento o que bem entender, não possuindo assim, discricionariedade para dispor dos recursos.

Porém, o administrador público terá que estabelecer prioridades. Os gastos com a publicidade governamental, por exemplo, não podem ser superiores aos investimentos com saúde e educação, já que estas áreas representam maior importância e não podem sofrer com a carência de recursos.

O STF, no AI 734487¹¹ bem como no AI 674764 já transcrito no capítulo da reserva do possível, firmou a orientação de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode

¹¹ “BRASIL. STF. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER

determinar que a Administração pública implemente políticas públicas para garantir o acesso à saúde que é uma garantia constitucional indisponível. (BRASIL, 2010).

Posto isso, podemos observar a possibilidade de justiciabilidade das políticas públicas quando o direito previsto Constitucionalmente não estiver sendo assegurado devidamente.

Portanto, o cidadão poderá ingressar com demanda judicial para reclamar seu direito e impor a realização de uma política pública como forma de garantir o seu acesso à saúde, não violando assim o princípio da separação dos poderes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o direito fundamental à saúde é um direito social, em uma dimensão prestacional, ou seja, positiva, logo dependem de alocação de verbas públicas para sua implementação. Porém, são normas que a doutrina costuma caracterizar como programáticas, já que são dependentes de formulação de políticas públicas para sua efetivação, ou seja, subordinam-se à alocação de recursos.

O mínimo existencial de prestação de saúde corresponde à dignidade da pessoa humana e é um direito intrínseco do cidadão, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito fazer o uso do princípio da proporcionalidade, e com base nos critérios de hermenêutica definir os direitos essenciais que devem ser prestados, com a supremacia da dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º, §1º da CF/88 prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Conforme os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2007) esse dispositivo constitucional também se aplica aos direitos sociais, já que a referida norma não se refere a uma categoria específica de direitos fundamentais, mas, genericamente, a direitos e garantias fundamentais, entre os quais se inserem os direitos sociais.

DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a 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. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (BRASIL, 2010).

Deste modo, como a Constituição não faz qualquer distinção entre as categorias dos direitos fundamentais, a regra da aplicabilidade imediata também se refere aos direitos sociais.

Sendo assim, o Estado deve maximizar a efetivação destes direitos com a implementação de medidas necessárias a sua realização, sendo de qualquer ente federativo a responsabilidade para efetivá-las, cabendo ao judiciário a atuação na garantia destes direitos sociais quando estes forem infringidos.

Como se pode observar, a efetivação dos direitos fundamentais sociais poderá ser alcançada com a construção de uma ordem econômica justa e eficiente, buscando-se obter um bom ambiente econômico que auxilia na garantia de que os limites da reserva do possível sejam atenuados.

O controle judicial das políticas públicas encontra-se respaldo constitucional, já que os direitos sociais são enquadrados como aplicáveis imediatamente (art. 5º, §1º da CF/88) enquadrando-os ainda como cláusulas pétreas, além de definir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir os riscos sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88).

Ademais, mesmo sendo do poder executivo e do legislativo a escolha de como e onde investir os recursos públicos, essa escolha não é livre, devendo seguir as prioridades constitucionais.

Sendo assim, em análise ao texto constitucional temos com prioridade a garantia dos direitos fundamentais, portanto, as políticas públicas devem atender a garantia destes direitos e se isso não ocorrer, caberá a intervenção do poder judiciário, o que não viola o princípio da separação dos poderes.

A reserva do possível é uma teoria alemã utilizada pelo Estado e aplicada pela jurisprudência para justificar a impossibilidade de se garantir todos os direitos ao mesmo tempo, já que os recursos estatais são escassos e devem ser aplicados de acordo com o programa político de cada Governo.

Mas como o orçamento pode ser questionado, cabe ao judiciário a atuação na efetivação dos direitos, já que a omissão estatal na prestação do direito à saúde não pode ser favorecida, uma vez que o mínimo existencial deve se sobrepor a essa reserva.

Como a Constituição Federal de 1988 possui força normativa e os direitos por ela assegurados, inclusive os colocados como meramente programáticos, devem ser efetivados dentro da razoabilidade, não se podendo permitir que nos dias de hoje o Judiciário seja conivente com a inércia dos outros poderes no que atine à efetivação dos direitos assegurados

por nossa Constituição, temos que, o acesso à saúde não deve ser encarado como norma meramente programática, sem carga jurídica de efetividade, sob pena de desconsiderarmos toda a força normativa da Constituição.

Problemas concretos deverão ser resolvidos levando em consideração todas as perspectivas que os direitos sociais envolvem, sendo necessário juízo de ponderação neste contexto de conflitos entre princípios e diretrizes políticas, ou em outras palavras, entre direitos individuais e bens coletivos.

Porém, se faz necessária a supremacia do direito de garantia à saúde, por meio da efetivação das políticas públicas, uma vez que como o mínimo existencial corresponde aos direitos mais fundamentais da pessoa humana, para a garantia mínima da dignidade da pessoa humana, ou da vida digna, em relação a esses direitos, não seria oponível a cláusula da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed, atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1990.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8080.htm>>. Acesso em: 22 de abr. 2011.

_____. TJPR. MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PSORÍASE. DOENÇA GRAVE. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO. 1. A vida e a saúde são direitos fundamentais do cidadão, os quais pela natureza que ostentam são indisponíveis, ao mesmo tempo em que é dever do Estado em garanti-los aos seus súditos. 2. Assim, constitui direito impostergável do cidadão o direito de receber assistência farmacológica por parte do ente público. 3. Precedentes do STJ. 4. Segurança concedida. Mandado de Segurança: MS 6189071 PR 0618907. Relator(a): Rosene Arão de Cristo Pereira. Julgamento: 13/04/2010. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível em Composição Integral. Publicação: DJ: 379.

_____. TJDF. REMESSA OFICIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. INTERNAÇÃO EM UTI ÀS EXPENSAS DO DISTRITO FEDERAL. DIREITO FUNDAMENTAL. ISONOMIA. IMPESSOALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. 1. É dever do estado e direito do cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, que se constitui em vetor fundamental à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Na esteira dos precedentes jurisprudenciais desta corte, é assegurado ao cidadão o direito líquido e certo de ter uma prestação integral dos serviços públicos de saúde, aí incluindo a internação em uti de nosocômio público ou p articular, em obediência às garantias fundamentais consagradas pela constituição federal. 3. É dever do poder judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente. 4. Inexiste violação aos princípios da isonomia e impessoalidade, quando devidamente comprovado ser especial a situação do jurisdicionado, necessitando de internação para o tratamento de sua saúde. 5. Remessa oficial conhecida e não provida. Processo: 346733520098070001 DF 0034673-35.2009.807.0001 Relator(a): Sandoval Oliveira. Julgamento: 02/02/2011. Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 08/02/2011, DJ-e Pág. 86).

_____. TRF5. CONSTITUCIONAL. CIRURGIA DE IMPLANTE DE ANEL INTRA-ESTROMAL (ANEL DE FERRARA). DIREITO DE TODOS À SAÚDE (ART. 196, CF/88). DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. DIREITO À VIDA. I. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos, pelo que a garantia ao direito à saúde é dever de todos. II. Compete ao Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária e ao tratamento de suas patologias. III. Agravo improvido. AG/82659 – 4ª TURMA – Rel. Des. Marco Bruno Miranda Clementino – DJ 07/07/2008.

_____. STJ. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde -SUS é de

responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ. 2. O reconhecimento, pelo STF, da repercussão geral não constitui hipótese de sobrestamento de recurso que tramita no STJ, mas de eventual Recurso Extraordinário a ser interposto. 3. A superveniência de sentença homologatória de acordo implica a perda do objeto do Agravo de Instrumento que busca discutir a legitimidade da União para fornecimento de medicamentos. 4. Agravo Regimental não provido. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AgRg no Ag 1107605 SC 2008/0230114-8. Relator(a): Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 03/08/2010. Órgão Julgador: T2 - segunda turma. Publicação: DJe 14/09/2010).

_____. STF. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a 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. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 734487 PR. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 03/08/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010.

_____. STF. Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido. STF. AI 674764 AgR / PI - PIAUÍ Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 04/10/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-205 Divulg 24-10-2011. Public 25-10-2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

CIRADS. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046&id_siste=1180>. Acesso em: 07 set. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Jus Podium, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991

JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: Mohr, 1892. (reimp. Eibron Classics, s/d)

LEAL, Rogério Gesta. **Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In* **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. XXX-XXX.

SIAFI. **Lei Orçamentária Anual**. Disponível em: http://stn.gov.br/siafi/atribuicoes_01_03.asp. Acesso em: 12 out. 2011.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4º. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang; BARCELOS, Ana Paula de. [et al.] (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição**. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.