



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

BIANCA NOGUEIRA DO NASCIMENTO LIMA COSTA

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

BRASÍLIA-DF
2012



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

BIANCA NOGUEIRA DO NASCIMENTO LIMA COSTA

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA-DF

2012

Costa, Bianca Nogueira do Nascimento Lima.

A Concretização do Direito Fundamental à Saúde: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Bianca Nogueira do Nascimento Lima Costa. 2011.

57f.

Monografia apresentada à banca Examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito.

1. Concretização de Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito. 2. Análise de Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Direito Fundamental à Saúde.

I- Título.

BIANCA NOGUEIRA DO NASCIMENTO LIMA COSTA

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ANÁLISE DE
PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito.

Brasília, Maio de 2012.

Banca Examinadora

Prof.^a Christine Oliveira Peter da Silva
Orientadora

Prof.

Prof.

Aos meus pais, Alice e Luiz Edmar, cujas vidas acadêmicas sempre nos orgulharam e nos motivaram a seguir em frente com nossos estudos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por iluminar sempre o meu caminho;

Aos meus pais pelo estímulo e motivação constantes ao término deste curso;

Ao meu filho amado Marco Antônio por ser a inspiração de toda conquista da minha vida;

Ao meu marido Marcos pelo apoio e carinho para que eu pudesse realizar este Trabalho;

À professora Christine Peter pelo apoio acadêmico prestado;

Aos meus colegas de turma e amigos pelo estímulo e apoio à conclusão deste curso.

“Embora Legislativo e Administração tenham um papel importante na concretização das metas constitucionais, se lhes competisse fixar livremente o contorno desses fins, que superioridade haveria na Constituição?”

Ana Paula de Barcellos.

RESUMO

COSTA, Bianca Nogueira do Nascimento Lima. A concretização do Direito Fundamental à Saúde: análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2012. 61f. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

Monografia sobre a Concretização do Direito Fundamental à Saúde, com o intuito de intensificar o debate acadêmico acerca do tema, analisando-se a literatura jurídica relacionada ao assunto, bem como a análise de precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A problemática do tema passa por reflexões sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira e o paradigma neoconstitucionalista sobre a filosofia e realidade do Estado Constitucional. A metodologia utilizada foi a dogmática, com ênfase para a análise de precedentes. Concluiu-se, por fim, que o posicionamento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca de demandas sobre a efetivação do Direito Fundamental à Saúde é no sentido de reconhecer o Direito à Saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas e impondo aos entes federados um dever de prestação positiva.

Palavras-Chaves: Direito Fundamental à Saúde; Concretização; Estado Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>1- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 12</u>	<u>12</u>
<u>1.1- DIFERENÇAS ENTRE ESTADO DE DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL.... 15</u>	<u>15</u>
<u>1.2- PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....21</u>	<u>21</u>
<u>1.3 - A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO</u>	
<u>CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....</u>	<u>24</u>
<u>2- ENTRAVES JURIDICOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À</u>	
<u>SAÚDE.....</u>	<u>28</u>
<u>2.1-O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO</u>	
<u>FUNDAMENTAL À SAÚDE.....</u>	<u>29</u>
<u>2.2- O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO</u>	
<u>FUNDAMENTAL À SAÚDE.....</u>	<u>32</u>
<u>2.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONCRETIZAÇÃO DE</u>	
<u>DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</u>	<u>35</u>
<u>3- ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</u>	<u>39</u>
<u>3-1- ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL 47, EM SUSPENSÃO DE MEDIDA</u>	
<u>LIMINAR, INTERPOSTO PELO ESTADO DE PERNAMBUCO.....</u>	<u>39</u>
<u>3-2- ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL Nº. 271.286-8 EM RECURSO</u>	
<u>EXTRAORDINÁRIO, INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.....</u>	<u>45</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>50</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>53</u>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá discutir a concretização do Direito Fundamental à Saúde, buscando-se contribuir para a intensificação do debate acadêmico acerca de tão complexo e importante tema, analisando-se a literatura jurídica relacionada ao assunto, bem como alguns precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinentes ao assunto.

O Direito à Saúde constitui um direito bastante discutido no meio social, principalmente devido à pouca concretização que lhe é conferida, fato este que não deixa de ser observado pela população e pela comunidade jurídica e acadêmica. Assim, é de suma importância o tema em questão, pois a problemática da concretização do direito fundamental à saúde, passa por reflexões sobre a aplicação dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal Brasileira, bem como o paradigma adotado pelo Neoconstitucionalismo sobre a filosofia e a realidade do Estado Constitucional.

Ressalta-se que as justificativas dadas pelo Estado no que concerne a esta falha na concretização deste Direito tratam-se, muitas vezes, de atribuir às dificuldades de orçamento público para o investimento em saúde, utilizando-se do “Princípio da Reserva do Possível”, além da alegação de uma possível invasão de competência, por parte do Poder Judiciário, nas atuações dos outros Poderes, quais sejam o Poder Legislativo e o Poder Executivo, no tocante às matérias relacionadas às Políticas Públicas e orçamentárias.

Outrossim, um outro entrave no que tange à concretização do Direito Fundamental à Saúde diz respeito à aplicação do “Princípio do Mínimo Existencial”, princípio muitas vezes aplicado de forma distorcida e inseqüente, dificultando, sobremaneira, a concretude de aplicação desse Direito.

Algumas tentativas foram feitas no sentido de dar uma maior credibilidade ao que está inserido no texto Constitucional, no que tange à

concretização dos direitos fundamentais e ,sobretudo, aos direitos sociais, como faz parte o Direito à Saúde. O legislador constitucional, então, introduziu no ordenamento jurídico o chamado “Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais”. O referido princípio está inserido no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Título II, Capítulo I da Constituição Federal de 1988), irradiando-se, porém, a todos os Direitos Fundamentais inseridos na Carta Magna.

Sendo assim, mesmo que o Poder Judiciário assumira um compromisso constitucional com a matéria em questão, percebe-se que a concretização do Direito à Saúde não é tão simples, pois além deste real compromisso em aplicar todos os princípios pertinentes ao Estado Constitucional de Direitos é preciso fazer-se incisivo em suas decisões para que as “desculpas” estatais, já comentadas, não sejam um motivo efetivamente destruidor neste intuito.

Neste sentido, pergunta-se qual o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal, como guardião dos preceitos da Constituição Federal Brasileira, vem adotando para garantir a efetiva concretização dos direitos fundamentais, neste caso, o direito fundamental à saúde?

Para tanto, a metodologia a ser utilizada será a dogmática com ênfase para a análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em linhas gerais, no primeiro capítulo será feita uma síntese sobre os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional brasileiro, ressaltando o conceito do Direito Fundamental à Saúde não só como um direito subjetivo a ser concretizado pelo Estado, bem como sua perspectiva objetiva.

No segundo capítulo, vão-se sistematizar os entraves encontrados na literatura que se mostraram obstáculos para a concretização do Direito Fundamental à Saúde, como considerações sobre a aplicação desse Direito e o “Princípio do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível”, bem como dos deveres jurídicos dos Poderes Legislativo e Executivo para esta finalidade.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, serão apresentados os precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal , quando provocado a concretizar o Direito Fundamental a Saúde, buscando encontrar qual o possível compromisso atual desta Corte nesta difícil tarefa.

Do exposto, o presente trabalho será interessante para todos aqueles que entenderem que o Direito à Saúde possa ser mais amplamente concretizado, por parte dos Estados, tendo em vista que vamos procurar debater se as condutas a serem seguidas pelo Estado na garantia desse Direito tão importante e fundamental para a qualidade de vida da população estão ou não bem postas na agenda do Supremo Tribunal Federal.

1- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

Em meados do século XX, mais precisamente com base na Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, surgiu o “Neoconstitucionalismo” inaugurando um novo paradigma de Direito, qual seja, aquele que saiu de “Estado Legislativo de Direito” para o de “Estado Constitucional de Direito”¹.

Neste sentido este novo Paradigma jurídico veio valorizar o denominado “Princípio da Constitucionalidade” em detrimento do chamado “Princípio da Legalidade”, deslocando aquele para o centro de todo o sistema jurídico, uma vez que reconhecia, a partir de então, a supremacia da Constituição, sem, no entanto, desvalorizar o “Princípio da Legalidade”, mas apenas atribuindo-lhe uma nova interpretação, não mais aquela que lhe colocava como o princípio norteador de todo o sistema jurídico.

Outrossim, o neoconstitucionalismo provocou uma mudança no conteúdo das normas constitucionais. Passaram-se a incorporar em seus textos *valores*, especialmente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana e aos Direitos Fundamentais; *opções gerais*, tais como as reduções das desigualdades sociais e *opções específicas* como a obrigação do Estado em prestar serviços nas áreas de educação e saúde.²

Com efeito, como consequência natural desse novo posicionamento das normas constitucionais nos sistemas jurídicos, os Direitos Fundamentais se sobressaíram na Constituição Federal Brasileira e a busca por sua defesa foi também resgatada em função disso.

¹ SILVA, Cissa Maria de Almeida. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: < <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-constitucional-de-direitoum-suporte-axiologico-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-sociais-1802344.html>>. Acesso em 15 SET. 2011.

² SILVA, Cissa Maria de Almeida. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: < <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-constitucional-de-direitoum-suporte-axiologico-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-sociais-1802344.html>>. Acesso em 15 SET. 2011.

Isto se deu por se reconhecer, então, no Estado Constitucional o notável reconhecimento aos direitos da pessoa humana, no que tange à valorização precípua de sua dignidade. Ressalta-se o posicionamento da literatura sobre esta consideração:

“Por pós-positivismo pode-se entender “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.”³.

Esse novo Paradigma, obviamente, colocou em discussão o próprio Estado de Direito como posicionamento centralizador dos sistemas jurídicos e isto foi motivado pelas conseqüências históricas advindas da I Guerra Mundial e a confirmação dessas conseqüências pela II Guerra Mundial.⁴

Notadamente, essa nova concepção de Estado, inaugurada pelo Estado Constitucional de Direito exige, com efeito, que as três funções do Poder tenham igual comprometimento na realização dos institutos constitucionais, especialmente naqueles que garantem direitos fundamentais. Nesse sentido, a tarefa de concretizar os direitos fundamentais passa a ser compartilhada pelas três funções do poder, não apenas função do Poder Judiciário.⁵

Resgata-se, contudo a reflexão de que esse modelo inaugurado pelo Estado Constitucional superou o modelo que vigora na Europa ate meados do século XIX, em que a Constituição era vista como um documento essencialmente político, apenas um convite á atuação dos Poderes Públicos. Sua concretização ficava limitada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade dos

³BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito *Constitucional* Brasileiro (Pós-modernidade, *Teoria Crítica* e Pós-Positivismo). *In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006,p. 27-28.

⁴SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília,2009. p.03

⁵SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.02.

administradores e ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na concretização desses direitos postos na Constituição.⁶

Neste novo contexto, porém, “a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. A Constituição converte-se em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.”⁷

O Estado Constitucional de Direitos, então, tem íntima relação com a vontade de se concretizar direitos humanos, sobretudo, direitos fundamentais, revelando-se, portanto, imprescindível refletir-se sobre o papel do Poder Judiciário, na ordem constitucional vigente, principalmente no que concerne ao seu papel garantidor de direitos fundamentais.⁸

Ao refletirmos nesta íntima relação do Estado Constitucional de Direito com os direitos fundamentais, ressalta-se o pensamento de Pérez Luño, que nos adverte que no “Estado constitucional”, dito Estado das sociedades pluralistas, unidade, coerência e hierarquia das leis não podem ser os requisitos estatais, mas meta. Nesse modelo, como a produção jurídica é resultado da conjunção dos mais diversos fatores sociais, é inconcebível, portanto, a concepção da unidade e hierarquia das leis como ponto de partida de onde derivam todas as demais fontes. No “Estado constitucional”, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes pelo pluralismo metódico.⁹

Importante também ressaltar que a constitucionalização do Direito que resultou na procura pela garantia de direitos fundamentais se deu pela aplicabilidade direta da Constituição às diversas situações, à inconstitucionalidade

⁶BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011.

⁷HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p.19.

⁸SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.07.

⁹PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002. p. 67

das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, à interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição. A ascensão institucional do Poder Judiciário provocou, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais, onde se enquadram os direitos fundamentais. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.¹⁰

Nesse diapasão, o Estado Constitucional veio resgatar a possibilidade de uma maior efetividade aos direitos fundamentais, pela conseqüente vantagem que o contexto desse novo paradigma deu à concretização desses direitos, uma vez que existem substanciais diferenças no tratamento dado a esses direitos nos institutos jurídicos postos no Estado de Direito e no Estado Constitucional de Direito, diferenças que serão abordadas no título seguinte.

1.1- DIFERENÇAS ENTRE ESTADO DE DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL.

O primado do Estado de Direito alicerçou-se nos Estados Ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, posteriormente, no continente americano. Nestes moldes, na Inglaterra sedimentou-se a idéia de rule of law (regra do direito ou império do direito). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (État légal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito.¹¹

Nesta seara, fundamentalmente, a regra do direito, significa quatro coisas. Em primeiro lugar, significa a obrigatoriedade da adoção de um processo justo legalmente regulado quando se torna necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade ou propriedade. Em segundo lugar, a regra do direito impõe a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. A sujeição de todos os atos do poder executivo à soberania dos

¹⁰BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011

¹¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Disponível em:<<http://www.geocities.ws/b2centaurus/livros/c/canotilho.pdf>>. Acesso em 23SET 2011.

representantes do povo (parlamento) recorta-se como a terceira idéia da regra do direito. Finalmente, a regra do direito significa direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de aí defender os seus direitos segundo os princípios do direito comum e perante qualquer entidade (pública ou privada).¹²

No entanto, o Estado de Direito está longe de ser um simples contexto imperioso da lei sobre as diversas sociedades. Coleciona, em seu conteúdo, um aspecto mais amplo, qual seja, aquele que foi acertadamente descrito como “uma das maiores realizações da história humana no sentido do progresso da liberdade”. Não concede, pois, ao Estado nenhum “direito a destruir, escravizar ou voluntariamente pauperizar os sujeitos”. Contrariamente, ele promove uma sociedade livre na qual a supremacia da lei é uma questão de mais alta significância moral. Tal “significância moral” vai além de qualquer preocupação técnica com a lógica e procedimentos da legalidade. Ela tem mais a ver com uma postulação extralegal de acordo com a qual questões de liberdade pessoais são consideradas como “a única e verdadeira jurisdição do Estado de Direito”.¹³

Ressalta-se, pois, que o Estado de Direito tem concepções formais e substantivas: os defensores da primeira crêem que o Estado de Direito abarca apenas conceitos inerentes à legalidade formal, como aqueles que defendem ser as leis permanentes, de domínio público, claras e gerais. Os que sustentam a segunda concepção incluem na avaliação sobre o Estado de Direito uma visão mais ampla, em que se vislumbra a proteção legal dos Direitos Humanos¹⁴.

Nesta seara, a chamada Revolução Francesa que se caracterizara como uma revolta social da burguesia com o intuito de pôr fim aos alicerces que sustentavam o absolutismo, antigo regime da época, foi inspiração para a institucionalização do denominado “Estado de Direito Liberal”, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais e desejava encerrar com o Estado Monárquico autoritário¹⁵.

¹²CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Disponível em:<<http://www.geocities.ws/b2centaurus/livros/c/canotilho.pdf>>. Acesso em 23SET 2011.

¹³ZIMMERMANN, Augusto. As Fundações Legais e extralegais do Estado de Direito. Disponível em:<http://www.achegas.net/numero/29/zimmermann_29.htm>. Acesso em 23 SET2011.

¹⁴ZIMMERMANN, Augusto. As Fundações Legais e extralegais do Estado de Direito. Disponível em:<http://www.achegas.net/numero/29/zimmermann_29.htm>. Acesso em 23 SET2011.

¹⁵LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em:

Assim o Estado de Direito Liberal possui como características básicas a não intervenção do Estado na economia; a vigência do princípio da igualdade formal; a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu; a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais, bem como a defesa do Princípio da Igualdade, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa, no entanto tal igualdade era tão somente formal, buscando-se a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação¹⁶.

No entanto, alguns aspectos se mostravam preocupantes no “Estado de Direito Liberal”, quais sejam, a igualdade tão somente formal aplicada e o absenteísmo deste Estado em face das questões sociais, que apenas serviram para expandir o capitalismo, agravando, sobremaneira, a situação da classe trabalhadora, que passava a viver em condições miseráveis, demonstrando-se, notadamente, um descompromisso com os aspectos sociais que vieram a ser agravados, ainda mais, com a eclosão da chamada “Revolução Industrial”¹⁷.

Sobreveio, em 1917, a denominada “Revolução Russa”, que conduziu a classe trabalhadora a se organizarem com o intuito de resistirem às explorações sofridas.

A classe burguesa, então, detentora do poder político, passou a defender o intervencionismo estatal no campo econômico e social, buscando afastar com a postura absenteísta do Estado e temendo a expansão dos ideais defendidos pela “Revolução Russa”, estabeleceu mecanismos que pudessem afastar os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o denominado “Estado de Direito Social”, com características marcantes como intervenção do Estado na

<<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari APUD LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

¹⁷ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

economia, aplicação do princípio da igualdade material¹⁸ e realização da justiça social¹⁹.

Ressalta-se o posicionamento de Augustin Gordillo²⁰ no que tange às diferenças entre os dois paradigmas encontrados no Estado de Direito Liberal e Social de Direito, este último a que ele atribui a denominação de “Estado de Bem Estar”:

“A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”.

Com efeito, segundo Paulo Bonavides,²¹o Estado de Direito Social não atendia aos anseios democráticos pois a ordem econômica e social, tão defendida neste Estado, não pertence somente ao Estado, mas à sociedade. Sem esta divisa filosófica, jamais as Constituições contemporâneas lograrão incorporar aos seus textos e à sua juridicidade o princípio da paz social e o axioma da livre participação política.

Surge, então, a revolução da sociedade, não como uma revolução de classe, como vinha acontecendo nas épocas políticas anteriores, mas uma revolução final pelo estabelecimento de um poder democrático legítimo: o denominado “ Estado Democrático de Direito” ²².

Assim, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugurou o renascimento do Direito Constitucional, em um ambiente em que o País vivia um

¹⁸Segundo Leonardo Cacau Santos La Bradbury, “o princípio da igualdade material ou substancial não somente considera todas as pessoas abstratamente iguais perante a lei, mas se preocupa com a realidade de fato, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal. Surge, então, a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade”.

¹⁹ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011..

²⁰ GORDILLO, Agustín APUD LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p.362.

²² BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 363.

momento de reconstitucionalização, sendo capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de regime autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito ²³.

Ademais, segundo Luis Roberto Barroso²⁴, o Estado Constitucional de Direito é marcado pelo neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional em que notadamente ocorreram amplas transformações no Estado e no Direito Constitucional, quais sejam: como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, com consolidação ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos, acrescenta este autor, resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Nesse diapasão, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico e cuja força normativa é dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade infraconstitucional, mas também como forma de interpretação de todas as normas do sistema²⁵.

Com efeito, segundo Canotilho ²⁶, o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional. Para este autor, o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Tentou-se, contudo, estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. Assim, o Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades presentes no constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Acham-se, pois, duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático.

²³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011. p. 04.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011. p.15.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011. p. 28

²⁶ CANOTILHO APUD OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, NOV, 2009, p. 5983.

Outrossim, a literatura ²⁷salienta que não se pode defender que a travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional seja, exclusivamente, fruto da presença de uma Constituição rígida que dá fundamento ao Estado Constitucional, uma vez que, também nos modelos de Estado de Direito, havia uma constituição no ápice de seu sistema normativo. Trata-se, então, de uma série de elementos que alteram profundamente a ordem jurídica e as formas de sua interpretação e aplicação fática. O Estado Constitucional é uma versão particular, aperfeiçoada, do Estado de Direito, que pretende aproveitar suas virtudes, como a busca de limitação formal do poder do soberano, como a ausência de normatividade do seu texto constitucional, o qual, por ser em geral tomado como um documento de teor exclusivamente político, era dotado de nenhuma imperatividade.

O denominado Estado Constitucional assume, também, segundo Haberle,²⁸a característica de Estado Constitucional cooperativo. Para o autor, o Estado Constitucional é o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais e formais: Direitos fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, Independência dos Tribunais, em que ele é controlado de forma pluralista, legitimado democraticamente. Por sua vez, o Estado Constitucional Cooperativo trata, ativamente, da questão de outros estados, de instituições internacionais e supranacionais e de cidadãos estrangeiros. Para o autor, sua abertura ao meio é uma abertura ao mundo.

Contudo, é oportuno mencionar que o Estado Constitucional é o tipo ideal de estado de uma sociedade aberta²⁹. Ter, portanto, um direito fundamental como trunfo no Estado Constitucional é, segundo Carvalho³⁰, ter um direito de resistência contra os poderes constituídos ao dispor contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria política, mesmo que legitimamente eleita. É uma decorrência da força normativa desta constituição.

Os direitos fundamentais, assim, assumem uma posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política;

²⁷ THIAGO LIMA BREUS APUD OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, NOV, 2009, p. 5985.

²⁸ HÄBERLE, Peter. O Estado Constitucional Cooperativo. Editora Renovar. Rio de Janeiro-RJ. São Paulo-SP. Recife-PE. 2007. p. 06.

²⁹ HÄBERLE, Peter. O Estado Constitucional Cooperativo. Editora Renovar. Rio de Janeiro-RJ. São Paulo-SP. Recife-PE. 2007. p. 06.

³⁰ CARVALHO, OSVALDO FERREIRA. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo –SP, novembro de 2009, p. 5992..

e , de outro lado, no que respeita as relações entre particulares, significa, também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica³¹.

1.2- PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Ingo Sarlet ³² ressalta que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”

Nesse sentido, também os direitos sociais, por serem fundamentais, “comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos Direitos Fundamentais (...) 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, § 4, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, § 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” ³³.

Sob este enfoque, uma outra interpretação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais diz respeito aos chamados deveres de proteção do Estado. Nestes termos, tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, como

³¹ CARVALHO, OSVALDO FERREIRA. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo –SP , novembro de 2009, p. 5991.

³² INGO SARLET APUD CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.13.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Nº 1. Julho/ Dez 2008, p. 186-187.

também contra agressões advindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, assim, da incumbência do Estado em adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais³⁴.

Ressalta-se que pela noção de dimensão objetiva, “o direito fundamental deve possuir um valor e extensão para o todo social, porque deve ser protegido como verdadeira instituição em favor da coletividade, conjuntamente considerada”³⁵.

Sobre esta importante perspectiva dos direitos fundamentais, imperioso se faz a referência ao “caso Lüth”, onde se consignou que a Lei Fundamental, que não pretende ser uma ordem neutra de valores, tem estabelecido uma ordem objetiva de valores e que precisamente com isso se situa manifestamente um fortalecimento da pretensão de validade dos direitos fundamentais.

Este sistema de valores, que encontra seu núcleo na personalidade humana que se desenvolve livremente no interior da comunidade social e em sua dignidade, deve reger em todos os âmbitos do direito como decisão constitucional fundamental; a legislação, a administração e a jurisdição recebem direção e impulso”³⁶.

Neste enfoque Haberle³⁷ reconhece que “os direitos fundamentais possuem um duplo conteúdo constitucional. De um lado, são individuais e garantem aos seus titulares determinados direitos subjetivos. Do outro, são caracterizados por uma dimensão institucional que implica a garantia jurídico-constitucional de âmbitos vitais, regulados e conformados com ajustes a critério da liberdade. Tal liberdade, por sua vez, não deve ser limitada por uma perspectiva meramente singular e originária, predestinada a uma relação unidimensional entre indivíduo e Estado, mas sim mediante a institucionalização (pelo Estado) dos direitos fundamentais”.

³⁴ INGO SARLET APUD CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2009. p.16.

³⁵ SAMPAIO, Marcos. A função social dos direitos fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 86, 01/03/2011 [Internet]. Disponível em ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9142. Acesso em 22/10/2011.

³⁶ VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007

³⁷ HABERLE APUD FÁBIO RODRIGO VICTORINO. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

Ainda, para o referido autor³⁸, “ambos esses aspectos caracterizam a essência dos direitos fundamentais. Uma vez conjugadas, as dimensões individual e institucional operam a partir de uma relação recíproca de paridade hierárquica. A primeira, como se disse, não pode ser degradada a mero efeito subjetivo remoto. A segunda, de um modo geral, traz um fortalecimento da liberdade institucionalizada, seja voltada ao indivíduo, seja voltada à coletividade”.

Outra seara da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais trata da sua extensão aos direitos de particulares. Sobre este assunto Silva³⁹ enfatiza que:

“ (...) associada a essa eficácia irradiante encontra-se a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da idéia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos. Esta, sem dúvida, é a faceta mais relevante de toda a problemática dos direitos fundamentais”.

Com efeito, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, entendida como essa perspectiva de garantia irradiante desses direitos para além da esfera pública, como discutida anteriormente, encontra-se resguardada no fundamento jurídico-político em que se baseia o Estado Constitucional de direitos. É o que ensina Perez Luno⁴⁰ quando afirma que:

“(...) el Estado Constitucional no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación”.

Assim, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa que esses direitos têm eficácia irradiante, direcionando a atuação do Estado e, por outro lado, servindo também de orientação para a interpretação das demais normas jurídicas, de maneira que todo o ordenamento jurídico se submeta ao crivo dos Direitos Fundamentais.

³⁸ HABERLE APUD FÁBIO RODRIGO VICTORINO. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

³⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2009. p.15.

⁴⁰PEREZ LUNO, Antonio Enrique. Universidad Externado de Colômbia. 2002. Calle 12, nº 1-17. p.97.

1.3 - A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

Segundo Barcellos ⁴¹ a Constituição Federal de 1988 ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

Nesse contexto, a autora chama atenção, no que tange à proteção ao direito à saúde pela Constituição de 1988, que este foi um tema tratado com especial destaque, tendo, porém, enunciados que assumem a forma de princípios muitas vezes indeterminados, que não deixam claro quais efeitos realmente pretendem produzir. Neste sentido:

“(...) boa parte dos enunciados normativos que tratam do tema assume a forma de princípios ou sub-princípios que apresentam indeterminação, maior ou menor, em relação aos efeitos ou fins que pretendem atingir e, além disso, admitem uma multiplicidade de meios e condutas capazes de realizar tais efeitos ou fins. Esta, portanto, é uma questão importante: que efeitos os enunciados constitucionais em matéria de saúde pretendem produzir? Qual é, especificamente, o seu objeto?” ⁴²

Assim, segundo a referida autora,⁴³a resposta a esta questão leva à conclusão que “a solução de ignorar o problema não é compatível com os princípios da supremacia da Constituição e do Estado de direito constitucional. Imaginar que cabe ao direito ordinário preencher de sentido as disposições constitucionais, em toda sua extensão, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito do seu conteúdo, subverte a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral. E indaga: a que estarão vinculados

⁴¹BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. p.138.

⁴²BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. p.138.

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. p. 138-139.

Legislativo e Administração, afinal, se não aos objetivos e fins constitucionais? Embora Legislativo e Administração tenham um papel importante na concretização das metas constitucionais, se lhes competisse fixar livremente o contorno desses fins, que superioridade haveria na Constituição?”

Outrossim, neste contexto de Estado Constitucional, segundo Rocha⁴⁴, a inclinação dos direitos fundamentais para o ápice da estrutura normativa, notadamente após a segunda metade do século XX, consubstanciou grandes mudanças no norte interpretativo das Constituições. Nesse rumo, a “nova hermenêutica” ou “uma nova crença na Constituição” resulta, em última análise, em proteger e concretizar direitos fundamentais, sendo que, se não houver a realização dos mandamentos constitucionais, não se poderá dizer que há a prevalência da força normativa da Constituição.

Assim, nesta visão de Estado Constitucional, é também importante mencionar o papel dos particulares acerca da concretização do Direito à Saúde, como salienta o autor supra citado ⁴⁵:

“(...) para incentivar a discussão – se refere ao fato de os particulares também terem o dever de proteger e concretizar o direito fundamental à saúde, notadamente na esfera de prestação de serviço público essencial. Embora não tenha discussão séria sobre o dever imposto aos particulares em respeitar a saúde de terceiros (feição de defesa), merece atenção especial a justiciabilidade de o particular (e.g., um hospital privado) ser compelido a fornecer determinado tratamento de saúde, caso o Poder Público não tenha disponibilidade tecnológica ou financeira para tanto. Esta questão deverá ser resolvida à luz do delineamento da *eficácia horizontal* ou *privada dos direitos fundamentais*. Um dos fundamentos desta teoria é quanto à eficácia irradiante e a dimensão objetiva ou valorativa dos direitos fundamentais”.

Um outro aspecto da proteção do Direito Fundamental à Saúde a ser considerado no Estado Constitucional foi lembrado por Oliveira Júnior⁴⁶ quando este autor enfatiza a necessidade de compreensão dos direitos fundamentais, neste contexto de Estado Constitucional, em suas múltiplas dimensões (interprivada ou

⁴⁴ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho “Ainda” a Ser Trilhado. Direito Público. Nº 17 – Jul-Ago-Set/2007 – Estudos, Conferências e Notas. p. 142

⁴⁵ ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho “Ainda” a Ser Trilhado. Direito Público. Nº 17 – Jul-Ago-Set/2007 – Estudos, Conferências e Notas. p.157-158.

⁴⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Nº 24, Dez/Jan/Fev 2011, Salvador-BA. p. 05.

horizontal, vertical, institucional, procedimental, objetiva, subjetiva, negativa, positiva, ativa e passiva), conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade e evolução dos direitos fundamentais.

Ainda neste sentido, o autor⁴⁷ ressalta que para a concretização de direitos fundamentais é necessário identificar o Sistema Constitucional de proteção e concretização do Mínimo Existencial, estabelecendo inicialmente novos parâmetros de aferição do seu conteúdo, como a proibição do retrocesso, o dever de solidariedade e a inaplicabilidade da reserva do possível, todos filosófica e juridicamente orientados pelo pensamento possibilista desenvolvido por Habermas em seu pluralismo y constitución (na construção da norma jurídica buscar a interseção entre realidade, necessidade e possibilidade).

Ademais, para a compreensão do sistema de proteção dos direitos fundamentais, neste contexto de Estado Constitucional, é fundamental sistematizar os critérios de solução de conflitos entre tais direitos, já que um direito fundamental só é passível de restrição em conflito com outro direito fundamental de igual ou superior relevância (concretamente estabelecida), a partir de uma ponderação de interesses, orientada pelos critérios da razoabilidade (afastar decisões absurdas) e da proporcionalidade (dentre decisões não absurdas, escolher a sua solução; necessária- menos gravosa; e proporcional em sentido estrito- quanto maior a restrição de determinado direito, maior deve ser a realização do outro).⁴⁸

Oliveira Júnior, em citada obra, chama atenção para o fato que, em se tratando de direitos fundamentais, vistos sob o crivo de um Estado Constitucional de direitos, o maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente, pois tais direitos, para o autor, existem em um contexto de solidariedade objetiva e subjetiva e apenas existem solidariamente. Negar um direito fundamental implicaria, ressalta, a negação de todos os demais direitos fundamentais, o que atribui “solidariedade objetiva” e afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver uma vida digna ou de ter

⁴⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Nº 24, Dez/Jan/Fev 2011, Salvador-BA. p. 05.

⁴⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Nº 24, Dez/Jan/Fev 2011, Salvador-BA. p 05.

acesso a quaisquer direitos fundamentais o afasta de sua própria condição humana, o que chamou de “solidariedade subjetiva”.

Por tudo, Barroso⁴⁹ enfatiza o dever dos três poderes, em conjunto, para a realização dos Direitos Fundamentais, dentre eles o Direito à Saúde, na extensão maior possível desses direitos, dentro de um contexto de Estado Constitucional de Direitos. Nesse sentido:

“O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos”.

Desta forma, a concretização de Direitos Fundamentais pressupõe a atuação dos três poderes do Estado, bem como a garantia de um mínimo existencial para que a pessoa possa viver em dignidade, muito embora essa garantia possa implicar a disponibilidade de recursos públicos e estes possam representar, muitas vezes, obstáculos concretos à concretização destes direitos.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ. 2007. p.10

2- ENTRAVES JURIDICOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

Segundo Santetti ⁵⁰ os direitos de uma forma geral demandam investimentos públicos. No entanto, quando se fala em direitos prestacionais, como é o caso do Direito à Saúde, tais investimentos tomam proporções gigantescas. De forma a justificar a impossibilidade de atender de forma adequada a todos os direitos sociais arrolados no art. 6º da CRFB/88 (educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade, à infância e assistência aos desamparados), o Estado por vezes utiliza-se dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.

Assim, a concretização do Direito Fundamental à Saúde, muitas vezes se torna bastante difícil, eis que depende da atuação de terceiros, mais precisamente do Estado, atuando por meio de seus administradores, para que essa concretização realmente aconteça de forma efetiva. Nesse sentido: Apesar de a saúde ser um direito previsto constitucionalmente no rol dos Direitos Fundamentais, já sua implementação não é das mais fáceis. Tal fato ocorre porque a sua efetividade depende de ações de terceiros, mais precisamente do Estado.

O autor ainda acrescenta que as políticas públicas de saúde e orçamentárias são fatores decisivos à consecução do fim almejado pelo legislador constitucional, que é a saúde da população. No entanto, a má administração dos recursos públicos ou por que não dizer, a falta de vontade dos administradores acaba por prejudicar a prática de ações que visam à garantia do referido direito fundamental social.”⁵¹

Com efeito, também se torna empecilho para esta concretização, aqui discutida, a falta de integração entre os Poderes da República, vez que o Poder Judiciário não pode agir sozinho nesta difícil atuação. Portanto, deve-se ter em mente que a atuação do Judiciário é subsidiária às ações dos Poderes Legislativo e Executivo. O judiciário somente atuará quando os órgãos competentes não o

⁵⁰ SANTETTI, Nathali Machado. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. Revista do Direito. Vol XII, Nº 15, Ano 2009. p. 101-102.

⁵¹SANTETTI, Nathali Machado. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. Revista do Direito. Vol XII, Nº 15, Ano 2009. p. 106.

fizerem, ou o fizerem de maneira insatisfatória ao fim determinado na Constituição Federal de 1988 ⁵² .

Outrossim , sobre a atuação de terceiros, mais precisamente do Estado, para a concretização do Direito em tela, há de se considerar uma particularidade do Direito Fundamental à Saúde, qual seja, a de apresentar-se como um direito de dimensão negativa ou de defesa e também de dimensão positiva. Nestes termos é o ensinamento de Sarlet ⁵³:

“No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadão, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos(ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde”.

Ademais, com relação à dimensão positiva do Direito à Saúde, acrescentou: “(...) o Direito à Saúde, para além da dimensão defensiva já declinada, é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade”.⁵⁴

Sendo assim, o autor ⁵⁵ ainda ressalta que “qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade (...)”.

2.1-O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

⁵²SANTETTI, Nathali Machado. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. Revista do Direito. Vol. XII, Nº. 15, Ano 2009. Pág. 107.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº.11, set/out/nov. 2007. p. 10

⁵⁴. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº.11, set/out/nov. 2007. p. 11-12.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº.11, set/out/nov. 2007. p. 10

O Princípio do Mínimo Existencial, como salienta Fensterseifer ⁵⁶, representa, em termos gerais, “um consenso político-jurídico mínimo formulado pelo pacto constitucional e fundamento básico do Estado Social brasileiro. De tal sorte, pode-se afirmar que o mínimo existencial apresenta uma eficácia jurídica contramajoritária, uma vez que seu conteúdo não se encontra na esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, podendo, por conta disso, ser passível de controle judicial diante da omissão dos demais poderes em garantir a todos os cidadãos tal bem-estar mínimo. Tal espírito constitucional também está sedimentado no ideal democrático (...)”.

Ademais, é imperioso ressaltar que o referido princípio deve ser visto como parte integrante dos direitos fundamentais, como observa Barroso⁵⁷, *in verbis*:

“O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – tem o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos”.

No entanto, estabelecer um conceito de “Mínimo Existencial” em matéria de saúde é questão bastante difícil e, além disso, isto não pode ser um pretexto para a concessão desse direito, quando exigido judicialmente, com base a fornecer a prestação de serviços de saúde em âmbito coletivo. Nesse sentido o ensinamento de Barcellos⁵⁸, a saber:

⁵⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à Saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Revista da Defensoria Pública. Ano 1.Nº. 1. Jul/Dez 2008. p. 421.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ. 2007. p.10.

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº. 1. Jul/Dez 2008. p.140-141.

“(…) É claro que, além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido”.

Assim, a autora remonta a idéia de que a aplicação do Mínimo Existencial não pode ser baseada em questões pessoais ou particulares, cabendo ao Poder Judiciário, quando solicitado, garantir aquilo que realmente satisfaça a dignidade humana de forma incontestável, como se demonstra em seu texto quando afirma que ,no caso do mínimo existencial, entretanto, a eficácia decorre diretamente do texto constitucional e prescinde da intervenção legislativa. Ou seja: compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde (...).

Para esta autora, então, a questão a ser colocada, portanto, é simples de enunciar, embora difícil de responder: em que consiste o mínimo existencial em matéria de saúde? Ora, se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares⁵⁹.

Por fim, o texto de Torres⁶⁰ remonta à idéia de que os direitos fundamentais, tal como o Direito Fundamental à Saúde, são direitos que não se encontram sob a discricionariedade da Administração Pública ou do Poder Legislativo para serem entregues pelo Poder Judiciário quando demandado a respeito, eis que fazem parte de um grupo de direitos que vislumbram garantias institucionais da liberdade. Nesse sentido: “A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

O autor, então, conclui nesta mesma obra que, em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº. 1. Jul/Dez 2008. p.140-142.

⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito à Saúde, o Mínimo Existencial e a Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008. p. 274.

fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Relevante, também, o pensamento de Alexy⁶¹ na obra de Torres, reforçando a idéia da importância dos direitos fundamentais quando colocados à análise da competência orçamentária do legislador:

“(...) a força do princípio da competência orçamentária do legislador (die Kraft des Prinzips des Haushaltskompetenz des Gesetzgebers) não é ilimitada”, “nem é um princípio absoluto (es ist kein absolutes Prinzip): direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira (finanzpolitische Gründe)”.

Portanto, o referido princípio não pode ser visto como um obstáculo à concretização desses direitos, mas sim como norma norteadora para garanti-los de forma adequada, sendo interpretado de forma a fazer parte das políticas públicas almejadas pelo Estado, para que os Direitos Fundamentais sejam ofertados às pessoas de forma digna e eficaz.

2.2- O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Segundo Wei Liang Wang⁶² a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que resulta com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação pela omissão do poder público. Nesse sentido, estas políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E este, ressalta o autor, é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a proteção de um determinado direito social no caso concreto normalmente obriga o Estado a dispensar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos

⁶¹ ALEXY APUD RICARDO LOBO TORRES. O Direito à Saúde, o Mínimo Existencial e a Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008. p. 274.

⁶² WEY LIANG WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE). Dez 2006. São Paulo- SP. p. 04

que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender às decisões judiciais sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante.

Contudo, o mencionado autor ⁶³ esclarece quão difícil é o problema da escassez de recursos e a exigibilidade judicial dos direitos sociais. Assim, o autor ensina que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais - que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária e que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais³. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.

Ademais, Sarlet ⁶⁴sustenta que “a designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”.

Por outro lado, este autor⁶⁵ enfatiza que não lhe parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.

A reserva do possível, acrescenta seu texto: “constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos

⁶³ WEY LIANG WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE). Dez 2006. São Paulo- SP. p. 03.

⁶⁴SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Nº 1. Julho/ Dez 2008, p. 202.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Nº 1. Julho/ Dez 2008, p. 202.

direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.

Imperioso também se faz o ensinamento do autor no que tange à obrigação do Estado e seus agentes públicos frente à aplicação do mencionado Princípio quando da garantia de direitos a prestações:

“(…) resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. (...). O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5, § 1, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível, há que se explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existência”.

Com efeito, Azevedo⁶⁶ressalta que o referido Princípio da Reserva do Possível é, muitas vezes, adotado pelo Estado em sua própria defesa, salientando a impossibilidade fática de prover os direitos sociais ante a escassez de recursos. O autor, então, releva que, contra este argumento, sustenta-se que, embora a questão da reserva do possível não possa ser desprezada, ela não pode impedir a fixação da responsabilidade estatal, eis que o Estado tem como obrigação, primeiro, garantir os elementos fundamentais para a promoção do bem-estar do homem (mínimo existencial) para, só após, definir outros projetos cujos investimentos considere necessários.

⁶⁶ AZEVEDO, Júlio Rafael Buhl de. A efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 69 págs. Porto Alegre. 2010. p. 43

Outrossim, Freire Júnior ⁶⁷aponta sobre o tema em questão que “ antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam ser esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Este autor ⁶⁸ também contribui de forma relevante para o tema quando afirma que:

“Veja-se que há vários modos de se analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supralegal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos humanos. Um conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, estes devem prevalecer, devendo o juiz determinar a inclusão de suas despesas no plano plurianual ou, em caso de urgência, a inclusão de despesa ausente em orçamento anual, vez que a previsão de despesas orçamentárias deve ser interpretada de forma a atender direitos fundamentais.”

Por tudo, Inicialmente, cabe dizer que a insuficiência de fundos deve ser demonstrada, e não somente alegada. Caso isso ocorra, deve-se investigar o motivo da escassez de recursos, eis que podem existir gastos desnecessários face à urgência de outras questões. Isso feito, cabe destacar que os mesmos recursos insuficientes para se implementar uma política pública podem ser suficientes para iniciá-la, momento em que o juiz determinaria a inclusão de verbas no próximo orçamento para a sua continuidade.⁶⁹

2.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Segundo Krell⁷⁰, dentro de uma perspectiva moderna de constitucionalização dos direitos, há de se fazer uma releitura do denominado Princípio da Separação dos Poderes, no que tange à sua função original, qual seja,

⁶⁷ FREIRE JÚNIOR APUD JÚLIO RAFAEL BUHL DE AZEVEDO. A efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 69 págs. Porto Alegre. 2010. p. 43

⁶⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

⁶⁹ MATOS BAHIA, Gabriel. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

⁷⁰ KRELL, Andréas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

aquela que propiciava a garantia dos referidos Direitos Fundamentais. Nesse sentido:

“Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto Princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no Século XVIII, está produzindo com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo a seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.

Sendo assim, descabe suscitar o Princípio da Separação dos Poderes como entrave à concretização dos Direitos Fundamentais, eis que tal argumento mostra-se completamente deturpado considerando-se a separação de funções como um mecanismo para viabilizar a efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista ⁷¹.

Com efeito, o entendimento de Matos Bahia⁷² nos remonta à necessidade de uma interpretação do texto constitucional não somente feita em partes, mas em texto uno, de forma a permitir a atuação dos Poderes dentro do contexto proposto pelo Estado Democrático de direitos. Assim relata o autor:

“(...) no Estado Democrático de Direito, é impossível se admitir que o princípio da separação dos poderes impeça qualquer tipo de interferência entre eles. Essa interferência sempre existiu, sendo importante lembrar que o princípio em pauta é apenas um dentre vários previstos na Constituição, e por isso, deve ser aplicado em harmonia com os demais princípios constitucionais. A Constituição não pode ser interpretada por partes, mas sim como um texto uno. Há portanto em nosso País uma separação de funções e não de Poderes, ate porque , na verdade, todos os Poderes estão abaixo da Constituição e ,dessa forma, o poder estatal seria uno, materializado na Constituição. Partindo daí, se extrai que a separação das funções tem como objetivo, também, viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais ”.

Relevante também se faz o posicionamento de Araújo ⁷³ no texto de Matos Bahia que se posiciona sobre a concretização dos Direitos Fundamentais quando em confronto com o Princípio da separação dos Poderes: “Contudo, pode-se

⁷¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37/38.

⁷² MATOS BAHIA, Gabriel. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

⁷³ ANA LUÍZA GOMES DE ARAÚJO APUD GABRIEL MATOS BAHIA. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas”.

Ademais, nesse sentido, este autor enfatiza que entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever.

Dessa forma, o referido autor⁷⁴ conclui que mesmo que a postura do Poder Judiciário em tutelar a Constituição Federal possa ser causadora de atrito com as demais funções do Poder, deve-se frisar que não se propõe uma supremacia de uma delas em detrimento das outras, mas sim a supremacia da própria Constituição da República. E ainda acrescenta que não há mais que se falar em separação de poderes, mas sim de funções, todas elas subordinadas a um poder uno, que é a Constituição, que também garante legitimidade democrática aos juízes.

Em conclusão, o texto de Piovesan e Vieira ⁷⁵ ressalta que há uma tendência minoritária em adotar a ótica liberal clássica no que se refere ao Princípio da Separação dos Poderes, como meio de afastar a justiciabilidade do Direito à Saúde sob o argumento central de que não caberia ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área de saúde, sob a justificativa da ofensa ao referido Princípio. E acrescenta que com relação ao Direito à Saúde :

“(…) o que se diagnostica é que se visa, em decisão judicial, assegurar o direito à saúde como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. A este direito se correlaciona o dever do Estado de formular e implementar políticas que visem a garantir a todos o acesso universal e igualitário ao direito à saúde. Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, deve-se optar pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado

⁷⁴ MATOS BAHIA, Gabriel. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Año 8, Nº 15, 2006. ISSN 1575-6823 <http://us.es/araucaria>.

pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado que, como visto, não pode ser obstáculo à implementação do direito”.

Por tudo, o referido Princípio deve ser interpretado de forma harmônica com os demais princípios constitucionais e não de forma isolada, de modo a auxiliar o Estado, enquanto cumpridor das normas constitucionais e enquanto prestador de políticas públicas à população, com o objetivo de garantir os Direitos Fundamentais postulados pela Constituição Federal, ao mesmo tempo em que, esse Estado, quando demandado a garantir tais direitos, possa interpretá-lo não como obstáculo, mas como facilitador à efetivação do dever estatal de cumprir com a norma constitucional.

3- ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

3-1- ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL 47, EM SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR, INTERPOSTO PELO ESTADO DE PERNAMBUCO.

Inicialmente cumpre-nos analisar o Agravo Regimental 47, que, conforme relatório escrito no documento em questão, fora interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão de fls. 116-121, na qual o Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, o Ministro Nelson Jobim, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo juízo federal da 8ª Vara de Petrolina–PE (Ação Civil Pública nº. 2004.83.08.000505-0), cuja suspensão havia sido negada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Neste sentido foi o ementário do referido documento:

SL 47- AGR –PE:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde-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.

O presente documento data de 17 de março de 2010 e reflete o atual pensamento do Supremo Tribunal Federal no que tange à concretização do Direito Fundamental à saúde, eis que o voto do relator fora acompanhado por unanimidade pelos outros ministros da Corte, refletindo um paradigma favorável à concretização desse Direito por este Tribunal e enfatizando aspectos importantes para a concretização desse direito, quais sejam:

No caso concreto debatido no referido Agravo Regimental, o agravante requeria a reforma da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, argumentando-se que o cumprimento da decisão implicaria em deslocamento de esforços e recursos estaduais e a uma descontinuidade da

prestação dos serviços de saúde em outros postos de atendimento à saúde de âmbito local.

Acresça-se a estes fatos que o referido Agravo voltava-se contra decisão proferida pelo Ministro Nelson Jobim que indeferira suspensão da tutela antecipada, deferida nos autos de Ação Civil Pública, a qual determinou ao município de Petrolina – PE, ao próprio estado de Pernambuco e à União que tomassem providências administrativas para a melhoria do atendimento de Hospital local.

As medidas cabíveis foram proferidas contra o município e, ao Estado e à União, couberam, efetivamente, auxiliar o município para que este pudesse cumprir as providências propostas pela referida decisão.

Sendo assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes (presidente) ressaltou, quanto ao complexo tema da concretização do Direito à Saúde no caso concreto específico do agravo analisado, alguns aspectos relevantes sobre os meios de se concretizar tal direito, dentre eles, o fato de que “ existe o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais demandam custos públicos, dando significativo relevo ao tema “ reserva do possível” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que levar a sério os direitos significa levar a sério o problema da escassez

⁷⁶

Outrossim, o ministro ressaltou, por sua vez, em seu voto de que é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação desse direito, quais sejam:

“O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como sendo um direito de todos; um dever do Estado; garantido mediante políticas sociais e econômicas; que visem à redução do risco de doenças e outros agravos; regido pelo princípio

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o nº. 504357. Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, recuperação e proteção”⁷⁷.

Sendo assim, enfatiza o ministro em seu voto, que “é possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. E acrescenta: “ Dizer que a norma do artigo 196 da Constituição Federal da República, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma pragmática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da constituição”⁷⁸.

Ademais, o ministro Gilmar Mendes nesse voto faz menção, notadamente, ao voto do ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº. 271.286-8/RS, em que o referido ministro, no seu entender, contribui relevantemente para o problema aqui exposto, qual seja o da concretização do direito fundamental à saúde, quando “reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional em que a interpretação programática não pode transformá-la em uma promessa constitucional inconstitucional, o que impõe, necessariamente, aos entes federados um dever de prestação positiva”⁷⁹.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o nº. 504357. Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o nº. 504357. Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- Políticas Públicas. Judicialização do Direito à Saúde. Separação de Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.

Assim, conclui ainda, a garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, certamente, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso ⁸⁰.

Com efeito, o ministro também salientou que o estudo do direito à saúde no Brasil leva à conclusão de que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, o que implica, também, a composição dos orçamentos dos entes da federação do que a ausência de legislação específica. E conclui: “o problema não é de inexistência mas de execução das políticas públicas por parte dos entes da federação”⁸¹.

Neste voto, segundo o referido ministro, em matéria de saúde, a maior procura pelo Poder Judiciário para ter solucionada a concretização do direito à saúde não está na interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas

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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min. Pág. 13

públicas, o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes⁸².

Outro dado importante que, segundo o ministro Gilmar Mendes deve ser observado, diz respeito “à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”⁸³.

O ministro ainda observa que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política da saúde existentes, o que, não descarta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir por outra medida diferente da custeada pelo SUS que deva ser fornecida a determinada pessoa por razões específicas do seu organismo⁸⁴.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%25c2%25b0%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min. Pág. 14

⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%25c2%25b0%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min. p.19.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%25c2%25b0%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min. p.19.

Impende ressaltar, também, a menção ao voto do Ministro Celso de Mello no referido agravo, com considerações acerca da concretização desse direito: “a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo auferido, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se dolosamente de suas obrigações constitucionais”.

E ainda: tratando-se de um direito de prestação positiva que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que o poder público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de conformação e de cujo exercício possa resultar (...) a nulificação dessa prerrogativa essencial⁸⁵.

Notadamente, o ministro Celso de Mello também pondera que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como um direito subjetivo inalienável, impostos a todos (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um direito financeiro e secundário do Estado, entende o ministro, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídicas impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas⁸⁶.

Destarte, o ministro Celso de Mello se refere também, em seu voto, à “proibição do retrocesso” em matéria de direitos fundamentais e explica: “ a

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%C3%BAmero/504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%C3%BAmero/504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

aplicação desse princípio impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”⁸⁷.

Por tudo, o referido ministro adverte para o fato de que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa, como o direito à saúde, a incapacidade de gerir recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, (...) não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo poder público, da norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal, que traduz e impõe ao Estado um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental representar em grave vulneração a um direito fundamental e que é o direito à saúde⁸⁸.

3-2- ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL Nº. 271.286-8 EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

Em outra decisão, notadamente o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 271.286-8 interposto pelo município de Porto Alegre, teve a seguinte ementa no tocante ao Direito à Saúde ora postulado:

RE 271.286-RS, Rel.min. Celso de Mello.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%C3%BAmero/504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%C3%BAmero/504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15min.

Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros- Direito à vida e à Saúde-Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido.

A legislação que assegura às pessoas carentes portadoras do vírus HIV a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

- O direito à Saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

- O Direito Público subjetivo à Saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público (Federal, Estadual e Municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.⁸⁹

Neste precedente do Supremo Tribunal Federal ocorreu o não conhecimento do recurso extraordinário deduzido pela parte agravante, eis que manteve o acórdão emanado do Tribunal de Justiça local, que, com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal, reconheceu ao recorrente, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, em casos de envolvimento de pacientes com baixos recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

A parte agravante sustentou que a decisão merecia ser reformada pelos seguintes fundamentos: “que ao condenar o município de Porto Alegre ao fornecimento de medicamentos aos portadores de HIV, tal fato viola o artigo 167, I, da Constituição Federal que veda o início de programas não incluídos na Lei Orçamentária anual; são nas leis dos orçamentos anuais que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social, conforme dispõe o artigo 165, III, § 5º, da Constituição Federal; quando decide o acórdão com base na Lei 9313/96 que firma

⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

que as despesas com medicamentos para portadores de HIV sejam sanadas com recursos da Seguridade social da União, dos Estados e dos municípios, deixou de considerar que a própria lei no seu artigo 2º remete sua eficácia à norma regulamentar, pois do contrário estaria a norma federal violando o artigo 165,III e §5º, III, da Constituição Federal”⁹⁰.

O agravante ainda aduziu que a decisão agravada ao deixar de observar a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, vai de encontro ao Princípio federativo da Separação dos Poderes e artigo 198, § único, da Constituição Federal, eis que este atribui às três esferas federativas o financiamento, ações e serviços de saúde⁹¹.

Sendo assim o referido agravo foi posto ao crivo do STF a fim de que pudesse ser votado.

Com efeito, o voto do ministro relator Celso de Melo ressaltou que “a mera alegação ao desrespeito ao artigo 167, I, da Constituição Federal, não basta por si só para legitimar o acesso à via recursal extraordinária”⁹².

Além disso, a alegação do agravante de ofensa aos artigos 2º e 198º § único, da Constituição Federal, estaria em confronto com vários precedentes do STF em causas idênticas a que trata o processo em análise.

Enfim, no que concerne ao fundo da discussão, o referido ministro enfatizou o seguinte enunciado:

“Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator,

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada:Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada:Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada:Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa”⁹³.

Neste sentido, o ministro enfatizou novamente, como já se pronunciara no julgado anterior aqui analisado, que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) uma vez configurado esse conflito, impõe-se ao julgador, uma só e possível opção, qual seja, aquela que privilegia o respeito à vida e à saúde humanas, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, para pessoas carentes⁹⁴.

Também conforme o enunciado no precedente anterior, o ministro ressalta que o direito público subjetivo à saúde apresenta característica indisponível assegurado a todos pela Constituição Federal e traduz um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, cuja integridade o poder público deve velar, de forma responsável, e que lhe incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores de HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar⁹⁵.

Ademais, salienta tal voto, no que tange ao Direito à Saúde e sua garantia aos cidadãos, não basta que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito, deve ir além: torna-se, essencial que, para além da declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min

garantido, especialmente nos casos, como o do Direito à Saúde, em que se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do ente estatal, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento da Constituição Federal⁹⁶.

Finalmente, o voto chama a atenção para o fato da essencialidade do Direito à Saúde, fato que ensejou que o legislador constituinte qualificasse-o como prestações de relevância pública, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental ⁹⁷.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

CONCLUSÃO

Considerando-se tudo o que foi exposto neste trabalho chegou-se à conclusão de que os direitos fundamentais tendem a possuir um duplo conteúdo constitucional. De um lado, são individuais e parecem garantir aos seus titulares direitos subjetivos específicos. Do outro, são caracterizados por uma dimensão institucional que parecem implicar a garantia jurídico-constitucional de aspectos essenciais na vida do cidadão.

Além disto, os Direitos Fundamentais, como o Direito Fundamental à Saúde, necessita, para ser concretizado, de que seja-lhe reconhecida sua perspectiva objetiva, qual seja aquela que considera que este direito irradia para além da esfera pública e requer também a participação da esfera privada na sua efetivação.

Outrossim, concluiu-se que para que ocorra uma efetiva concretização desse Direito mencionado necessária se faz a interpretação do texto constitucional dentro do paradigma do Estado Constitucional de Direitos, no sentido de inclinar os Direitos Fundamentais para o ápice da estrutura normativa da Constituição, eis que com esta atitude as mudanças na interpretação do texto constitucional são significativas, o que ,consequentemente, implica em uma maior garantia dos Direitos Fundamentais para a população , como o Direito Fundamental à Saúde aqui discutido.

Acresça-se a estes argumentos que a concretização do Direito Fundamental à Saúde, muitas vezes se torna bastante difícil, eis que depende da atuação de terceiros, mais precisamente do Estado, atuando por meio de seus administradores, para que essa concretização realmente aconteça de forma efetiva.

Com efeito, o Estado por vezes se utiliza dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível que, a nosso ver , apresentam-se como verdadeiros entraves jurídicos para a concretização do Direito discutido.

Nesse sentido, os textos analisados remontam à idéia de que a aplicação do Mínimo Existencial não pode ser baseada em questões pessoais ou particulares, ou seja, não fica à inteira discricionariedade do Poder que o alega, cabendo ao Poder Judiciário, quando solicitado, garantir aquilo que realmente satisfaça a dignidade humana de forma incontestável.

Com relação ao Princípio da Reserva do Possível os textos analisados remontam à idéia de que tal princípio deve ser considerado, muitas vezes com reservas, e levado à sério de tal forma que não se desconsidere que cabe ao poder público que o alegue o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Neste contexto, também o Princípio da Separação dos Poderes tem sido utilizado como entrave jurídico para a concretização do Direito à Saúde, vez que os Estados alegam que não cabe ao Poder Judiciário se manifestar acerca da discricionariedade dos atos estatais para atender a demanda da população em matéria de saúde. No entanto, parece haver uma tendência minoritária em adotar essa ótica no que se refere ao Princípio da Separação dos Poderes, como meio de afastar a justiciabilidade do Direito à Saúde, pois a tendência é a predominância de que o Poder Judiciário, quando demandado, vislumbre assegurar esse direito como prerrogativa constitucional inalienável e indisponível do direito à vida.

Outra dificuldade que parece estar presente para a concretização do referido Direito diz respeito à falta de integração entre os Poderes da República, uma vez que o Poder Judiciário não pode agir sozinho nesta difícil atuação. Assim, deve-se ter em mente, para que os objetivos da concretização sejam alcançados, que parece ser essencial que o Poder Judiciário tenha uma atuação subsidiária às ações dos Poderes Legislativo e Executivo e que este poder somente atue quando os órgãos competentes não o fizerem, ou o fizerem de maneira insatisfatória ao fim determinado na Constituição Federal de 1988.

Ademais, também a má administração dos recursos públicos ou por que não dizer, a falta de vontade dos administradores parece acabar por prejudicar a prática de ações que visam à garantia do referido direito fundamental social, mas é preciso considerar que, para a garantia de Direitos Fundamentais, é preciso ressaltar que estes direitos não se encontrem sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendam nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos.

Por fim, com relação à análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal ao tema proposto, concluiu-se que esta Corte parece reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional em que a interpretação programática da Constituição não pode transformá-la em uma promessa constitucional inconseqüente, o que impõe, segundo o posicionamento dos votos analisados, necessariamente, aos entes federados, um dever de prestação positiva.

Por sua vez, aquela corte parece acreditar que a garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

REFERÊNCIAS

ALEXY apud TORRES, Ricardo Lobo. O Direito à Saúde, o Mínimo Existencial e a Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008. Pág. 274.

ARAÚJO, Ana Luíza Gomes de, apud BAHIA, Gabriel Matos. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

AZEVEDO, Júlio Rafael Buhl de. A efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 69 págs. Porto Alegre. 2010. Pág. 43

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. Pág. 138.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. Pág.139.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul/Dez 2008. Pág. 140-141.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ. 2007. Pág.10

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15 SET. 2011.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. Pág.362.

_____. Teoria do Estado. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. Pág.363.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS- Pessoa destituída de recursos financeiros-Direito à vida e à Saúde- Fornecimento gratuito de medicamentos- Dever constitucional do Poder

Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. AgRg no RE 271.286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 12/09/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>. Acesso em 7 de Março de 2012. 20h00min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais Sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde- 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 Ag R/ PE. Tribunal Pleno. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 17/03/2010. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o nº. 504357](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob%20o%20n%20504357). Acesso em 6 de Março de 2012. 20h15m.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Disponível em: < <http://www.Geocities.ws/b2centaurus/livros/c/canotilho.pdf>. Pdf>. Acesso em 15 SET 2011.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo –SP, novembro de 2009, pág. 5992.

_____. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo–SP, novembro de 2009, pág. 5991.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à Saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Revista da Defensoria Pública. Ano 1.Nº. 1. Jul/Dez 2008. Pág. 421.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê apud AZEVEDO, Júlio Rafael Buhl de. A efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 69 págs. Porto Alegre. 2010. Pág. 43

_____. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

_____. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37/38.

GORDILLO, Agustín apud BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

HABERLE apud VICTORINO Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

HÄBERLE, Peter. O Estado Constitucional Cooperativo. Editora Renovar. Rio de Janeiro-RJ. São Paulo-SP. Recife-PE. 2007. Pág. 06.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p.19.

_____. A força normativa da Constituição. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p.07.

SARLET, Ingo apud SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.13.

_____. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2009. p.16.

_____. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.02.

_____. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.13.

KRELL, Andréas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011.

MATOS BAHIA, Gabriel. Breves apontamentos acerca da insuficiência dos óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em www.ambitojuridico.com.br. Acesso em 13/11/11.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Nº 24, Dez/Jan/Fev 2011, Salvador-BA. p. 05.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. Universidad Externado de Colômbia. 2002. Calle 12, nº 1-17. Pág 97.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. *Série de Teoria Jurídica y Filosofia del derecho*, n. 23, Bogotá/Colombia, 2002. p. 67

PIOVESAN, Flávia. VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Año 8, Nº15, 2006. ISSN 1575-6823 <http://us.es/araucaria>.
ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho “Ainda” a Ser Trilhado. *Direito Público*. Nº 17 – Jul-Ago-Set/2007 – Estudos, Conferências e Notas. Pág. 142

SAMPAIO, Marcos. A função social dos direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 86, 01/03/2011[Internet]. Disponível em ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9142. Acesso em 22/10/2011.

SANTETTI, Nathali Machado. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. *Revista do Direito*. Vol XII, Nº 15, Ano 2009. Pág. 101-102.

_____. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. *Revista do Direito*. Vol XII, Nº 15, Ano 2009. Pág. 106.

_____. O Direito Fundamental à Saúde e a atuação do Judiciário em sua concretização. *Revista do Direito*. Vol XII, Nº 15, Ano 2009. Pág. 107.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº.11, set/out/nov. 2007. Pág. 10

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Nº.11, set/out/nov. 2007. Pág. 11-12.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Nº 1. Julho/ Dez 2008, pág. 186-187.

_____. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Nº 1. Julho/ Dez 2008, pág. 202.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p.03

_____. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. 2009. 28f. Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília. Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2009. p15.

SILVA, Cissa Maria de Almeida. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: < [http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo e onovo paradigma do constitucional de direitounsuporte axiologico para a efetivação dos direitos fundamentais sociais-1802344.html](http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/neoconstitucionalismo_e_onovo_paradigma_do_constitucional_de_direitounsuporte_axiologico_para_a_efetivação_dos_direitos_fundamentais_sociais-1802344.html)>. Acesso em 15 SET. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari APUD LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 15 set. 2011

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva Jurídico-Constitucional da Defensoria Pública: Um Caminho“Ainda” a Ser Trilhado. Direito Público. Nº 17 – Jul-Ago-Set/2007 – Estudos, Conferências e Notas. Pág. 157-158.

BREUS, Thiago Lima apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A concepção de Direitos Fundamentais como trunfos no Estado Constitucional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo , NOV,2009, pág. 5985

TORRES, Ricardo Lobo. O Direito à Saúde, o Mínimo Existencial e a Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008. Pág. 274.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007

WEY LIANG WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE). Dez 2006. São Paulo- SP. Pág. 04