

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: “CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Bruno Cortez Gomes da Silva¹

Antônio Vaz Pereira do Rêgo Neto²

RESUMO

O presente artigo científico versa sobre a problemática da judicialização do direito à saúde nos nossos Tribunais à luz da Constituição Federal e das Leis Orgânicas nº 8.080/90 e 8.142/90 e Lei Complementar nº 141. Discorre, inicialmente, sobre o conceito de Constituição e sua historicidade e hermenêutica. Sendo abordado, em seguida, os direitos fundamentais e seus princípios, bem como os direitos sociais à saúde. Para compreender o real alcance deste fenômeno, faz-se necessário uma análise sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), e um breve estudo sobre o número excessivo de demandas judiciais, a intervenção do judiciário na concretização das políticas públicas, além de examinar a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, assim como o princípio da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos sociais à saúde. Sistema Único de Saúde. Reserva do possível. Mínimo existencial.

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: “CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS”

ABSTRACT

This scientific paper presents the issue of the judicialization of the right to health in our Courts, under the light of the Federal Constitution, the Organic Laws n. 8.080/90 and 8.142/90 and the Complementary Law n. 141. Initially, the discussion centers in the concept of Constitution, its history and hermeneutics. Next, the fundamental rights and its principles, as well as the social rights to health are approached. To fully comprehend the real scope of such phenomenon, it also becomes necessary to analyze the Unified National Health System (SUS) and briefly study the excessive number of judicial demands, the Judiciary's interventions in the concretization of public policies and, finally, examine the joint liability of the Union, States and Municipalities, the principle of the limits of the possible and the guarantee of the existential minimum.

Key-words: Social rights to health. Unified Health System. Limits of the possible. Existential minimum.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: bruno_cgs@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: antonio vaz@antonio vaz.com.br

1. INTRODUÇÃO

A intervenção do Poder Judiciário para a concretização do direito social à saúde, embora não seja um assunto recente na doutrina e jurisprudência, ainda provoca preocupações quanto ao impacto dessas decisões judiciais na ordem econômica e social do país.

Aludida judicialização, consiste no ato do indivíduo buscar o Judiciário para pleitear o reconhecimento e concretização dos direitos elencados na Constituição Federal, o qual deveria ter sido realizado pelos demais Poderes da República. Entretanto, tais Poderes são omissos, falhos, quanto a efetivação de políticas públicas de saúde, que se encontram ineficientes e insuficientes.

Nesse contexto, os cidadãos têm buscado o auxílio do Poder Judiciário para força-los a cumprir os seus deveres, gerando uma obrigação positiva perante os entes federativos, seja através do fornecimento de medicamentos, tratamentos, ou de internação num leito hospitalar.

Em contrapartida os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) tentam demonstrar que a saúde pública é eficiente, e que atende ao número máximo de pessoas, de acordo com as possibilidades materiais de que dispõem, justificando-se através do princípio da reserva do possível.

Diante desse embate, o objetivo deste artigo é enfatizar o direito à saúde, que está intimamente ligado ao direito à vida, e atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, destacando os principais obstáculos e os limites do Estado na promoção e garantia universal dessa direito, sobretudo no que se refere ao mínimo existencial.

A metodologia que foi utilizada é do método teórico, com lógica dedutiva e indutiva, por meio do artigo de revisão bibliográfica de obras doutrinárias, artigos jurídicos, bem como de pesquisa de jurisprudência nacional referentes ao tema.

2. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição é considerada a Lei Maior de uma sociedade politicamente organizada. A partir dela se estabelece e organiza uma sociedade, delimita o poder político do Estado, e garante os direitos fundamentais ao povo.

Em sua obra, Alexandre de Moraes conceitua Constituição como:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 06)

No entanto, existem várias concepções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”, dentre as quais estão o sentido sociológico, sentido político e sentido jurídico. O primeiro sentido, tem como percussor Ferdinand Lassale, em seu livro *¿Qué ES una Constitución?*, afirmou que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder em vigor em uma determinada sociedade, ou seja, a Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, e caso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se apenas como uma “folha de papel”. Já o sentido político, desenvolvido por Carl Schmitt, a Constituição seria o conjunto das decisões políticas fundamentais do titular do poder constituinte, não se confundindo com lei constitucional, que seria os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional. Por fim, o sentido jurídico, representado por Hans Kelsen, aloca a Constituição no mundo do “dever ser”, e não do “ser”, defendendo que o direito deveria se preocupar com as normas jurídicas e não com os fatos. Para Kelsen, a Constituição se divide em dois sentidos: o plano lógico-jurídico que seria a norma fundamental hipotética, tendo como o plano do suposto; e o plano jurídico-positivo, que seria a norma posta, positivada. Seria, portanto, a norma suprema, que teria como fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.

Alguns doutrinadores, complementando o conceito de Constituição, entendem, também, que esta pode ser definida tomando-se o sentido material e formal. Para Pedro Lenza, no ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi aquela norma introduzida no ordenamento jurídico. Enquanto que o critério formal, não mais interessará o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a norma constitucional serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento³. O doutrinador Paulo Bonavides, tratando do assunto, diferencia o conceito material do formal, afirmando que o primeiro seria o conjunto de normas pertinentes à organização do Poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de

³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

governo, aos direito da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da constituição. Enquanto que o segundo, conceito formal, seria normas de aparência constitucional, que estão no corpo da Constituição exclusivamente por terem sido lá inseridas pelos processos formais, mas que não se referem aos elementos básicos ou institucionais da organização política, não dizem respeito aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, à natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade⁴.

2.1. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA

O Brasil teve como sua primeira Constituição, a Constituição Política do Império do Brasil, que sofreu considerável influência da francesa de 1814, e foi outorgada em 25 de março de 1824. Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, unitarismo e absolutismo, devido a criação do Poder Moderador. O imperador, que era o titular desse direito, nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, nomeava e demitia livremente os Ministros de Estados, além de suspender os magistrados. Já que o próprio art. 98 dessa Constituição estabelecia que “o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”.

Já no final do século XIX a Monarquia estava enfraquecida. Somando-se aos fortes entraves com a Igreja Católica, ocorreu sua decadência, e com isso a República foi proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, em 15 de novembro de 1889. Entre 1889 e 1891 se instalou no Brasil o Governo Provisório com o objetivo de consolidar o novo regime e promulgar a primeira Constituição da República, sendo esta promulgada em 1891 sob forte influência da Constituição norte-americana de 1787, na qual confirmou o federalismo, com o sistema de governo presidencialista, concedeu autonomia aos estados, consagrou a tripartição dos poderes, e garantiu diversos direitos e garantias fundamentais.

Com a Revolução de 1930 deu-se fim a chamada *República Velha*, instituindo o Governo Provisório comandado por Getúlio Vargas. Os diversos movimentos sociais por

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed, São Paulo: Malheiros, 2003

melhores condições de trabalho e a crise econômica de 1929 influenciaram para uma nova Constituição a de 1934 que por sua vez sofreu forte influência da Constituição de Weimar, evidenciando, assim, os direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social). Ocorre que em 1937, o presidente da República, dando um autogolpe, outorgou uma nova Constituição ao país, com uma feição ditatorial, que ficou conhecida com *Carta Polaca* devido à semelhança com a Constituição fascista da Polônia de 1935. Nessa Lei Maior, o Governo fechou o Parlamento e manteve amplo domínio do Judiciário, e os direitos fundamentais foram enfraquecidos.

Após a entrada na guerra, na qual o país apoiou os “Aliados”, Vargas perdeu importante apoio, cominando em sua queda do poder. O executivo passou a ser exercido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro José Linhares, que, dentre importantes atos, atribuiu poderes constituintes ao Parlamento para a elaboração de uma nova Constituição, vindo o texto promulgado no ano de 1946. Esse novo texto, tratava-se da redemocratização do país. Nela estabeleceu a separação e harmonia dos poderes e procurou harmonizar o princípio da livre iniciativa com o da justiça social.

Todavia, as Forças Armadas e os setores conservadores da República não queriam que o vice-presidente João Goulart assumisse a presidência, sob o argumento de que ele era esquerdista. Deste modo, “Jango” foi derrubado por um movimento militar eclodido em 1964, tendo sido acusado de estar a serviço do “comunismo internacional”. E com o Regime Militar instaurado no poder, veio a Constituição de 1967, que concentrou o poder no âmbito federal e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Os militares enquanto estavam no poder, reduziram as liberdades individuais e coletivas e suspenderam direitos e garantias constitucionais. Entretanto, passados alguns anos, o poder militar foi se enfraquecendo, e já no governo do General João Batista de Oliveira Figueiredo, o último do ciclo militar, a população foi às ruas para exigir a redemocratização do país, com movimentos conhecidos como “Diretas Já”. Devido toda a pressão social, o Congresso elegeu, ainda de forma indireta, Tancredo Neves, tendo como vice José Sarney, que logo assumiu a presidência devido a morte do então Presidente eleito Tancredo Neves.

José Sarney em seu mandato convocou uma Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição Federal de 1988, possuindo como fonte de inspiração a Constituição portuguesa de 1976 e fortemente influenciada pelo constitucionalista J. J. Gomes Canotilho. A Carta Magna de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, devido a ampla participação popular durante a sua elaboração e a constante busca de efetivação da

cidadania, redemocratizou o país, com importantes avanços no reconhecimento de direitos e garantias individuais e coletivos.

Essa Constituição Federal está em vigência até o presente momento, e já sofreu, além das Emendas de Revisão, 74 alteração através das Emendas Constitucionais. Saliente-se que desde o seu preâmbulo, aponta que o Estado Democrático de Direito instituído no âmbito da República Federativa do Brasil tem como objetivo maior “[...] assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Observa-se que além de enaltecer os direitos e garantias fundamentais, como também dos direitos sociais e econômicos, a Carta Cidadã buscou estabelecer a concretização e fruição de tais direitos pelos cidadãos, dando consecução da garantia de uma vida digna. Além do mais, nela, houve a preocupação do Estado em garantir que os entes públicos executem medidas a fim de consolidar o Direito à saúde. Para tanto, reconheceu a saúde como direito social, conforme se depreende o artigo 6º, como elencou nos artigos 196 a 200 os princípios informativos e as normas instituidoras do Sistema Único de Saúde.

2.2. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito constitucional apresenta hoje um grande avanço, devido ao fato, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões⁵.

Não existe um consenso quanto a nomenclatura dos direitos fundamentais, já que essa expressão não é a única existente no direito constitucional e na própria Constituição Federal de 1988, utilizando termos diversos ao se referir a tais direitos, a exemplo do que se verificam no Preâmbulo – direitos sociais e individuais; nos art. 5º - direitos e garantias fundamentais; art. 5º, inciso LXXI – direitos e liberdades constitucionais; art. 17, *caput* – direitos fundamentais da pessoa humana; art. 60, § 4º, inciso IV – direitos e garantias individuais, dentro outras expressões.

Todavia, podem ser definidos os *Direitos Fundamentais* como sendo 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

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 135.

limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.⁶ É incontestável o fato de que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à sobrevivência digna do ser humano.

Nesse contexto, o Estado pode ser obrigado a fazer algo (direitos de *status positivus*) ou abster-se de atuar em determinadas situações (direitos de *status negativus*). A categoria dos direitos positivos, podendo ser chamada também de direitos “sociais” ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana, como melhorar suas condições de vida, e garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade. Enquanto que a categoria dos direitos negativos, chamada de pretensão de resistência à intervenção estatal, trata-se dos direitos fundamentais, na função de direitos de defesa, atuando como limites ao poder do Estado.

Com relação ao direito à saúde, este pode ser qualificado como um direito fundamental, e nesse diapasão, José Afonso da Silva⁷ em uma de suas obras afirma:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. [...] Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: uma, de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

Para assegurar tal direito fundamental, os indivíduos estão buscando cada vez mais o Poder Judiciário, incidindo assim na judicialização do direito à saúde. Todavia, para alguns doutrinadores alegam que esse Poder não pode adentrar demasiadamente na discricionariedade da Administração Pública. Ocorre que o caso em análise repercute em clara matéria constitucional, e não em cabimento administrativo, já que está por violar os direitos fundamentais como a vida e a saúde e, já que a própria Administração foi a violadora de tais direitos, seja pela sua omissão ou por sua atual postura positiva de se negar à prestação aos

⁶ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 40.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional Positivo. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 311 e 312.

serviços de saúde à população, cabe ao Judiciário sanar tais afrontas a Carta Magna. Neste sentido, ensina o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ que:

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado.

Deste modo, é imprescindível uma atuação jurisdicional que venha a sanar as dificuldades impostas pela administração pública aos cidadãos, já que a nossa Constituição, no seu artigo 5º, §1º, edita a regra da “aplicabilidade imediata” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A *hermenêutica jurídica* é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A *interpretação* é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato⁹.

Não existe a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Logo, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis, não tolerando as antinomias, que, caso apareçam, buscar-se-á a solução do aparente conflito através de uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais, já que a Constituição Federal é considerada a lei suprema do Estado, é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, assim devemos decifrar o seu alcance, para definir a abrangência de uma norma infraconstitucional. Diante dessa supremacia, decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado, caso seja incompatível com a Constituição.

A interpretação constitucional tem como objetivo determinar os significados das normas que integram a Constituição formal e material do Estado. Cabendo, portanto, ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Essa

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 88.

⁹ BARRO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Edição, ed. Saraiva. São Paulo. 2009, p. 107.

interpretação deverá buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Insta salientar que o Direito existe para regular comportamentos baseado em valores e esses valores estão em uma contínua mudança, com isso, as regras geralmente mudam para adequar-se aos novos tempos. Apesar de sua forma mais rigorosa para alteração, as normas fundamentais também estão sujeitas às alterações previstas pelo próprio Poder Constituinte Originário, podendo ser formal, na qual há mudanças na própria letra da lei, como por exemplos as Emendas Constitucionais. Ou informal, que é chamada de mutação constitucional. As mutações não seriam as alterações físicas, mas apenas alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional, surgindo a partir do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional na aplicação a um caso concreto.

Sendo assim, a interpretação constitucional serve-se das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da Constituição, de natureza instrumental que funcionam como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material. Estes princípios instrumentais são os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade¹⁰.

4. DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE

Os direitos sociais são considerados direitos de segunda dimensão, e apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para seus direitos, bem como concretizar a isonomia substancial e social na busca de melhores condições de vida.

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais podem ser caracterizados como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao

¹⁰ BARRO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Edição, ed. Saraiva. São Paulo. 2009, p. 387.

indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos¹¹.

Esses direitos sofreram forte influências dos paradigmas da Constituição de Weimar, e da Constituição mexicana de 1917, no direito brasileiro, desde 1934 os direitos econômicos e sociais foram incorporados ao texto constitucional, embora em número reduzido e sem eficácia historicamente demonstrada.

Nos termos da atual Carta Constitucional, elencados em seu art. 6º (inserido no Título II – “Dos direitos e garantias individuais”), são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Dentre esses direitos, está o direito à saúde, objeto desse estudo. Estimulados pelos movimentos de redemocratização do país, o legislador além de elencar esse direito entre os direitos sociais consagrados no art. 6º, estabeleceu no art. 196 da Carta Magna, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Igualmente, o artigo 2º. da Lei n. 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde, prescreve que:

“Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

É inegável que a classificação do direito à saúde como direito fundamental indica a intenção do Estado de promover o seu acesso a todos indistintamente, com redução das desigualdades sociais e cumprimento do primado constitucional da igualdade.

Interpretando a parte final do art. 196, da Constituição Federal de 1988, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra conclui:

“Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer a respeito a atos concretos como a políticas e ações

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.

administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.” (MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 624).

Ainda que a nossa Constituição imponha ao Poder Público a competência para criação e execução de políticas de saúde, conforme expressa o art. 23, numa perspectiva de alcance coletivo, não se pode deixar de observar que a ausência de tratamento de doenças pode atingir a vida humana, de modo que se impõe prevenir mediante ações programáticas, e curar as doenças de prestações positivas com fornecimento gratuito de medicamentos e procedimentos médicos, principalmente quando a pessoa for hipossuficiente financeiramente, sem condições de se tratar com recursos próprios.

Observa-se, pois, que os direitos sociais, em especial o direito à saúde, não devem ser considerados apenas como normas declaratórias, sob pena de se tornarem, como bem advertiu o Ministro do Supremo Federal, Celso de Mello, “promessa constitucional inconsequente¹²”.

Dessa forma, o direito à saúde, como garantia de todo e qualquer ser humano, tem por finalidade o respeito à dignidade do homem, mediante a proteção contra o arbítrio do poder estatal, bem como com o estabelecimento de condições mínimas de vida e bem-estar social. Assim sendo, esse direito, em seu aspecto individual ou coletivo, deve ser reconhecido e respeitado por toda e qualquer autoridade, seja ela pública ou privada.

12 [...] O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 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 irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...]. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial de n. 393175. 2ª. Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça de 02 fev. 2007.

4.1. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a sistematização da rede pública de saúde, e foi regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população e com intuito de promover a universalidade e a integralidade dos serviços.

O art. 198¹³ da nossa Carta Magna institucionalizou o Sistema Único de Saúde (SUS) como garantia constitucional fundamental. O legislador estipulou os princípios pelos quais se estrutura este sistema e os objetivos a que deve atender.

Além disso, o Portal da Saúde do Governo Federal¹⁴ afirma que o Sistema Único de Saúde tem como meta tornar-se um importante mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidades, independente do poder aquisitivo do cidadão. O SUS se propõe a promover a saúde, priorizando as ações preventivas, democratizando as informações

¹³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

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

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

¹⁴Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627. Acessado em 30 de setembro de 2013.

relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à sua saúde. O controle da ocorrência de doenças, seu aumento e propagação - Vigilância Epidemiológica, são algumas das responsabilidades de atenção do SUS, assim como o controle da qualidade de remédios, de exames, de alimentos, higiene e adequação de instalações que atendem ao público, onde atua a Vigilância Sanitária.

Acrescente que, do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros, bancos de sangue, além de fundações e institutos de pesquisa. Através desse Sistema, todos os indivíduos, indistintamente, têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS (públicas ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde), inclusive com assistência terapêutica integral e fornecimento gratuito de medicamentos, seja ele brasileiro nato ou estrangeiro residente no país, seja ele com poucos recursos financeiros ou não.

Essa destinação do SUS à todos os cidadãos é financiado com recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais pagos pela população e compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal. Tal financiamento foi efetivado com a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, e dispõe em seu art. 5º, *caput*, que, anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Já o art. 6º da referida Lei determina que os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos que tratam o art. 157, a alínea *a* do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal. Enquanto que o art. 7º afirma que os Municípios e Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea *b* do inciso I do *caput* e o 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

O setor privado participa do SUS de forma complementar, através de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento à população local.

Neste diapasão, o art. 200 da atual Constituição Federal afirma que ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras contribuições, nos termos da lei, controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar

a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Corroborando a Constituição Federal de 1988, bem como as Leis Orgânicas supracitadas, o Ministério da Saúde, no ano de 2006, apresentou uma Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde¹⁵, que asseguram aos cidadãos, o ingresso digno nos sistemas de saúde, sejam eles públicos ou privados, na qual se baseia em 06 (seis) princípios básicos de cidadania, quais sejam: 1. Todo cidadão tem direito ao acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde; 2. Todo cidadão tem direito a tratamento adequado e efetivo para seu problema; 3. Todo cidadão tem direito ao atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação; 4. Todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos; 5. Todo cidadão também tem responsabilidades para que seu tratamento aconteça da forma adequada; 6. Todo cidadão tem direito ao comprometimento dos gestores da saúde para que os princípios anteriores sejam cumpridos.

A Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90 também estabelece em detalhes os objetivos institucionais do SUS, assim dispondo:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Em síntese, tem-se que o Sistema Único de Saúde trouxe como principal progresso o fortalecimento da rede pública através de fontes vinculadas de financiamento público. Contudo, não se pode deixar de observar que a universalidade, a integralidade e a gratuidade no atendimento, aliados à justiciabilidade crescente do direito à saúde, têm demonstrado que o Sistema Único de Saúde ainda se mostra ineficiente e deficitário, faltando, por exemplo, equipamentos, medicamentos e leitos em hospitais. Isso ocorre devido, principalmente, ao

¹⁵ Brasil. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 8 p. (Série E. Legislação de Saúde).

poucos recursos destinados ao SUS, assim como o desvio de parte desses recursos, ocasionando na falta de investimentos necessários para atender a demanda populacional.

4.2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS

O federalismo acolhido pela Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 23, inciso II¹⁶ que a competência com relação a saúde pública é solidariedade entre os entes federativos. No mesmo diapasão, o art. 30, inciso VII, da CF estabelece que compete aos Municípios, mediante cooperação técnica da União e do Estado, prestar serviços de saúde à população.

O art. 198, da mesma Constituição, previu a criação de um sistema único de saúde e em seu § 1º definiu que o financiamento se daria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Assim, mesmo que nossa Carta Magna tenha imposto responsabilidade solidária aos entes públicos para a prestação dos serviços de saúde, o indivíduo ao impetrar uma ação judicial para a prestação desses serviços, seja para fornecimento de medicamentos, internação, ou realização de exames ou cirurgias, por exemplo, não necessariamente tem que ingressar em desfavor de todos os entes, uma vez que a formação do litisconsórcio passivo, neste caso, é facultativa, e não obrigatória.

Desta feita, a solidariedade se refere a uma dependência existente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, compondo um sistema único, de modo que, se um desses entes não for capaz de prover as necessidades da população, a obrigação deve ser assumida pelos outros entes públicos.

Corroborando o entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem decidido:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido”. (Ag. Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 738.729, Rio Grande do Sul, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Relatora : Min. Rosa Weber. Julgado em 25/06/2013).

¹⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido’ (Ag. Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 607.381. Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 31/08/2011).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, decidiu:

“AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE REJEITOU O RECURSO COM FULCRO NO ART. 557 DO CPC. APELO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTE TRIBUNAL. REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO. ALEGADO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ESTADO QUE PODE FIGURAR ISOLADAMENTE NO POLO PASSIVO. OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. INADMISSIBILIDADE. PODER PÚBLICO QUE DEVE PRIORIZAR O ATENDIMENTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A responsabilidade para realizar exames clínicos na parte hipossuficiente é solidária entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, de forma que o polo passivo pode ser integrado por um, alguns ou todos os entes federativos a critério do demandante. 2. O direito à saúde (artigos 6º e 196, CF) representa consequência constitucional indissociável do direito à vida (art. 5º, caput, CF), que está capitulado no rol dos Direitos Fundamentais, os quais devem ser tratados com prioridade pelo Poder Público, não podendo se furtar em garantir-lhes alegando a reserva do possível como fundamento. 3. A matéria desafiada no agravo

diz respeito à realização de exame médico, por outro lado, o paradigma tratado em sede de repercussão geral corresponde à medicamento de alto custo, ou seja, não guardam qualquer identidade. 4. É imperiosa a necessidade de se afastar a sobreposição do princípio da legalidade orçamentária ao direito à vida e à saúde, visto que tratando-se de direito subjetivo inalienável prevalece sobre todo e qualquer interesse financeiro, econômico, por conseguinte, secundário do Estado. 5. Precedentes do STF (ARE 741566 AgR, Rel^a. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, j. 25/06/2013, RE 724292 AgR/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1^a T, j. 09/04/2013 e RE 716777 AgR/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, 2^a T, j. 09/04/2013), STJ (AgRg no REsp 1284271/SC, Rel. Ministro Sérgio”. (Agravo Interno em Apelação Cível, nº 2013.007618-8/0001.00, 2º Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Relator: Des. Virgílio Macêdo Jr., Julgado em 10/09/2013).

Após a apreciação de diversos julgados, inclusive do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, como também do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a jurisprudência é praticamente unânime em determinar de forma solidária os entes federativos a prestarem serviços públicos referentes à saúde, através de fornecimento de medicamentos, a realização de procedimentos médicos e cirúrgicos, bem como de exames. De modo que qualquer desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demandas judiciais que objetivam a garantia do acesso à saúde para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

4.3. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA COM A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O princípio da reserva do possível consiste na necessidade de analisar a disponibilidade financeira e a capacidade jurídica dos entes federativos, já que estes possuem o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais – caracterizado pelo mínimo existencial, que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e exige que o Estado ofereça condições de eficácia plena na aplicabilidade destes direitos. Esse tema, se enquadra na eficácia dos direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento comina na implementação de prestações positivas, exigindo, em regra, a análise das possibilidades orçamentárias do Estado.

A reserva do possível teve origem na Alemanha, através do qual ficou decidido que os direitos sociais de natureza prestacional que envolvessem custos efetivos do Estado ficariam sujeitos à reserva da lei e à disponibilidade de recursos. Ou seja, demonstrava a ideia de que

os direitos sociais a prestações materiais se encontram limitadas à capacidade financeira do Estado, por se tratarem de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Atualmente, a reserva do possível é bastante debatida, tendo em vista a divergência doutrinária sobre o assunto. Para alguns doutrinadores, em restando comprovada a incapacidade financeira do Poder Público, a eficácia dos direitos sociais restaria comprometida na medida dos limites orçamentários dos entes federativo, sob a justificativa de que as não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais. Enquanto para outros, a aplicação incorreta de recursos públicos pelo Poder Público não poderia criar obstáculo à eficácia dos direitos sociais fundamentais, uma vez que devem ser preservadas as condições materiais mínimas de existência, já que devido a sua importância, a saúde constitui em um mínimo existencial. Logo, qualquer argumento de escassez de recursos financeiros, denominado de reserva do possível, configura em um óbice a efetivação do mínimo existencial à saúde, devendo ser refutada liminarmente.

Ocorre que, contrariando o entendimento majoritário da doutrina, a cláusula da reserva do possível vem se conformando como uma verdadeira cortina obscura, com o objetivo de afastar a responsabilidade estatal da efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração. Diante de tal fato, o Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, decidido que:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. [...] O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196 [...]. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental [...]. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. [...]. Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das

normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). [...] A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. [...]. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ. REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 314).

Adicione-se ao último entendimento que a indisponibilidade financeira para a efetivação desses direitos só pode ser considerada quando esgotadas as possibilidades de remanejamento de verbas orçamentárias, já que existem projetos públicos que podem ser adiados ou cancelados em virtude da garantia das condições mínimas para concretizar a dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, inúmeras têm sido as decisões judiciais, inclusive no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte¹⁷, determinando a realocação ou o bloqueio de verbas públicas para cumprimento da ordem judicial e, consequentemente, efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos definidos na Lei Complementar 141, não podem ser computadas “despesas relacionadas com outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população” (art. 2º, II). Essa norma possui grande impacto na atuação dos gestores públicos, pois doravante, para alcançar o patamar mínimo de despesas em saúde, não mais poderão considerar desembolsos de outra natureza.¹⁸

Ocorre que a reserva do possível não se restringe apenas com relação a ordem financeira do Estado, mas também a disponibilidade de leitos de internação, materiais, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde, fornecimento de medicamentos, entre outros.

Entende-se, que a concretização do direito social à saúde, não pode ser resultado de um juízo discricionário do legislador, de modo que a reserva do possível só pode prevalecer em detrimento do mínimo existencial, quando restar comprovada a real insuficiência do Poder Público. Destarte, ainda que o ente federativo disponha de recursos financeiros para executar

¹⁷ EMENTA:CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, SUSCITADAS PELO ESTADO APELANTE. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. DIREITO À SAÚDE. SENTENÇA QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. NECESSIDADE DO MATERIAL A FIM DE PROPORCIONAR MELHOR QUALIDADE DE VIDA AO AUTOR, PORTADOR DE PARALISIA INFANTIL. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. IRRELEVÂNCIA. PRETENSA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL. - O direito à saúde é assegurado constitucionalmente, garantindo-se através de ações necessárias à sua promoção. - Comprovada a patologia do autor-apelado, bem como a necessidade da medicação, conforme prescrição médica, imperioso dar efetividade ao direito à saúde, uma vez que se constitui decorrência da própria dignidade da pessoa humana. ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO OPOINABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.(...) (AgRg no REsp 1136549 / RS, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j em 08.06.2010). (Destaquei). EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA. - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ART. 461, § 5º, DO CPC - BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE. (Apelação Cível, nº 2013.002078-9, 2º Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Relator: Juiz Guilherme Cortez (convocado), Julgado em 06/08/2013).

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 627.

a ação, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha dentro dos limites do razoável, sendo imperioso que os recursos públicos sejam aplicados da melhor forma possível para atender ao maior número de pessoas. Deste modo, juntamente com a definição do mínimo existencial, não teria como atribuir ao Estado a prestação assistencial a alguém que não faça jus ao benefício, por possuir recursos financeiros suficientes para custear suas necessidades.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional nacional, determinaram expressamente que o direito à saúde tem caráter fundamental e social, sendo inerente ao direito à vida com dignidade, fazendo com que haja aplicabilidade imediata e o dever do Estado em concretizá-lo. Ocorre que, apesar da importância imposta ao referido direito, percebe-se que os Poderes que deveriam consolidá-los (Executivo e Legislativo) têm se mostrado omissos quanto a seus deveres, resultando em uma saúde pública precária e ineficiente, sendo incapaz de atender a demanda populacional.

Assim, judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser realizado. Através das demandas, o Judiciário, através de sanções, impõe ao Estado medidas para o cumprimento desse direito, seja por natureza negativa, ao se abster de qualquer ato que prejudique a saúde da população, ou por natureza positiva, quando determina o fornecimento de medicamentos ou de quaisquer outras prestações visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

Nesse contexto, as demandas judiciais têm construído novos paradigmas acerca da responsabilidade do Estado nas prestações de saúde. Ainda que se tenha, no âmbito interno do Sistema Único de Saúde, repartições de competências entre os entes públicos, a responsabilidade no fornecimento de tais prestações é solidária entre todas as esferas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em virtude da competência comum estabelecida na Carta Maior.

Ocorre que o Poder Público vem se utilizando do Princípio da Reserva do Possível, com o objetivo de afastar a responsabilidade estatal da efetivação desses direitos fundamentais, afirmando que seus recursos são limitados e que o Estado não possui condições de efetivar todas as políticas públicas necessárias para todos os cidadãos. Todavia, este princípio não deve ser tratado de forma absoluta para justificar a ausência de determinada política pública, sobretudo quando se referir ao direito à saúde. Insta salientar, também, que

tais argumentos não são suficientes para afastar essa judicialização, já que esse direito é considerado fundamental em nossa Constituição, prevalecendo sobre essas alegações.

Assim, pode-se concluir que o direito fundamental à saúde deve ser concretizado em respeito às garantias e aos princípios constitucionais, levando-se em consideração a realidade social, o bem comum e as peculiaridades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. **A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais**. Jus Navegandi. Abril 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12578/a-garantia-constitucionalmente-assegurada-do-direito-a-saude-e-o-cumprimento-das-decisoes-judiciais/1>>. Acessado em: 25 de setembro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2003

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acessado em: 05 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei Orgânica nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei Orgânica nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acessado em: 30 de setembro de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf>. Acessado em: 30 de setembro de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Carta dos direitos dos usuários da saúde** / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3126765&sReg=200600123528&sData=20070604&sTipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 10 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 738.729/RS. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4324230>>; Acessado em: 08 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 607.381/SC. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acessado em: 08 de outubro de 2013.

BRITO, Augusto Vieira Santos. **Judicialização razoável como meio de efetivar o acesso à saúde**. Jus Navegandi. Mar. 2002. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/21258/judicializacao-razoavel-como-meio-de-efetivar-o-acesso-a-saude/4>>. Acessado em: 10 de outubro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**, a busca pela efetivação de um direito fundamental. Jus Navegandi. Set. 2013. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3>>. Acessado em: 13 de outubro de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2013.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual do Direito Constitucional**. 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acessado em: 09 de setembro de 2013.

MELLO, Censo Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

OLIVEIRA, Edezio Muniz de. **Mutação Constitucional**. Âmbito-Jurídico. Jul., 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9813&n_link=revista_artigos_leitura>. Acessado em: 11 de setembro de 2013.

PESSOA, Eudes André. **A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro**. Âmbito-Jurídico. Jun., 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acessado em: 27 de setembro de 2013.

Portal da Saúde. SUS. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627>. Acessado em: 30 de setembro de 2013.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Agravo Interno em Apelação Cível nº 2013.007618-8/0001.00. Relator Des. Virgílio Marcedo Jr. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010006OT20010&nuSeqProcessoMv=10&tipoDocumento=D&nuDocumento=1110038&pdf=false>>. Acessado em: 11 de outubro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível, nº 2013.002078-9. Relator: Juiz Guilherme Cortez (convocado). Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010006B2R0000&nuSeqProcessoMv=26&tipoDocumento=D&nuDocumento=1080091&pdf=false>>. Acessado em: 11 de outubro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRUGILHO, Diogo Lima. **A inaplicabilidade da reserva do possível no estado democrático de direito brasileiro**. Âmbito Jurídico. Ago. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5033>. Acessado em: 05 de outubro de 2013.