

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

THATIANA EGGERS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
Reflexões sobre a tutela jurisdicional como meio de efetivação do direito
fundamental à saúde.**

**CURITIBA
2014**

THATIANA EGGERS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
Reflexões sobre a tutela jurisdicional como meio de efetivação do direito
fundamental à saúde.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof.^a Dra. Cibele Fernandes Dias

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

THATIANA EGGERS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
Reflexões sobre a tutela jurisdicional como meio de efetivação do direito
fundamental à saúde.**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de de 2014.

RESUMO

O direito fundamental à saúde impõe ao Estado uma prestação positiva imediata em favor de seus destinatários. O direito saúde consagrado constitucionalmente tem gerado discussões sobre os limites da responsabilidade do Estado e da atuação judicial em face do caso concreto. A falta de implementação de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais, bem como, a ausência da manutenção das já existentes tem ensejado a interferência do Poder Judiciário. Ao Poder Judiciário não cabe se recusar a analisar o direito social postulado, em contrapartida deve se precaver de decisões individualistas. É preciso racionalizar as discussões sobre as necessidades do Estado e suas reais possibilidades, minimizando a intervenção judicial, o que deve ser excepcional a partir de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos à Saúde; Dignidade da Pessoa Humana; Direito à Vida; Judicialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988...8	
1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana	10
1.3 Da reserva do possível e do mínimo existencial	14
2. O ESTADO E SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR A SAÚDE	22
2.1 Sistema único de saúde	27
3. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	31
3.1 A judicialização do direito fundamental à saúde.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal expressamente dispõe em seu art. 196 que a “saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Esse direito constitui pressuposto básico para que se possa usufruir dos demais direitos garantidos pelo Estado e, por consequência, ter uma vida digna.

O Poder Judiciário tem sido muito procurado por pessoas que tem por objetivo o acesso a cirurgias, medicamentos, tratamentos médicos e outros. Assim, por meio de procedimentos judiciais comuns, as pessoas tem buscado individualmente a efetivação de interesses diretamente relacionados ao direito à saúde, seja pela falta de implementação, seja pelo não investimento na continuidade de um serviço público e/ou política pública já disponível.

Os titulares dessas garantias estão amparados pelo Estado Democrático de Direito o qual tem como premissa a dignidade da pessoa humana – núcleo essencial dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais abrangem a liberdade, vista como a autonomia da vontade, o direito de cada um definir seus próprios projetos existenciais; a igualdade, como direito a um tratamento de mesma dignidade para todas as pessoas, sem exclusões evitáveis e discriminações arbitrárias; o mínimo existencial, que compreende condições básicas de educação, saúde e renda que possibilitem o acesso a valores de uma sociedade civil. Esses preceitos constitucionais estão relacionados ao direito à saúde e a intervenção do Poder Judiciário nesses casos procura viabilizar a universalização da prestação do serviço de saúde.

No entanto, direitos fundamentais são cláusulas gerais que permitem uma multiplicidade de sentidos e ao mesmo tempo em que podem ser concretizados por meio de diferentes atos, podem ser ponderados para viabilizar, ao menos, o atendimento do mínimo existencial aos titulares de referidos direitos. Por isso é importante o papel do Juiz para viabilizar a concretização dos direitos postulados constitucionalmente.

Certo que nem todas as demandas judiciais envolvendo o direito à saúde podem ser resolvidas pelo Poder Judiciário, pois a análise do caso concreto requer a verificação das reais possibilidades financeiras do ente Público competente, a

apuração da necessidade de fornecimento do bem pleiteado por parte do Poder Público, bem como sua obrigatoriedade ou não no fornecimento desse bem. Isso porque, dependendo da decisão, além de gerar um impacto inesperado no orçamento público, poderá proporcionar uma efetivação da saúde predominantemente individual.

E assim considerando, analisa-se a ponderação de direitos de mesmo valor para a efetivação do direito social à saúde.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 consagrou o direito fundamental¹ à saúde ao relacioná-lo no rol dos direitos e garantias fundamentais.² Trata-se de direito social integrante dos “direitos fundamentais, dotados de normatividade e força vinculante, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam, ao menos, a aproximação da igualdade real.”³

O direito a saúde, como direito social previsto no artigo 6.º da Constituição, ressalta a importância desse tema ao abranger “um número indeterminado de pessoas, além do fato de que o qualifica, normativamente, como um direito fundamental, merecedor de maior proteção e poder de efetivação pelo Estado.”⁴

Adquiriu dimensão jurídica o tema referente à ordem social a partir do momento em que a Constituição Mexicana de 1917 disciplinou essa sistemática e outras constituições aderiram ao mesmo conceito. “No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a

¹“(…) direitos fundamentais podem ser conceituados como ‘todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).” (TJ-MG - AI: 10702100450254001 MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 05/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas /10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2013)

²“(…) DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.” (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-PP-00043)

³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, 217 p.

⁴ FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/1>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores.”⁵

O status de direito fundamental⁶ conferido à saúde decorreu da Constituição Federal de 1988. Prerrogativa esta que transcende a previsão constitucional, pois representa o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, sua própria essência, a proteção da vida do homem como razão de ser do ordenamento. A Constituição Federal ao elevar o direito à saúde ao patamar de direito fundamental possibilitou sua exigibilidade por meio de ações judiciais, que inicialmente tinham como conteúdo medicamentos para tratamento de HIV/AIDS.⁷

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à saúde como direito de todos; ao Estado impôs o dever de garanti-lo mediante políticas econômicas e sociais visando a redução do risco de doença e de outros agravos; e determinou o acesso à saúde de forma universal e igualitário com ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Os direitos sociais, “enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social.”⁸ São direitos dependentes de intervenção estatal, que somente “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”.⁹

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 287 p.

⁶ “[...] Saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município (art. 241, CE). Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da C. Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas. O artigo 196 da Constituição Federal não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação. Agravo desprovido. Unânime.” (Agravo de Instrumento Nº 70022756654, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 27/02/2008).

⁷ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cad. Saúde Pública**, vol.26, nº 1, Rio de Janeiro Jan. 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007 > Acesso em: 11 out. 2014.

⁸ MASSON, Nathalia, *op. cit.*, p. 215.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 77 p.

Convém transcrever o conceito de José Afonso da Silva sobre direitos sociais,

podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são 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 sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹⁰

Em especial

direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹¹

Os direitos sociais atuam como pressupostos ao exercício dos direitos individuais e da participação em um ambiente democrático, pois “não se pode dizer que um indivíduo é verdadeiramente livre se a ele não são garantidos os *pressupostos materiais mínimos* para o exercício dessa liberdade”.¹²

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade humana está diretamente relacionado com o conceito de direitos fundamentais e por consequência compreende também os direitos sociais. A referência à dignidade humana no art. 1º da Constituição Federal “parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os

¹⁰ SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, p. 288.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 205 p.

¹² FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>.> Acesso em 09 set. 2014.

individuais, clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”¹³ na medida em que a dignidade só se concretiza se forem respeitados os direitos fundamentais, cabendo ao Estado viabilizar e ampliar condições existenciais do exercício da liberdade para que as pessoas se tornem dignas.¹⁴

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como valor supremo e núcleo fundamental do ordenamento jurídico brasileiro reforçando a premissa a ser observada pelo Estado quando da efetivação de demais direitos.¹⁵ Do mesmo modo,

A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana. É a valorização das condições em que o ser humano nasce e se desenvolve no seu processo histórico-social. Aí, por que os valores da dignidade humana são realmente os valores fundantes da espécie humana. São constantes axiológicas que fundam a humanidade no processo histórico, valorizando as diferenças específicas que a definem, alçando a um plano superior de consideração as condições fundamentais da sua existência e realçando nesse plano as notas básicas da sua essência.¹⁶

Complementar a esse entendimento

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁷

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Brasileira** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 1º vol. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, 425 p.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Brasileira** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 1º vol. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, 425 p.

¹⁵ “(...) a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo pessoa.” (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043)

¹⁶ BARROS, Sergio Resende de. Noções sobre Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>> Acesso em 31 jul. 2014.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 60 p.

O direito à saúde, além de estar inserido nos direitos sociais, está previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. É, na verdade, um direito fundamental que visa proteger a vida¹⁸ (digna): o bem jurídico maior.¹⁹

Os direitos sociais como, por exemplo, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, devem ter o acesso garantido pelo Estado a quem deles precise a fim de disponibilizar as pessoas “uma vida condizente com a dignidade que lhes é indispensável”.²⁰

E por ser um direito social de segunda dimensão, impõe prestações positivas por parte do Estado com o intuito de que sejam, ao menos, asseguradas as

¹⁸ “(...) Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.”(ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043)

¹⁹ “(...) 2.- A necessidade de preservar o bem jurídico maior que está em jogo - a própria vida é motivo suficiente para afastar a alegação do Estado de dificuldades financeiras e disputas menores sobre legislação. 3.- Não pode um cidadão brasileiro ficar desamparado, ao lhe ser negado um direito seu constitucional que é o fornecimento de medicamentos que conforme entendimento jurisprudencial, é dever do Estado e direito de todos. 4.- A Autoridade Coatora (...) deve propiciar ao Impetrante ações e serviços indispensáveis, para salvar-lhe a vida e restituir a saúde. (...)” (TJ-ES - MS: 100020001721 ES 100020001721, Relator: ARIONE VASCONCELOS RIBEIRO, Data de Julgamento: 14/11/2002, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 19/12/2002)

²⁰COSTA, Monica Cristina da. A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Paraná, v. 28, n. 111, jul/set, 2011, Disponível em:<<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em 06 jul. 2014.

condições mínimas de existência digna. Dessa maneira, “é certo que o direito fundamental à vida permanece atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao acesso à saúde, pois a existência digna depende das prestações necessárias à preservação, manutenção e ao restabelecimento da saúde.”²¹ No mesmo sentido,

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.²²

E analisando esse aspecto é que reside o compromisso do Estado em

garantir um padrão de vida em que sejam respeitados os objetivos e fundamentos da República Brasileira, como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²³

Importa esclarecer que “o direito fundamental à vida deve ser entendido como o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais”.²⁴

A inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade são garantias conferidas pela Constituição Federal a todas as pessoas, sendo que

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo

²¹COSTA, Monica Cristina da. A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Paraná, v. 28, n. 111, jul/set, 2011, Disponível em: <<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em 06 jul 2014.

²²ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em 17 set. 2014.

²³COSTA, Monica Cristina da. A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Paraná, v. 28, n. 111, jul/set, 2011, Disponível em: <<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em 06 jul. 2014.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, 35 p.

ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.²⁵

No mesmo sentido, podemos afirmar que direito à vida “constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.”²⁶

Assim, considerando a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, notório é o dever conferido pela Constituição ao Estado no que se refere ao seu compromisso com a saúde.

1.3 Da reserva do possível e do mínimo existencial

a) Mínimo existencial²⁷²⁸

²⁵ MORAES, Alexandre de., *op. cit.*, p. 34.

²⁶ SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, p. 2013.

²⁷ “(...) as circunstâncias demonstram a presença de proteção ao direito fundamental da população de acesso à saúde. O que está em debate é o que se pode chamar de mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde, impondo-se medidas de eficácia objetiva a resguardar e promover o interesse público indisponível, tal como a de determinar que o Estado preste, imediatamente, a pretensão deduzida. (...). Nesse contexto, o direito à vida e o direito à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados e o agravado, por não possuir condição financeira suficiente para a aquisição do fármaco, necessita que o Estado garanta seu direito constitucionalmente previsto, nos termos do art. 196 da CF, Agravo desprovido. Decisão unânime.” (TJ-SE - AG: 2011208032 SE, Relator: DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 05/07/2011, 1ª.CÂMARA CÍVEL)

²⁸ E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO- -CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM

De origem doutrinária alemã, a expressão enuncia um “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.”²⁹

O mínimo existencial pode envolver valores relacionados ao direito à educação fundamental, alimentação, vestuário, acesso à Justiça, mas também necessidades básicas de saúde dos indivíduos.³⁰ No caso,

inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam – e.g., o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal - , necessitam – e.g., o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiologia, ginecologia etc. – ou provavelmente não de necessitar – e.g., o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outras. A lógica desse critério é assegurar que **todos** tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigi-lo como não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público. Isso, lembre-se, afóra tudo o que venha a ser decidido politicamente e judicializado pelos grupos eleitos a cada momento.³¹

Trata-se de um condutor que orienta as políticas públicas e os objetivos primários do orçamento, porque as demais pretensões devem ser avaliadas e ponderadas após sua concretização. Assim, os recursos públicos deverão ter como

COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013)

²⁹BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 202.p.

³⁰BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,305 p.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, vol. 1, n.1, p. 141-142, jul./dez. 2008.

destinação central e inafastável a intangibilidade dos direitos integrantes do mínimo existencial. Nesses termos,

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.³²

Ao cidadão não cabe esperar o impossível do Estado, do mesmo modo, o Estado não pode negar o mínimo existencial para aquele. Assim sendo,

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.³³

A dignidade humana enseja o respeito a uma efetividade mínima dos direitos sociais pelo Estado. No entanto, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, esse mínimo deve ser analisado caso a caso de acordo com princípios, valores, objetivos e demais preceitos constitucionais e legislação pertinente.

O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (reserva do possível), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social.³⁴

Dessa maneira, cabe analisar a cláusula da reserva do possível diante do mínimo existencial.

b) Reserva do possível

³² BARCELLOS, Ana Paula de., *op. cit.*, p. 245-246.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de., *op. cit.*, p. 197-198.

³⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

A efetivação dos direitos positivados na Constituição requer obrigações prestacionais por parte do Estado o que por consequência acarreta gastos econômicos. No entanto, com a estreita relação entre a realização dos direitos fundamentais e a realidade financeira econômica do Estado ligada a “recursos escassos e as necessidades sociais imensas, passou-se a compreender que o Estado, na sua tarefa de definir prioridades e determinar suas políticas públicas de alocação das verbas existentes, poderia alegar a cláusula de reserva do possível.”³⁵

Pelos poderes públicos pode ser apresentada essa limitação jurídico-fática “em razão de restrições orçamentárias que lhe impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, e também em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo.”³⁶

Nesse passo, “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”³⁷

Essa é a posição adotada pela doutrina alemã, que deu origem à teoria da reserva do possível. Em princípio, a discussão “não se relacionava direta e unicamente com as restrições de recursos materiais enquanto limites intransponíveis para a concretização do direito social, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.”³⁸

Entretanto, a doutrina do direito pátrio ao recepcionar essa teoria acabou por convertê-la em uma teoria da “reserva do financeiramente possível” porque considerou como limite à efetivação de direitos fundamentais sociais a insuficiência de recursos públicos.³⁹ Nesse sentido,

a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais 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,

³⁵ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 224.

³⁶ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 225.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 265 p.

³⁸ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 225.

³⁹ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 225.

desta não se poderá razoavelmente exigir(...) a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁴⁰

Essa teoria pode ser delimitada pela clássica tríplice dimensão alcançando:⁴¹

- a) A efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais;
- b) A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a determinação das prioridades na alocação das receitas;
- c) A proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Quanto à primeira dimensão, a disponibilidade fática de recursos deve ser analisada em face das demais demandas semelhantes àquela individual proposta, considerando que todas são igualmente válidas e dignas de tutela. Isso porque o Judiciário tende a ser mais generoso quando da análise de fatos isolados ao realizar a micro-justiça em detrimento da macro-justiça, que seria justamente a visão global do sistema, permitir aos demais em posição jurídica idêntica prestação jurisdicional semelhante.⁴²

No que se refere à segunda dimensão, a disponibilidade jurídica, há que se verificar as políticas públicas envolvendo o caso e os respectivos órgãos competentes para a sua formulação e efetivação a fim de orientar os gastos públicos para despesas prioritárias. A questão neste tópico discute sobre a viabilidade da intervenção judicial⁴³ como meio de efetivação dos direitos sociais nas hipóteses em que o Estado se mantém inerte frente às necessidades sociais.⁴⁴

⁴⁰ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 225.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 287 p.

⁴² MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 227.

⁴³ “(...) o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes Entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda. 2. A falta de recursos financeiros não constitui óbice à concessão de provimento judicial que dê efetividade a direitos fundamentais, não podendo servir de escudo para recusas de cumprimento de obrigações prioritárias. 3. Agravo Regimental do Município de Vitória de Santo Antão/PE desprovido.” (STJ - AgRg no AREsp: 516753 PE 2014/0114456-9,

E quanto à proporcionalidade da prestação requerida e sua real exigibilidade em face do Estado, analisa-se a cláusula da reserva do possível de forma simultânea a razoabilidade da pretensão individual e a disponibilidade financeira do Estado para torná-la efetiva. Em tal caso, adverte a doutrina que

a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial. Para os que defendem este ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. De acordo com a ponderação do publicista suíço J.P. Müller, falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.⁴⁵

Considerando esse sentido, a concretização de um direito fundamental encontraria na reserva do possível um limite fático e jurídico, uma vez que a realização desse direito estaria condicionada aos recursos públicos do Estado. E diante desse argumento, não seria possível a intervenção do Poder Judiciário para dar efetividade aos direitos fundamentais, neles incluídos o direito à saúde, tendo em vista a alegada ausência de recursos públicos para tanto. Sendo assim, “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.⁴⁶

No entanto, a posição predominante ressalta que a cláusula da reserva do possível⁴⁷⁴⁸ não pode ser usada pelo Poder Público como fundamento para frustrar e

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 21/08/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2014)

⁴⁴ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 227.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang., *op. cit.*, p. 286.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de., *op. cit.*, p. 237.

⁴⁷ “(...) não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas. 2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes. (...) o direito a saúde é assegurado a todos, como decorrência do direito à

inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. É preciso comprovar a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável para

vida, ambos direitos fundamentais com aplicação imediata (CF/88, art. 5º, § 1º), não se justificando a invocação do princípio da reserva do financeiramente possível, ainda mais quando há notícia de que os recursos públicos para a contratação dos profissionais da equipe multidisciplinar existem e já foram repassados.(...)” (TRF-1 - AC: 102 MT 2005.36.00.000102-6, Relator: JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 29/01/2013, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.519 de 05/02/2013)

⁴⁸ “Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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 (ADPF 45/DF, Rel.Min.Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004). 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, dolosamente, 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.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. (...) Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W.W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à saúde. Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (...) Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

alegar essa ressalva, especialmente quando “dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁴⁹

⁴⁹ ADPF nº 45, STF, Rel. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF.

2. O ESTADO E SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR A SAÚDE

O direito à saúde foi reconhecido de maneira internacional em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), e incorporado no direito brasileiro como direito à assistência em saúde apenas a trabalhadores com vínculo formal de trabalho, ou seja, contemplava somente aqueles que contribuíam para a previdência social, privando a maioria da população ao acesso às ações de saúde, restando a ela a prestação da assistência necessária por entidades filantrópicas.

Com a Constituição de 1988 ao Estado foi atribuída a obrigatoriedade e responsabilidade em oferecer saúde a todos presentes no território nacional, conforme consta da literalidade do texto constitucional:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁵⁰

É direito de todos porque é um direito subjetivo público individual e coletivo de prestação à saúde mediante políticas sociais e econômicas. No entanto, "(...) não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde."⁵¹

As ações preventivas na área da saúde visam efetivar ações específicas (dimensão individual), bem como de amplas políticas públicas (dimensão coletiva), como prioridades indicadas no art. 198, inciso II, da Constituição Federal, e para tanto há a necessidade de criação de políticas públicas que proporcionem a concretização do direito à saúde por meio de escolhas alocativas.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 832 p.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 834.

Demais iniciativas que visem ao acesso universal e igualitário às políticas de saúde devem constar do sistema universal de serviços públicos de saúde reforçando a responsabilidade solidária dos entes da federação.

No que se refere às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde pode-se concluir pela necessidade de atos concretos como a políticas e ações administrativas para melhoria dos sistemas de saúde, assim como, a respectiva manutenção e execução administrativa dessas atividades pelos entes federados.

A Constituição Federal de 1988 ordena ao Estado não apenas o respeito a direitos, mas também o agir, no sentido de que outros direitos nela textualmente inseridos sejam positivamente garantidos. Sobre essa relação entre Estado e direitos fundamentais, é importante ressaltar a valoração da liberdade individual frente ao Estado. No caso, considerando a evolução histórica, fala-se do Estado Absolutista. Desse modo,

A liberdade foi, então, concebida como absoluta prerrogativa do indivíduo, só limitável mediante uma lei igual para todos em função do interesse comum. Assim capaz de se opor ao Estado absoluto, a liberdade individual foi o valor fundante de um novo tipo de Estado que – por substituir e impor o império da lei ao império do rei, submetendo todos os indivíduos ao Direito – foi chamado Estado de Direito, o qual – tendo por conteúdo, neste seu primeiro momento histórico, um regime político derivado da ideologia do liberalismo – se chamou Estado Liberal de Direito.⁵³

A trajetória do Estado Absolutista para o Estado Liberal permitiu a liberdade e independência das pessoas frente ao Estado, advertido a todos, no entanto, o dever de cumprimento à lei. Na sequência, surgiu o Estado de Direito⁵⁴ que,

⁵³ BARROS, Sergio Resende de. Noções sobre Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>> Acesso em 31 jul. 2014.

⁵⁴ “O Estado de direito é formado por duas componentes: o Estado (enquanto forma de organização política) e o direito (enquanto conjunto das normas que regem o funcionamento de uma sociedade). Nestes casos, portanto, o poder do Estado encontra-se limitado pelo direito. O Estado de direito surge por oposição ao Estado absolutista, em que o rei se encontrava acima de todos os cidadãos e podia ordenar e mandar sem que mais nenhum poder lhe fizesse contrapeso. O Estado de direito, por sua vez, supõe que o poder surge do povo, o qual elege os seus representantes para o governo. Com o desenvolvimento do Estado de direito, aparece a divisão de poderes (o Poder Legislativo, o Poder Judicial e o Poder Executivo, três instâncias que, no Estado absolutista, se reuniam na figura do rei). Desta forma, os tribunais tornam-se autônomos relativamente ao soberano e aparece o parlamento para fazer frente e oposição ao poder do governante. A noção de democracia é outro conceito relacionado com o Estado de direito, uma vez que supõe que o povo tem o poder e o exerce através das eleições ao eleger os seus representantes. Em todo o caso, há que ter em conta que a democracia não implica que exista um verdadeiro Estado de direito. Um líder pode chegar ao poder por vias democráticas e depois abolir o Estado de direito, como foi o caso de Adolf Hitler na Alemanha. Também podem existir governos que respeitam o funcionamento democrático perante

influenciado pela ideologia do Estado Liberal, passou a ser conhecido como Estado Liberal de Direito, e pode ser entendido no seguinte sentido:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.⁵⁵

Nesse contexto, têm-se nos direitos fundamentais tanto instrumentos de defesa da liberdade individual, como o próprio fundamento material do ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁶ Dessa maneira,

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação recíproca, pois o Estado de Direito, como a própria nomenclatura já diz, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este Estado de Direito, de tal sorte que os direitos fundamentais como consequência, requerem para sua efetivação, a positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito.⁵⁷

O aprimoramento da civilização impôs ao Estado “(...) como forma de justificação e legitimação de seus poderes, a promoção do bem estar efetivo dos cidadãos e a supressão das desigualdades.”⁵⁸ Deste modo, deu-se força ao surgimento do Estado Social e por consequência a “um crescente aumento das funções públicas para a concretização das demandas coletivas.”⁵⁹

determinadas questões mas que violam o Estado de direito perante outras.” Disponível em: <<http://conceito.de/estado-de-direito>> Acesso em 12 out. 2014.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang., *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷ HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>.> Acesso em: 26 jun. 2014.

⁵⁸ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em 06 jul 2014.

⁵⁹ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em 06 jul 2014.

Um Estado Social consubstanciado no princípio democrático somente alcança a efetividade social mediante a concretização dos postulados normativos alusivos aos direitos fundamentais.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, dispõe: "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição."

A compreensão da ideia de Estado Social e de direitos sociais pode ser associada à de Constituição Dirigente, em que o texto constitucional não se limita a reproduzir o presente, mas a instituir "objetivos sociais por meio de normas programáticas destinadas a condicionar o processo de evolução política do Estado a determinado sentido."⁶⁰ É a tentativa de proporcionar efetividade ao projeto social de Constituição, acrescentando tarefas ao Estado e inserindo fins econômico-sociais vinculantes para o Poder Público.

No entanto, a busca por uma maior proximidade dos compromissos constitucionais com a realidade se tornou uma das preocupações evidenciadas pela Constituição Federal de 1988, já que a dimensão do rol de direitos fundamentais esbarra nas possibilidades concretas do Estado. Como, por exemplo, a ausência de provisões financeiras garantidas por um sistema fiscal eficiente, a falta de uma estrutura da despesa pública orientada para o patrocínio de direito e investimentos produtivos, a deficiência de um orçamento público.

Nesse sistema, marcado também por profundas desigualdades, tem crescido a demanda pela concretização dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, conquistado espaço o "processo de judicialização das políticas públicas, no qual o Poder Judiciário tem sido provocado a dar a última palavra a respeito da exigibilidade destes direitos."⁶¹

A despeito da possível crise de efetividade do Estado Social, a Constituição Federal em seu art. 1º dispõe sobre o regime por ela adotado, qual seja o Estado Democrático de Direito, que compreende "princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos,

⁶⁰FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>.> Acesso em 09 set. 2014.

⁶¹FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>.> Acesso em 09 set. 2014.

porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁶² Em detalhes,

O Estado de Direito é aquele que impõe a todos os cidadãos, sejam administrados ou administradores, o respeito à lei, tomada esta em seu amplo espectro, da norma de maior hierarquia, a Constituição Federal, àquela de menor força normativa. Já o Estado Democrático traria outros temas de igual relevância e descritos na própria norma constitucional, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, todos conferindo efetiva participação da sociedade no trato da coisa pública. Estes valores, expressos na Carta Política, é que legitimarão a atuação dentro da lei e a produção das normas.⁶³

O Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição brasileira de 1988, em seu artigo inaugural, ainda não é uma realidade presente, é um objetivo a ser concretizado. Em outras palavras,

A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando – não só os direitos políticos – mas todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros direitos de todos que, por serem apoiados nos deveres de todos que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana.⁶⁴

Ao Estado cabe se adequar a novas realidades a fim de viabilizar a concretização de seu dever constitucional perante a sociedade. Uma das formas de concretização dos direitos fundamentais sociais é por meio dos serviços públicos, “porque correspondem às prestações materiais dirigidas aos cidadãos, para atendimento das necessidades ou satisfação de comodidades, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime jurídico de direito público.”⁶⁵ O serviço público adequado é direito social de todos, podendo ser exigido

⁶² SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, p. 144.

⁶³ LEMOS FILHO, Telmo. O Estado Democrático de Direito. Disponível em:< http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1291133399.pdf> Acesso em 31 jul 2014.

⁶⁴ BARROS, Sergio Resende de. Noções sobre Estado Democrático de Direito. Disponível em:< <http://www.srbarros.com.br/pt/noco-esobre-estado-democratico-de-direito.cont>> Acesso em 31 jul 2014.

⁶⁵ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em 06 jul 2014.

do “Estado a realização de prestações positivas para a satisfação das necessidades consideradas essenciais.”⁶⁶ E caso determinado serviço público não tenha sido realizado ou ocorra de modo inadequado, o titular do direito social pode exigir judicialmente a sua prestação.

2.1 Sistema único de saúde

A Constituição Federal estabeleceu princípios na área da saúde para nortear a atuação dos poderes públicos e viabilizar a execução de políticas públicas de forma igualitária e universal. Os artigos 196 e 198 da Constituição Federal dispõem sobre os princípios do acesso universal e igualitário, da descentralização da administração e do atendimento integral.

A fim de dar cumprimento a esses princípios e prover condições indispensáveis ao exercício pleno do direito à saúde foi editada a Lei nº 8.080/09, que regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
CAPÍTULO II
Dos Princípios e Diretrizes
Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

A integralidade da assistência à saúde, seja no âmbito individual, seja no coletivo, em qualquer grau de complexidade, compete ao Sistema Único de Saúde –

⁶⁶ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em 06 jul 2014.

SUS, de modo que, uma vez comprovada a necessidade de determinado medicamento, faz-se obrigatório o seu fornecimento, observado o princípio maior, que é a garantia à vida digna.

A Constituição Federal em seu art. 200 apresenta o rol de competências do Sistema único de Saúde:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O dever de prestar a saúde consta do art. 196 e de outros dispositivos constitucionais como, por exemplo, o art. 23, inciso II que estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública. Desse modo, “a competência comum constitui uma listagem de obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às instituições.”⁶⁷

Integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, as ações e serviços de saúde constituem um sistema único para o qual foram criadas quatro diretrizes básicas: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

Nos termos do artigo 195, o financiamento do Sistema Único de Saúde é composto, entre outras fontes, do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O mecanismo de cofinanciamento de políticas públicas entre os entes da federação surgiu com a Emenda Constitucional

⁶⁷CASTRO, Juliana Souza de. A Judicialização do Direito à Saúde. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/JulianaSouzadeCastro.pdf> Acesso em 14 set. 2014.

nº 29/2000, cujo propósito destina-se a assegurar recursos mínimos para o patrocínio de ações e serviços públicos de saúde pelos entes federados e assim proporcionar aumento e estabilidade de recursos.⁶⁸

Da mesma forma, dispõe sobre a competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde o art. 24, inciso XII, da Constituição Federal.

A prestação dos serviços de atendimento à saúde da população mediante cooperação técnica e financeira da União e dos Estados é tratada no art. 30 da Constituição Federal como competência dos Municípios.

Dessa análise, permite-se concluir que a responsabilidade⁶⁹ dos entes federados pela saúde é solidária, tornando União, Estados, Distrito Federal e Municípios legitimados passivos de demandas em que houve a negativa da prestação da saúde pelo SUS, independentemente da esfera do gestor.⁷⁰

Os Municípios têm certa resistência ao entendimento de que a responsabilidade seria solidária pelo fato de que, na maioria das vezes, contra eles são propostas isoladamente as demandas alusivas ao fornecimento de medicamentos de alto custo ou não compreendidos em suas listas e que seriam de competência do Estado ou da União. Contudo, a divisão administrativa estabelecida pela legislação infraconstitucional não afasta a responsabilidade solidária entre os entes da federação pelo fornecimento de medicamentos.⁷¹

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 829.

⁶⁹ APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C O ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO POR QUALQUER DOS ENTES PÚBLICOS. 1. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, do Estado e do Município, derivada do artigo 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, permitindo ao cidadão exigir, em conjunto ou separadamente, o cumprimento da obrigação de qualquer dos entes públicos. 2. É dever do Município fornecer medicamentos a pessoas carentes, demonstrados os pressupostos constantes da Lei n.º 9.908/93. Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008743460, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. MARCO AURÉLIO HEINZ, JULGADO EM 18/08/2004)

⁷⁰ “(...) Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - STA: 175 CE , Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

⁷¹ “(...) 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

Sendo assim, em virtude da responsabilidade solidária, qualquer um dos entes federados pode ser demandado judicialmente.⁷²

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.(...)” (RE 607381 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209 RTJ VOL-00218- PP-00589)

⁷² EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

3. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando o quadro permanente de escassez de recursos e necessidades urgentes em diversas áreas da sociedade, parte-se do pressuposto de que as escolhas devem ser avaliadas de acordo com as prioridades envolvendo o caso, em outras palavras, trata-se de fazer escolhas trágicas⁷³, uma vez que ao decidir investir em recursos financeiros em uma determinada área, deixa-se de atender outras necessidades.⁷⁴

A atuação do Estado na implantação de políticas públicas destina-se a realizar as melhores escolhas para a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Nesse sentido, “incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível.”⁷⁵

Os gastos com serviços públicos vinculados aos direitos sociais dependem de um planejamento bem elaborado por tratar-se de recursos públicos e despesas prioritárias. E para orientar a formulação das políticas públicas, o planejamento estatal tende a seguir “modelos de desenvolvimento sustentável, abordando as condições econômicas, sociais, políticas, culturais, tecnológicas, religiosas, climáticas e geográficas de cada região ou localidades.”⁷⁶

⁷³ “Como é corrente, novas prestações de saúde estão em constante desenvolvimento (felizmente) a custos cada vez maiores: parece inviável conceber um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde disponíveis. Com efeito, é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de pagar (ou deseje fazê-lo) por toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros. Ou seja: por vezes, a rede pública de saúde não oferecerá à população determinadas prestações já disponíveis na tecnologia diagnóstica e/ou terapêutica. A definição de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar.” (BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, vol. 1, n.1, p. 135-136, jul./dez. 2008.)

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de., *op. cit.*, p. 239.

⁷⁵ CLÊVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, vol. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

⁷⁶ REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em 06 jul 2014.

O conceito de Políticas Públicas confirma esse entendimento e pode ser definido como “a atuação do Estado na implementação de ações e programas voltados para determinado setor social com o objetivo de efetivar e garantir um direito.”⁷⁷ Assim também, são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.”⁷⁸

A passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direitos trouxe a implementação de Políticas Públicas por parte do Estado como fruto de uma de suas evoluções históricas. Essa mudança de perspectiva relaciona-se a três momentos importantes na história: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Mexicana. Essa transformação pode ser assim compreendida,

Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX.⁷⁹

Nesse sentido, ao Estado se impôs a atribuição de concretizar o sentido dos direitos sociais, como a educação, a previdência, a habitação, o saneamento básico e a saúde. Ilustra essa relevância dada aos direitos sociais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao dispor em seu art. XXV:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, consagrou os direitos sociais conferindo ao Estado o dever de protegê-los e de fornecer condições para a sua efetividade através de prestações positivas. Procura-se, desse modo, concretizar a isonomia substancial dos cidadãos prevista no art. 1º, inciso IV, da Constituição

⁷⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo:RT, 2006, 251 p.

⁷⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de., *op. cit.*, p. 251.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro:Ediouro, 2000, 42 p.

Federal. Nesse contexto, a efetividade do direito à saúde e sua proteção tornam-se essenciais para o exercício dos demais direitos fundamentais.

Esclarece-se, contudo, que o direito à saúde não se resume ao fato de estar sempre saudável, mas sim, ao direito de toda pessoa poder ter acesso a um sistema de saúde que proporcione condições necessárias para o alcance e desenvolvimento da melhor qualidade de saúde possível.

E como a realidade fática é diversa do pretendido, observado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a atuação do Poder Judiciário tem crescido no âmbito das políticas públicas diante das lacunas apresentadas ao cumprimento de deveres estatais inerentes ao direito à saúde, adquirindo força a denominada judicialização do direito à saúde.

3.1 A judicialização do direito fundamental à saúde

O rol de direitos fundamentais presente na Constituição Federal de 1988 tem se revelado “incapaz de subordinar as opções políticas para a concretização de tais direitos, resultando em uma crise de efetividade deste projeto social de Constituição.”⁸⁰ Dessa maneira, a ausência de pressupostos de sustentabilidade do Estado Social somada à alta demanda pela concretização de direitos sociais evidencia o processo de judicialização de políticas públicas no qual o Poder Judiciário é provocado a dar a última palavra a respeito da exigibilidade de direitos sociais, em especial o direito à saúde.⁸¹

⁸⁰FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>.> Acesso em 09 set. 2014.

⁸¹MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (SAÚDE, VIDA E DIGNIDADE HUMANA). PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF). Constitui direito social correlato a outros direitos fundamentais (vida e dignidade humana), os quais são valores universais supremos, pois inseridos no âmbito de proteção ao mínimo existencial. Em atendimento ao mandamento constitucional, cumpre ao Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, adotar as medidas capazes de viabilizar o direito à saúde aos necessitados, custeando medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis ao combate das mais diversas enfermidades. 2.

Essa atuação jurisdicional em face dos demais poderes constituídos tem sido alvo de críticas “devido à ausência de critérios técnicos que possibilitem ao magistrado mensurar o impacto de suas decisões para a sustentabilidade do sistema como um todo.”⁸² Nesse sentido,

A doutrina apresenta críticas severas acerca da judicialização das políticas públicas relativas a direitos sociais (em especial relativas ao direito à *saúde*), de natureza *teórica* (afirmando o caráter programático das diversas normas constitucionais relativas a direitos sociais, como o caso do art. 196 da Constituição), *democrática* (questionando a legitimidade do Judiciário para proferir decisões do gênero, uma vez que a escolha dos juízes se baseia em critérios eminentemente técnicos e não políticos), *econômica* (de que o Judiciário não possui meios para avaliar o impacto macro de suas decisões), *isonômica* (a concessão de prestações sociais como medicamentos para uns significaria a impossibilidade de atendimento a outros em igual situação, mas que não tiveram acesso ao Judiciário) ou *técnica* (de que o Judiciário não dominaria o conhecimento necessário para compreender e intervir no complexo desenho institucional das políticas públicas).⁸³

Esses pontos críticos é que passaremos a analisar.

Para não incorrer em gravíssima e intolerável omissão, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, em face da injusta recusa dos órgãos administrativos gestores do sistema de saúde pública, a nobre função de emitir pronunciamentos capazes de concretizar tais direitos fundamentais, determinando a prestação do devido amparo a quem demonstre a insuficiência de recursos financeiros, afastando as restrições impostas pelo Ministério da Saúde por ato normativo de estatura infraconstitucional. 3. Hipótese singular na qual a impetrante, em tenra idade, padece de doença rara, progressiva e incapacitante, necessitando urgentemente de tratamento médico especializado, com o uso permanente de medicamento importado de elevado custo, a fim de evitar o agravamento da saúde e a redução da sua sobrevida provável, sendo inadmissível a insensibilidade e indiferença do Poder Público. 4. Comprovada a gravidade da doença e a necessidade urgente do adequado tratamento médico, a fim de evitar complicações irreversíveis e melhorar a sua qualidade de vida, faz jus a impetrante ao custeio do fármaco importado prescrito por profissional especializada integrante de instituição pública federal idônea, cuja comercialização já fora autorizada no mercado internacional (não sendo mais considerada simples droga experimental), em caráter excepcional, independentemente de indicação na relação padronizada pelo Ministério da Saúde e registro sanitário na ANVISA. 5. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção do tratamento adequado e digno à pessoa necessitada, quando seja o único meio disponível e eficaz de conter a evolução da grave enfermidade da qual padece. 6. Segurança concedida. Precedentes deste Tribunal, do STJ e do STF. (TJ-ES - MS: 100080010018 ES 100080010018, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Data de Julgamento: 08/10/2008, SEGUNDO GRUPO CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 18/11/2008)

⁸²FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

⁸³FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

Quanto ao caráter programático⁸⁴ das normas definidoras de direitos sociais, depreende-se que a sua aplicabilidade imediata decorre do art. 5º, § 1º da Constituição⁸⁵. Em outras palavras,

a própria Constituição Federal, no seu artigo 5º, § 1º, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Os tribunais vêm se manifestando no sentido de que o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental, representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. Por ser o direito à saúde inerente à vida, o artigo 196 da Constituição Federal não se trataria de norma programática, mas de norma definidora de direito fundamental, portanto, haveria de se reconhecer sua aplicabilidade imediata a teor do que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 5º.⁸⁷

Além disso, devemos reconhecer a fundamentalidade formal e material que compreende o sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

⁸⁴ “[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - ARE: 801676 PE , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)

⁸⁵ “[...] Como o direito à saúde é fundamental, e nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, conclui-se que a norma do art. 196 da Constituição da República deve ser aplicada imediatamente, buscando-se a máxima efetividade.” (TJ-PR - PET: 12388873 PR 1238887-3 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 29/07/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1385)

⁸⁶ “O caráter programático de 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 (JOSE CRETILLA JUNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.” (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

⁸⁷ COSTA, Monica Cristina da. A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Paraná, v. 28, n. 111, jul/set, 2011, Disponível em: <<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em 06 jul 2014.

Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do art. 60, §4º, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do art. 5º, §1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.⁸⁸

Da mesma maneira, a despeito de críticas envolvendo a legitimidade democrática no controle de políticas públicas, não se permite afirmar, em absoluto, que isso configuraria invasão da esfera de competências do Legislativo e Executivo. A premissa constitucional veicula-se a um Estado Democrático de Direito que não admite “que a inércia ou a opção política das majorias ocasionais interfiram na esfera mínima de fundamentalidade garantida pelo constituinte originário.”⁸⁹ Igualmente, há o entendimento de que

reputa válida a ingerência do Poder quando haja violação incontestada e desarrazoada das determinações constitucionais, ou tenham os órgãos políticos agido com nítido intuito de neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais, pois, nestes casos, é papel do Judiciário corrigir as más (e, às vezes, cruéis) escolhas orçamentárias, na tentativa de assegurar as condições materiais essenciais a uma existência digna.⁹⁰

No mesmo plano, embora os Poderes Legislativo e Executivo tenham a prerrogativa inquestionável de planejar e executar as políticas públicas, ao Poder Judiciário compete, mesmo que de forma excepcional, determinar, nos casos em que as políticas públicas derivam do texto constitucional, sejam estas realizadas pelos órgãos estatais omissos em seu dever político-jurídico e que em decorrência

⁸⁸SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, ano 1, n. 1, 2008, 186-187 p.

⁸⁹FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

⁹⁰ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 228.

desse descumprimento possam comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais.⁹¹

⁹¹ E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição,

Não obstante a repartição de competências entre os entes federativos quanto ao fornecimento de medicamento, o Sistema Único de Saúde não tem se revelado eficaz na medida em que o indivíduo, após tentar obter, por exemplo, determinado medicamento na rede pública de saúde, se vê obrigado a recorrer ao Poder Judiciário como última alternativa. A intervenção judicial, nesse contexto, é perfeitamente viável para cessar a ameaça ou lesão ao direito à saúde.

A assistência médica e o fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da vida das pessoas são atribuições da Administração Pública e, uma

sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.(...) (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

vez não atendidas, o judiciário não pode se escusar de apreciar demandas dessa natureza, tendo em vista do direito fundamental envolvido.

Ainda sobre a atuação judicial e a separação de poderes, podemos registrar que

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se.

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.⁹²

De outro modo, a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, pelo Poder Judiciário, sustenta-se na garantia de condições indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, pelo menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigências lógicas do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.”⁹³ Confirmando esse entendimento,

Isso significa que a intervenção jurisdicional, desde que justificada pela ocorrência de arbitrária e inadequada recusa governamental em conferir significação real a algum direito social, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao princípio da separação de poderes) sempre que se impuser a necessidade de fazer prevalecer aos direitos sociais uma proteção mínima, conforme constitucionalmente engendrada.⁹⁴

⁹² GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 76-77.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 829.

⁹⁴ MASSON, Nathalia., *op. cit.*, p. 228.

Essa intervenção judiciária, no entanto, será indevida quando atuar “em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação.”⁹⁵

Ainda que se possam rebater as críticas sobre a atuação judicial na concretização de direitos sociais, deve-se reconhecer que o “Judiciário ainda carece de critérios técnicos apropriados para exercer o controle jurisdicional das políticas públicas.”⁹⁶ Sendo assim, analisaremos, de forma breve, alguns parâmetros de atuação judicial para melhor conciliar esses pontos de tensão, como, por exemplo, critérios político-institucional; processual; e material.⁹⁷

A atuação judicial em base no parâmetro político-institucional pretende criar instrumentos para ampliar o diálogo institucional entre os três poderes, de modo que o direito social pleiteado esteja amparado por critérios jurídicos, técnicos e políticos. Nesse sentido, a participação de todos os entes envolvidos nas políticas públicas seria importante para o conhecimento dos reais limites do erário, bem como das prioridades da gestão desses recursos, fator esse que contribuiria para uma maior autocontenção do Judiciário na análise de casos dessa natureza. Do mesmo modo, a opinião dos especialistas técnicos pode contribuir para racionalizar a atividade judicial. Nesse sentido,

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.⁹⁸

⁹⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 107.

⁹⁶ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

⁹⁷ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

O parâmetro processual prioriza a utilização de processos coletivos em detrimento dos individuais, exceto nos casos urgentes em que possa haver perigo de dano irreversível.⁹⁹

E o parâmetro material considera que a atuação judicial deve estar orientada, em regra, ao atendimento de hipossuficientes, incapazes de, com recursos próprios, arcar com os altos custos decorrentes de determinada prestação social postulada.¹⁰⁰ Na verdade, a intenção é manter o equilíbrio do sistema como um todo e evitar o deferimento de tratamentos ou medicamentos a indivíduos já abastados dos respectivos recursos, em detrimento dos realmente necessitados. A questão envolve o âmbito de aplicação dessas decisões, ou seja, a prestação jurisdicional no caso concreto (microjustiça) relacionada com os recursos públicos de demais titulares desses direitos (macrojustiça). Dessa maneira,

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço prestado, a maximização dos resultados etc.¹⁰¹

Além disso, esse parâmetro material possibilita um maior grau de contenção do Poder Judiciário em face de critérios técnicos da Administração. Os magistrados

⁹⁹ A vantagem desse parâmetro corresponde ao que foi decidido no caso de realização de cirurgias de ressignação sexual pelo SUS. À época foi suspensa referida determinação por não estarem previstas essas cirurgias na programação orçamentária federal e assim permaneceu até que se tivesse condições de efetivamente implementar esse tipo de procedimento pelo SUS (STF, DJ 12/12/2007, STA 185. Rel. Min. Ellen Gracie).

¹⁰⁰ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>>. Acesso em 09 set. 2014.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 829.

não possuem conhecimentos técnicos capazes de, por exemplo, aferir se determinado medicamento experimental é realmente mais eficaz do que os já listados pela Administração para aquela patologia. Deixar de observar esses critérios dificulta à Administração o uso dos recursos necessários da forma mais econômica.¹⁰² É o que explica a doutrina

O fato é que denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.¹⁰³

Enseja-se, nesses casos, uma ponderação¹⁰⁴ de interesses, em que deve prevalecer o direito fundamental à saúde, tendo em vista que

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.¹⁰⁵

Ainda que esse processo possa representar uma grande inovação no tema relativo à efetividade das normas constitucionais, bem como a materialização de um modelo social de desenvolvimento, “certo é que ao judiciário compete maximizar os direitos sociais, devendo, para tanto, agir de forma cuidadosa e criteriosa a fim de

¹⁰²FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em:<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>.> Acesso em 09 set. 2014.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 830.

¹⁰⁴ “De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.” (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

¹⁰⁵ RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello

que a concretização dos direitos sociais seja compatibilizada com os recursos financeiros dos entes federativos.”¹⁰⁶

Do mesmo modo, deve “se valer de parâmetros mais racionais de atuação, ao invés de um ativismo judicial que não considera o sistema de direitos sociais como um todo.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ CASTRO, Juliana Souza de. A Judicialização do Direito à Saúde. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/JulianaSouzadeCastro.pdf> Acesso em 14 set. 2014.

¹⁰⁷ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em:<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>> Acesso em 09 set. 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na elaboração deste trabalho foram considerados aspectos relacionados à forma de atuação judicial quando da concessão de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde.

Inicialmente, as características do direito social à saúde foram analisadas, ressaltando a sua aplicabilidade imediata decorrente do art. 5º, §1º da Constituição Federal. Do mesmo modo, questões envolvendo o direito à vida e a dignidade da pessoa humana foram trabalhadas com a mesma importância e dimensão, tendo em vista a vinculação desses preceitos.

Argumentos contrários e a favor da atividade judicial na efetivação de direitos fundamentais foram desenvolvidos, como, por exemplo, a separação de poderes, a interferência no orçamento público, o princípio da reserva do possível.

Ressaltou-se a importância do direito à saúde e sua relação com direito indeclinável à vida e à dignidade da pessoa humana. Nesse caso, foi avaliada a predominância do direito à vida em detrimento às escusas apresentadas pela Administração Pública para sua não concessão.

Requisitos orientadores da atividade judicial para a efetivação de direitos fundamentais foram delineados como meio de racionalização dessa atribuição constitucional, visto que a dimensão da determinação judicial em um âmbito de microjustiça pode retirar de outros indivíduos mais carentes uma sobrevivência vital e digna no campo de macrojustiça.

Assim sendo, demonstrou-se que a atividade judicial requer para efetivação dos direitos fundamentais a ponderação de vários aspectos de mesma importância para a manutenção da ordem social e em conformidade com os princípios expostos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, vol. 1, n.1, p. 141-142, jul./dez. 2008.

BARROS, Sergio Resende de. Noções sobre Estado Democrático de Direito. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoos-sobre-estado-democratico-de-direito.cont.>> Acesso em 31 jul 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 202.p

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Brasileira** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 1º vol. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro:Ediouro, 2000.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cad. Saúde Pública**, vol.26, nº 1, Rio de Janeiro Jan. 2010. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007> Acesso em: 11 out. 2014.

CASTRO, Juliana Souza de. A Judicialização do Direito à Saúde. Disponível em: < http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_2011/JulianaSouzadeCastro.pdf> Acesso em 14 set. 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Monica Cristina da. A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e

tratamentos médico-hospitalares pelo estado. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Paraná, v. 28, n. 111, jul/set, 2011, Disponível em:<<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/77>> Acesso em 06 jul. 2014.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: O Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, Brasília, vol. 1, n. 42, 2011. Disponível em:<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1125/1139>> Acesso em 09 set. 2014.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/1>> Acesso em: 26 jun. 2014.

GANDINI. João Agnaldo Donizeti; BARIONE. Samantha Ferreira; SOUZA. André Evangelista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

HUMENHUK, Howerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>> Acesso em: 26 jun. 2014.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEMOS FILHO, Telmo. O Estado Democrático de Direito. Disponível em:<http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1291133399.pdf> Acesso em 31 jul. 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Bahia: Editora JusPodivm, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª. ed.São Paulo:Atlas,2012.

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

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em 17 set. 2014.

REISSINGER, Simone. Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf> Acesso em 06 jul 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, ano 1, n. 1, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.36 ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.