

UNIVERSIDADE PARANAENSE
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA

ANTONIO ZEFERINO DA SILVA JUNIOR

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

UMUARAMA
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANTONIO ZEFERINO DA SILVA JUNIOR

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR, como exigência parcial à obtenção do grau de mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi.

**UMUARAMA
2009**

S586e Silva Junior, Antonio Zeferino da
A efetividade do direito fundamental à saúde / Antonio
Zeferino da Silva Junior. -- Umuarama : Universidade
Paranaense – UNIPAR, 2009.
128 f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi.
Dissertação (Mestrado)-Universidade Paranaense-UNIPAR.

1. Direito constitucional. 2. Direito a saúde 3. Políticas
públicas. 4. Reserva do possível. I. Universidade Paranaense -
UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD: 341.274

Bibliotecária Responsável
Inês Gemelli
CRB 9/966

FOLHA DE APROVAÇÃO**ANTONIO ZEFERINO DA SILVA JUNIOR****A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi
Orientador

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Prof. Dr. José Aparecido Rigato

Umuarama, 12 de dezembro de 2009

AGRADECIMENTOS

Com certeza, este projeto não seria possível sem o apoio e o incentivo da minha família, principalmente dos meus pais, a quem devo minha existência como pessoa, que sempre me proporcionaram o melhor que a vida poderia oferecer, sem nunca deixar faltar amor, carinho e plena dedicação, e principalmente, mostrando que sem luta, torna-se impossível atingir os objetivos da vida.

Ao meu irmão Marcos Antonio Zeferino da Silva pelo exemplo de vida e notável saber jurídico, o qual seguramente teve participação neste projeto de vida por ser um grande incentivador aos meus estudos, com quem sempre compartilhei meus problemas, minhas angústias.

Ao meu irmão Sócrates Zeferino da Silva, pelos agradáveis momentos que passamos juntos, por toda convivência e troca de experiências efetivadas.

A meus amigos, em especial Alisson, Isis, Cristina, Alexandre, Ricardo a todos vocês meu muito obrigado, porque com certeza participaram ativamente deste projeto.

A meu orientador Eduardo Cambi, por sua pronta acessibilidade, que contribuiu de forma essencial para a conclusão do presente trabalho.

ZEFERINO, Antonio da Silva Junior. **A Efetividade do Direito Fundamental á Saúde**. 130 p. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, Umuarama.

RESUMO

O direito fundamental á saúde está disciplinado como um direito de todos e dever do Estado, que mediante á implementação de políticas públicas, deve assegurar ao cidadão todos os meios necessários à efetivação do direito em estudo. Entretanto, quando o poder público deixa de cumprir sua função, de forma a agredir os direitos constitucionalmente garantidos, surge ao poder judiciário o dever de suprir a inércia administrativa, garantindo ao cidadão a materialização de seus direitos. Neste particular desenvolve-se o presente trabalho, porque ao Estado não é permitido furta-se a prestar suas obrigações perante a sociedade, principalmente quando o direito á vida encontra-se no cerne do conflito.

Palavras-chave: saúde, efetividade, materialização, políticas públicas, reserva do possível.

ZEFERINO, Antonio da Silva Junior. **The Effectiveness of the fundamental right to health.** 130 p. 2009. Dissertation (Masters in Law) – Universidade Paranaense, Umuarama.

ABSTRACT

The fundamental right to health is disciplined as a right of all and State's duty through the implementation of public policies. The citizen must have all necessary means for utilization of the right which is the issue of this study. However, when the government fails to fulfil its function to guarantee the constitutional rights, it is the judiciary the duty to find administrative remedies against inertia, ensuring the realization of the citizen rights. In particular this study was developed, because the government is not allowed to forbear to pay their obligations to society, especially when the right to life is at the heart of the conflict.

Keywords: health, effectiveness, materialization, public policy, reserve possible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 Conceito	10
2.2 O direito e sua origem	13
2.3 A hierarquia principiológica constitucional	18
2.3.1 Colisão entre princípios constitucionais	21
3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	26
3.1 Evolução histórica	27
3.2 Tentativa conceitual	35
3.3 Da eficácia das normas constitucionais	41
4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À COMPETÊNCIA PROCESSUAL DOS ENTES FEDERATIVOS	52
4.1 Da competência da União	55
4.2 Da competência do Estado	63
4.3 Da competência Municipal	64
4.4 Competência do Distrito Federal	66
4.5 Competência dos entes federativos – considerações finais	68
4.6 Mecanismos de efetivação do direito fundamental à saúde	
4.6.1 Mandado de segurança	
4.6.2 Mandado de injunção	
4.6.3 Obrigação de dar	
5 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	70
5.1 Titularidade	70

5.2 O direito fundamental à saúde VS O princípio da reserva do possível	75
5.3 Problemática relacionada à efetivação material do direito fundamental à saúde	86
5.3.1 Da questão orçamentária	86
5.3.2 Do desvio de verbas públicas praticado pelos agentes políticos	92
5.4 Meios de materialização do direito fundamental à saúde	103
5.4.1 Da implementação de políticas públicas e o ativismo judicial	105
5.4.2 Do princípio da proibição do retrocesso	107
5.4.3 Do bloqueio de verbas públicas	112
5.4.4 O Princípio da Proporcionalidade como instrumento efetivador do direito fundamental à saúde	120
6 CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

A análise sistemática constitucional demonstra que, junto ao texto maior, o ser humano possui tratamento privilegiado, vez que todo o sistema jurídico pátrio se desenvolve no sentido de assegurar a vida como valor supremo.

Tanto é verdade, que dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, encontra-se a dignidade da pessoa humana, enquanto que dentre os objetivos, busca-se a obtenção de uma sociedade mais justa, zelando pela garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, ou seja, o texto maior faz do povo nacional o núcleo central do Estado.

No entanto, a busca incessante pelo bem-estar humano somente será efetivada, desde que os valores constitucionais sejam efetivamente materializados. A concretização pela busca formal dos valores essenciais da vida não são suficientes para que se obtenha uma vida de qualidade.

Dessa forma, assegurar integralmente a vida consiste em materializar os direitos constitucionais, oferecendo ao povo mecanismos para que possa obter o mínimo necessário da concretude de uma vida digna.

No intuito de assegurar a dignidade da vida humana, o legislador constituinte sistematizou o direito à saúde como direito social, que se encontra disciplinado dentre o título dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à saúde é disciplinado como um direito de todos e dever do Estado, que mediante a implementação de políticas públicas, deve assegurar ao cidadão os meios necessários à aplicação adequada do direito fundamental em estudo.

Entretanto, apesar da formalização do direito, observa-se que o mesmo não vem sendo materializado de forma adequada. O poder público mostra-se inteiramente incompetente para administrar o patrimônio público, e sua incapacidade para gerir a economia nacional traz graves danos à saúde pública.

A saúde pública deveria ser garantida via implementação de políticas públicas, no entanto, até a presente data, os governantes mostraram-se incompetentes para implementá-las adequadamente, diante da necessidade de garantir ao povo uma saúde de

qualidade, não está havendo outra forma de materializá-la, senão via poder judiciário, que neste particular vem para corrigir os erros praticados pela administração, fazendo valer o direito fundamental à saúde.

Assim, diante da problemática em questão, o trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos, nos quais se pretendeu inicialmente fazer um estudo sobre os direitos fundamentais, e posteriormente, junto ao capítulo seguinte, enquadrar a saúde como direito fundamental.

O tópico posterior tratou da competência dos entes federativos, de forma a estabelecer a quem pertence o dever de garantir ao cidadão a materialização do direito fundamental à saúde, e havendo inércia, qual o ente responsável para efetivá-lo.

Na sequência, posta a problemática relacionada ao tema, fez-se o estudo de mecanismos que podem vir a minimizar a inoperância pública, mecanismos cuja a finalidade é entregar ao cidadão a adequada prestação sanitária.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO:

Inicialmente, deve-se atentar para a diversidade de nomenclaturas existentes em face do termo “direitos fundamentais”, podendo ser encontradas diversas expressões com significados sinônimos, como liberdades públicas, direitos humanos, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem, bem como direitos subjetivos públicos.

Quanto ao termo “direitos humanos”, afirma o professor Marcelo Novelino, que este possui diferenças em relação aos denominados “direitos fundamentais”, vez que ambos os termos relacionam-se aos valores de liberdade e igualdade, sempre visando à proteção da dignidade da pessoa humana, no entanto, diversificam-se, segundo seu âmbito de atuação, porque direitos humanos estão consagrados num plano internacional, já direitos fundamentais, são utilizados num plano interno, como é possível verificar abaixo:

Os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” costumam ser utilizados para designar, senão a mesma realidade, pelo menos realidades muito próximas. A expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Apesar da inexistência de um consenso doutrinário acerca de sua diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais usual é no sentido de que ambos contemplam, em planos distintos, direitos relacionados à liberdade e à igualdade criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), ao passo que os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo seu conteúdo e conformação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado.

A Constituição brasileira de 1988 adota a expressão “direitos fundamentais” em referência aos direitos nela positivados (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais) e o termo “direitos humanos” para designar os consagrados em tratados e convenções internacionais (CF, art. 4º, II; art. 5º, §3º, e art. 109, V-A e §5º).

No direito comparado, autores anglo-americanos e latinos utilizam, com maior frequência, a expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem”. Na Alemanha, o termo “direitos fundamentais” (*grundrechte*) possui um lugar de destaque, sendo utilizado para designar o sistema de relações ente o *indivíduo* e o *Estado*, enquanto fundamento da ordem jurídico-política. (NOVELINO, 2009, p. 360).

Já para Marcus Vinicius Ribeiro, tais nomenclaturas podem ser entendidas como sendo:

A acepção “direitos fundamentais” está ligada à ideia da consagração constitucional das liberdades do indivíduo, enquanto que “direitos humanos” ou “direitos do homem” estariam ligados à proteção da esfera de liberdade do ser humano, mesmo que sua proteção ainda não seja prevista expressamente pelo ordenamento jurídico. (RIBEIRO, 2009, p. 13).

Outro problema identificado vislumbra-se na conceituação do referido termo “direito fundamental”, que segundo a doutrina, pode ser conceituado de diversas formas, não havendo um consenso entre os doutrinadores.

Para Walber de Moura Agra, “direitos fundamentais” podem ser conceituados como:

Os direitos fundamentais assinalam um dos traços mais marcantes do constitucionalismo moderno, em que são tomados como direitos invioláveis dos homens, que de forma alguma podem ser suplantados. Marcam o fim definitivo da concepção hobbesiana de que os direitos fundamentais são decorrência do Estado e somente podem existir enquanto prerrogativa estatal.

Quando a Constituição brasileira agasalhou direitos fundamentais como os direitos econômicos, sociais, políticos, etc., eles adquiriram um conteúdo de maior relevo, gozando de supremacia e supralegalidade. Passaram a existir além da lei por força da Constituição. (AGRA, 2002, p. 135).

Quanto a José Afonso da Silva, os direitos fundamentais podem ser conceituados da seguinte forma:

“Direitos fundamentais do homem” constitui a expressão mais adequada, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; “fundamentais do homem” no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. E “do homem”, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. “Direitos fundamentais do homem” significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (SILVA, 2001, p. 178).

A doutrina de Guilherme Braga Peña de Moraes, atesta que:

Direito Fundamental deve ser conceituado como direito ou posição jurídica subjetiva asseguradora de uma esfera de ação própria e livre, impondo abstinência ou limitação à atividade estatal ou privada, ou determinante da possibilidade, decorrente de sua titularidade, de exigir prestações positivas do Estado (MORAES, 1997, p. 24).

Por fim, cabe colacionar o entendimento de Carl Schmitt, citado por Bonavides, segundo o qual direitos fundamentais, na essência, são os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face ao Estado (BONAVIDES, 1996, p. 515).

Assim, foi atestado acima que há diversos conceitos, cujo objetivo consiste em extrair o exato sentido do termo “direitos fundamentais”, sendo possível observar que em todos eles assevera-se pela proteção do homem face ao estado, sempre visando à proteção dos direitos necessários à sobrevivência digna da humanidade.

Em citação a J. H. Meirelles Teixeira, Marcus Vinicius Ribeiro, afirma que a proteção aos direitos fundamentais:

é a afirmação da personalidade humana e da liberdade individual em face do Estado, pelo repúdio de todo arbítrio, de todo despotismo estatal frente aos indivíduos, ao traçarem à atividade do Estado certos limites intransponíveis, mediante preceitos expressos e técnicas jurídicas adequadas, nelas solenemente inscritos e assegurados (RIBEIRO, 2007, p. 24).

Embasado nos pensamentos enumerados acima, pode-se afirmar que os direitos fundamentais consistem na limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, caracterizados por serem inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e relativos.

2.2 O DIREITO E SUA ORIGEM

A busca à origem do direito remonta ao estudo do direito natural, onde o direito tem sua origem nos fins existenciais do homem. Assim, para aqueles que atestam a existência do direito natural, seria esta a origem do direito, onde os fins são pré-estabelecidos na natureza humana.

Segundo essa ideologia, é o criador quem confere aos indivíduos e às comunidades responsabilidades e direitos por meio dos fins indicados na natureza, tendo o direito sua origem última em Deus.

Afinado a tal ideologia, o professor Johannes Messner, afirma que:

Só reconhecendo um Deus pessoal como criador e legislador é que a “força do direito” possui uma validade perfeitamente determinada; a não ser assim, nenhuma razão convincente haveria para que o “direito da força” não devesse de algum modo dominar. A santidade do direito, de que estamos acostumados a falar, nenhum sentido teria sem a existência de um Deus pessoal (MESSNER, p. 211).

Ao tecer algumas linhas sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirmou:

Teleologicamente existe uma hierarquia, porque suprema é a lei eterna, que só o próprio Deus conhece na plenitude, abaixo da qual estão a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela igreja), e a lei natural, que por sua vez é gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão (FERREIRA, 2007, p. 10.).

Assim, segundo a doutrina exposta, pode-se afirmar que o direito origina-se do direito natural, sendo aquela a ordem das relações sociais em harmonia com os fins existenciais humanos.

Mas há aqueles que se opõem à existência de tal direito. Para esses doutrinadores, na antiguidade não haviam direitos fundamentais, porque a existência de tais direitos pressupõe a necessidade de expor seus fundamentos, mas onde não há democracia, não há como falar em direitos fundamentais, face à ausência dos fundamentos necessários à efetivação de tais direitos.

Nesta época, imperava a escravidão, e o desrespeito ao ser humano era tão latente, que a mulher não era considerada um sujeito de direitos, e segundo a doutrina de São Tomas de Aquino, a mulher era equiparada a um homem falido.

O cristianismo também contribuiu para o reconhecimento dos direitos fundamentais, tal fato se deu devido à doutrina cristã definir o homem como criado à imagem e semelhança de Deus. Assim, ao considerar que Deus deu a vida ao homem, somente ele, e não o Estado, poderia tirá-las da pessoa.

Neste período, essas concepções foram preponderantes para o reconhecimento dos direitos fundamentais e para se perceber que devem existir limites ao Poder Estatal.

Posteriormente, já em 1215, reis já sem o mesmo poder de seus antecessores, pactuaram acordos com seus súditos, nos quais eram privilegiadas certas classes sociais.

Naquele ano, foi celebrada a mais conhecida concessão de direitos, nomeada Magna Carta do Rei João sem Terra, de 1215, fruto de imposição do parlamento inglês ao Rei João sem Terra, que foi obrigado a assinar tal documento, no qual constavam as modernas ideias dos direitos fundamentais e de liberdades que se quer tinham sido cogitadas.

Ensina José Afonso da Silva que a Magna Carta assinada em 1215, mas tornada definitiva em 1225, não é de natureza constitucional, mas sim uma carta feudal, feita para proteger privilégios dos barões e os direitos dos homens livres.

Após sua celebração, vários séculos se passaram para que os princípios nela contidos fossem de fato respeitados.

A Magna Carta foi um marco entre o sistema de arbítrio do poder estatal e a nova era dos direitos fundamentais. Esta carta serviu para que gerações posteriores tomassem conhecimento de seu texto, de forma a extrair seus princípios, percebendo a existência de direitos da comunidade que o próprio Estado deveria respeitar, além de se fazerem valer disposições como *Habeas Corpus*, os Princípios do Devido Processo Legal e da Legalidade, entre outros direitos elencados em tal documento.

Mais adiante, a revolução inglesa de 1688 marca o enfraquecimento do poder absoluto estatal, e a existência de acontecimentos sociais, políticos e filosóficos veio a criar condições para o surgimento de um novo Estado, o denominado Estado Liberal ou Estado Burguês.

A criação do Estado Liberal ficou caracterizada pela criação de direitos fundamentais, pela separação dos poderes da legalidade administrativa, e seu principal objetivo consistiria na proteção ao cidadão, evitando que arbitrariedades fossem praticadas pelo Estado.

Posteriormente, mais precisamente em 26 de agosto de 1789, foi criada em benefício do povo francês a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ficando estabelecido em seu preâmbulo que:

Os representantes do Povo Francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor numa Declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, recorde-lhes incessantemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser comparados a todo instante com a finalidade de cada instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, baseadas daqui por diante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.

Afirma a enunciada declaração, em seu artigo 1º, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, e as distinções sociais só podem ser baseadas sobre a utilidade comum. Complementando tal postulado, o artigo 2º, aduz que a finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem, sendo estes direitos a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Posteriormente, com o surgimento da Teoria dos Direitos Individuais ou Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, afirma-se o homem como destinatário dos direitos fundamentais, decorrente de seu posicionamento como membro de um grupo social contido no interior da organização estatal.

Neste momento histórico, Rosseau se manifestou, afirmando:

em um primeiro momento, haveria o estado de natureza, caracterizado pela liberdade plena do homem. Em uma segunda etapa, há a verificação do pacto ou contrato social, concebido como anuência, de todos os homens (que são essencialmente iguais, pois correspondem a partes contratantes de uma fonte de obrigação dotada de cláusulas idênticas, e devem observar, nos demais componentes da sociedade em que se encontram, idêntica natureza humana), sem exceções à delegação de poderes políticos, estabelecendo uma sujeição absoluta do indivíduo à sociedade, posto que aquele não detém qualquer prerrogativa para si, e o comprometimento de obediência à vontade geral (MORAES, 1997, p. 37).

Neste período, haveria um pacto social entendido como elemento legitimador do surgimento da sociedade, cabendo ao Estado a limitação das liberdades individuais, coordenando a forma como tais direitos seriam utilizados via norma jurídica, que seria a expressão da justiça e da vontade geral.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o homem afirma-se como incondicional destinatário dos direitos fundamentais, sendo agora reconhecido de forma expressa um direito de natureza difusa, vez que este documento fora formalizado na Assembleia Geral das Nações Unidas.

No preâmbulo do monumental documento, vislumbra-se a abrangência e a importância de tais direitos, ficando expresso:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão.

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades.

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

Neste momento, os direitos fundamentais passam a ser protegidos de forma internacional, passando a ser assegurados por instâncias internacionais, o que ampliou substancialmente o seu âmbito de atuação.

Além dos documentos elencados acima, há outros de igual teor e importância, como a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, a Declaração de

Independência dos Estados Unidos da América, ou ainda, a Declaração de Direitos Emanados das Treze Colônias Inglesas na América do Norte.

Atualmente, estes direitos encontram-se constitucionalizados em todos os Estados democratizados, manifestando-se como instrumento de proteção social, evitando que arbítrios sejam praticados pelo Estado em desprestígio da sua população.

2.3 A HIERARQUIA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL

Dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, ou seja, pela forma determinada por outra norma, que representa o fundamento imediato de validade da norma criada.

Assim, a norma que regula a produção legislativa é a norma superior, e a norma produzida é a norma inferior.

Dessa forma, pode-se afirmar que a ordem jurídica é construída de forma escalonada, na qual a norma inferior se valida na superior.

Esse é o entendimento de Hans Kelsen, exposto em sua obra Teoria Pura do Direito:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, tê-los dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o filho de Deus, ordenou-o no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso, mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de seu Filho (KELSEN, 1999, p. 215).

Assim, na hierarquia normativa exposta por Kelsen, a Constituição encontra-se no ápice normativo piramidal, sendo seguida pelas leis e por outros

atos normativos de menor importância, mas lembrando que acima da Constituição encontra-se a norma hipotética fundamental, cuja função é validar objetivamente toda ordem jurídica positiva criada pela vontade humana.

Segundo Kelsen, a norma hipotética fundamental não seria uma norma posta, mas sim uma norma pressuposta, capaz de harmonizar toda a atividade constituinte.

Quanto ao escalonamento dos atos normativos, deve-se observar que não há como macular a normatividade dos princípios constitucionais, os quais devem ser compreendidos como verdadeiras normas que se encontram postas hierarquicamente sobre os demais atos normativos.

Tal entendimento encontra respaldo nas palavras de Coelho:

Aceita-se de modo generalizado que a inserção na carta magna da nação de declarações relativas aos direitos básicos, conquistados ao longo da história da humanidade, é garantia da efetividade de tais direitos. Por isso, a esse tipo denomina-se precisamente constituição-garantia, ou constituição principiológica, locução que enfatiza o conteúdo declaratório da lei suprema da nação. Tal conceito pressupõe uma racionalidade analítica que se objetiva ideologicamente no ordenamento jurídico. Daí ser igualmente uma constituição principiológica, porque constituída por princípios que pairam acima das demais normas jurídicas, as quais se relacionam com aquelas numa relação dedutiva (COELHO, 2008, p. 79).

Sobre o assunto, em primoroso trabalho, o professor Eduardo Cambi manifestou-se:

A falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método silogístico, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Tal movimento foi incentivado pela *constitucionalização* dos direitos materiais e processuais fundamentais, retirando dos Códigos e, portanto, do direito infraconstitucional o núcleo hermenêutico do intérprete. A nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre a das regras. (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em 01/11/2009).

Partindo do pressuposto de que os princípios constitucionais se encontram postos hierarquicamente sobre as normas, seria correto afirmar que existe hierarquia entre os princípios?

Exemplificando, seria ideologicamente correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é hierarquicamente superior aos demais princípios constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa?

De forma abstrata, acredita-se não haver hierarquia entre os princípios, porque todos se encontram postos juntos ao texto constitucional, motivo pelo qual devem ser tratados igualmente.

Nessa linha, afirma Romeu Bacellar Filho:

que dentro da Constituição, não existe hierarquia normativa entre os princípios e as normas, mas há uma prevalência axiológica daqueles: Os princípios constitucionais estão no mesmo plano hierárquico-normativo das regras constitucionais. Vigora, no sistema brasileiro, o princípio da unidade normativa da Constituição, o que não impede a afirmação da hierarquia axiológica dos princípios constitucionais sobre as regras constitucionais (ROTHENBURG, 2003, p. 60).

Assim, na verdade, o que existe são campos diversos de atuação, extraído-se de cada princípio sua ideológica aplicação junto a seu campo de aplicação.

No entanto, deve-se ressaltar que existem princípios gerais de ampla aplicação, que são observados em todos os casos, como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana ou ainda princípio do devido processo legal, mas mesmo assim, não podem ser considerados superiores aos demais princípios, vez que extraem sua validade do mesmo diploma jurídico.

Assim, afirma-se que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, desde que analisados isoladamente, de forma abstrata. Mas será que se chega à mesma conclusão se tais princípios forem analisados face ao caso concreto? Ou seja, havendo colisão entre os princípios constitucionais, e sendo um deles chamado a regular o caso concreto em desprestígio de outrem, será que neste caso poderia pugnar-se pela hierarquia dos princípios constitucionais? Ou ainda, será que o melhor caminho consiste na aplicação ponderada dos princípios aplicados ao caso concreto?

Certamente, cada questão merece uma análise individualizada, vez que cada caso concreto possui suas peculiaridades, de forma que a subsunção se faz necessária para que seja encontrada uma resposta adequada ao problema.

2.3.1 Colisão entre princípios constitucionais

Inicialmente, deve-se ressaltar que não há antinomia principiológica constitucional, porque antinomia é um termo utilizado exclusivamente para identificar o conflito de normas.

O conflito de norma, também denominado antinomia jurídica, é solucionado segundo o critério proposto por Norbert Bobbio, no qual se deve atentar para o critério cronológico, para o critério hierárquico e para o critério da especialidade, de forma a obter a norma que irá regular adequadamente o caso concreto.

Quanto à colisão de princípios, afasta-se a denominada antinomia, porque o conflito principiológico constitucional faz surgir a aplicação conjugada dos princípios, que serão analisados em face ao princípio da proporcionalidade.

Assim, diante da colisão de princípios, deve-se observar que alguns contemplam valores mais importantes, e de acordo com determinada situação, certos princípios mostram-se mais adequados na aplicação junto ao caso concreto.

Tal questão é bem explorada no caso posto por Rothenberg:

Há poucos anos, houve o seguinte caso: dois homens viviam juntos. Um deles, que tinha um emprego mais bem remunerado (enquanto o outro dedicava parcela de seu tempo às atividades domésticas), adquirira o imóvel em que ambos moravam. Com o falecimento do primeiro, sua mãe reivindicou, na qualidade de herdeira única, a propriedade do imóvel, obtendo sucesso junto ao tribunal. Este, através da assessoria de imprensa, deu conta do episódio à mídia, sob a manchete de que o direito pátrio não reconhecia a união homossexual para todos os efeitos. Os repórteres investigaram e descobriram que o falecido morrera vitimado por AIDS, bem como que o segundo também havia contraído a doença. A partir daí, este alegou que passou a sofrer danos, sobretudo de ordem moral, em sua esfera pessoal, pretendendo uma indenização (ROTHENBURG, 2003, p. 60).

No caso acima, observa-se um conflito entre os princípios da publicidade, princípios da liberdade de informação vs princípio da intimidade/privacidade, bem como princípio da igualdade.

Diante de tal questão, qual seria o princípio a ser aplicado ao caso concreto, vez que se deve partir do pressuposto de que não há hierarquia entre princípios constitucionais.

O caso concreto relata um típico caso de colisão de princípios constitucionais, que deve ser solucionado por meio da ponderação dos direitos, sobressaindo o melhor direito.

O antagonismo observado entre os princípios de forma a gerar conflitos foi bem explicado por Müller, e citado por Paulo Bonavides:

Como explica MÜLLER, a Constituição é de si mesma um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, o método e os sentimentos da época (BONAVIDES, 1996, p. 460.).

Assim, visando à solução dos conflitos, pugna-se pela ponderação dos mesmos, de forma a obter a melhor solução para o caso concreto.

Ao tratar do assunto, a doutrina estrangeira utilizou-se dos seguintes mecanismos desenvolvidos respectivamente por Konrad Kesse e Dworkin, a teoria da concordância prática e a teoria da dimensão de peso ou importância, mas em ambos os casos, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade surge como mecanismo a ser considerado nas soluções dos conflitos.

A Teoria da concordância prática tem por fim a harmonização dos direitos, via ponderação dos princípios, visando à concreção máxima dos bens protegidos constitucionalmente, sem se afastar dos ditames dispostos junto ao princípio da proporcionalidade.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que:

em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas (SARLET, 1998, p. 121).

A teoria de Konrad Kesse, pugna pela composição dos princípios, buscando uma forma de conciliá-los junto ao caso concreto, sem que haja exclusão de um dos princípios, o que resultaria na aplicação conjunta de todos os princípios, demonstrando que haveria um conflito aparente.

Já a Teoria da Dimensão de peso e importância, aduzida por Ruy Samuel Espindola, informa que:

os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (ESPINDOLA, 2002, p. 69).

Por meio desta teoria, o caso concreto seria solucionado via ponderação dos valores, ponderação esta que seria feita pelo julgador segundo suas convicções ideológicas, bem como pelo conteúdo dos autos, mas sempre buscando a composição dos princípios.

No entanto, na aplicação dessa teoria, deve-se ressaltar que nem sempre será possível compor os princípios, vez que a depender do caso concreto, um dos princípios sucumbiria integralmente, fazendo-se aplicar de forma unitária o princípio de maior peso e importância.

Assim, ao conflitar o direito à vida *vs* o direito à liberdade de crença, no qual um cidadão adepto à dada religião proíbe ao médico fazer uma transfusão de sangue em seu descendente, o princípio de liberdade de crença sucumbiria por inteiro, porque no intuito de evitar a morte, a transfusão poderia ser feita em prestígio ao direito à vida, isentando o médico de quaisquer responsabilidades.

A aplicação das teorias expostas acima não se confundem, mas sim se completam no intuito de solucionar os possíveis conflitos existentes, de forma a

sobressair o valor de maior importância, e às vezes, fazer com que os princípios sejam conjugados na aplicação junto ao caso concreto.

Como ficou demonstrado acima, haverá casos no qual um único princípio sobressairá em desprestígios dos demais, vez que não haverá como conjugá-los, sob pena de haver um completo desrespeito dos direitos fundamentais de maior valor, quase sempre primando pela aplicação do princípio de dignidade da pessoa humana.

Tal questão pode ser vislumbrada junto à jurisprudência pátria, de forma a sobressair o direito à vida afastando-se a aplicação dos demais direitos:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Cível

Data de julgamento: 22/08/2007

Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível

Comarca de Origem: Porto Alegre.

Número: 70020868162

Relator: Umberto Guaspari Sudbrack

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. **Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007).

Conclusivamente, e considerando que um dos princípios será aplicado em desprestígio de outrem, pode-se afirmar que nestes casos há hierarquia entre os princípios, porque como se pode observar, a colisão principiológica constitucional resulta na aplicação de um único princípio, o que induz à aplicação do princípio de maior importância.

A ponderação dos princípios junto ao caso concreto, demonstra que hierarquicamente existem princípios de maior valor, conseqüentemente, pode-se afirmar que nesses casos há sim hierarquia entre os princípios, mas apenas nesses casos, porque a análise abstrata dos princípios conduz ao raciocínio oposto.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde encontra-se atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana com a finalidade de dar proteção à vida, pois não há como aceitar vida ou dignidade, sem a obtenção de saúde de qualidade, vez que uma vida sem saúde não confunde-se com a ausência de dignidade, mas para obter uma vida digna, deve-se buscar a efetivação da saúde.

O fascínio do direito fundamental à saúde está consubstanciado, na maneira de como o Estado se propôs a fornecer os meios para o desenvolvimento saudável da sociedade, e caso isso ocorresse, quais seriam as consequências positivas e reflexos que acarretariam para a sociedade. Trata-se da busca de um mundo melhor, onde as condições para o desenvolvimento humano sejam as melhores possíveis, exterminando ou diminuindo de maneira drástica os efeitos dessa problemática.

Desta forma, e tendo como partida a premissa acima exposta, objetiva-se trazer a discussão não somente da relevância do direito discutido, mas principalmente a demonstração das dificuldades encontradas na busca da real efetividade e exercício desse direito, bem como buscar meios capazes de atingir o escopo a que a norma se destinou, o que traria à sociedade um avanço imensurável quanto ao trato e valorização do ser humano.

O que se objetiva com esse capítulo não é esgotar o estudo, quanto ao direito fundamental à saúde, até mesmo porque se trata de assunto bem vasto e com diversas ramificações, sendo necessário adentrar aos estudos de leis específicas, portarias, resoluções dentre outras formas que buscam dar viabilidade à sua concretização. O real motivo para tanto é vasculhar as características inerentes ao direito fundamental à saúde a fim de que se possa entendê-lo em um sentido amplo que permita visualizar caminhos para garantir sua efetivação.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A preocupação com a saúde vem desde os primórdios, no entanto, a concepção existente acerca desta foi se amoldando às necessidades, e atualmente

chega-se aos dias atuais com uma conceituação bem mais adequada, abrangente e moderna, resultando para sociedade um avanço inestimável.

Inicialmente, não havia a compreensão quanto ao que seria saúde, sendo-lhe dado um caráter mágico, visto que sua ausência podia ser entendida como a manifestação de espíritos malignos ou demônios. Esse conceito foi rebatido pelos gregos, que, em virtude de seus estudos, primeiramente começaram a ver a questão saúde/doença de uma forma diferente. Mariana Filchtiner Figueiredo, afirma que “essa concepção seria questionada na antiguidade grega, sobretudo com os estudos de Hipócrates, cujas observações empíricas não limitaram-se apenas ao paciente, estendendo-se ao ambiente onde vivia”. (FILCHTINER, 2007, p. 77).

Iniciado o questionamento acerca dessa questão, observa-se que na Idade Média houve um grande retrocesso quanto à saúde, frente às moléstias¹ que assolaram os povos naquela época, a ponto de que se voltou a analisar a doença como uma punição divina para com os pecadores. Nesse momento, em decorrência da realidade vivida pela sociedade, houve um único avanço na área da saúde, que foi a criação de casas de misericórdias, hospitais, mais precisamente asilos e hospícios nos quais os pacientes não recebiam um tratamento adequado, mas sim, um conforto espiritual baseado na caridade daqueles que ali trabalhavam, conforme se observa pelo relato idealizado por Mariana Filchtiner:

A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença. O único contraponto se deu pelo fortalecimento da caridade, com o surgimento dos primeiros hospitais, mais apropriadamente hospícios, ou asilos, nos quais os pacientes recebiam, se não o tratamento adequado, pelo menos conforto espiritual (FILCHTINER, 2007.)

O Renascimento veio para quebrar os paradigmas existentes na idade média, resgatando os conhecimentos greco-romanos, de modo que ressurgiu a preocupação com a saúde, entretanto, é com a concretização do Estado Liberal Burguês, nos séculos XVIII e XIX, que realmente a área sanitária ganha contornos e um início de proteção,

¹ As principais moléstias foram a Peste de Justiniano (543) e a Peste Negra (1348), ademais nesse período foram detectadas muitas doenças como: Lepra, Peste Bubônica, Difteria, Varíola, Sarampo, Influenza, Tuberculose, Escabiose, Malária, Erisipela dentre tantas outras.

pois com a Revolução Industrial e a grande aglomeração de trabalhadores nas cidades recém-surgidas, fez-se necessário que se repensassem as condições sanitárias vividas.

Insta salientar que nessa época diversos direitos sociais surgiram e, posteriormente, passaram a ser positivados e protegidos pelas constituições nascentes da época. A burguesia dominante percebe a necessidade de se voltar para a sociedade na tentativa de oferecer um mínimo de assistência com o fito de evitar possíveis revoluções contra os que detinham o poder e o capital. Dentro desse contexto Ieda Tatiana Cury assegura que:

Constatou-se, desse modo, a necessidade de intervenção estatal para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna do homem. Tal constatação culminou com o reconhecimento de alguns direitos por parte do Estado, os chamados direitos sociais. Entre eles, destaca-se o direito à saúde, de natureza pública subjetiva, exigível do Estado. (CURY, 2005, p. 38).

Logo após duas grandes guerras mundiais, que arruinaram principalmente a sociedade europeia, os governantes se viram obrigados a criar documentos e órgãos com a finalidade de proteger a humanidade dos abusos realizados por governos autoritários. Isso resultou na garantia e na preservação das condições mínimas de subsistência e na proteção da dignidade humana, com alcance a todos os seres humanos. Faz-se valioso trazer as palavras de Flávia Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte de direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que se aproxime da moral. (PIOVESAN, 2007, p.118)

Perante a realidade vivida e a mudança social experimentada, surgem diversos documentos internacionais nessa época com o intuito de consignarem a relação de objetivos, os quais os respectivos signatários dessas declarações e tratados haveriam de cumprir. Certos de que a saúde, como direito fundamental social, é prioritária no

tocante à concretização da dignidade da pessoa humana e é lembrada em diversos documentos como poderá ser visto.

Sueli Gandolfi Dallari, informa que:

[...] é apenas a partir da segunda metade do século dezenove que a higiene se torna um saber social, que envolve toda a sociedade e faz da saúde pública uma prioridade política. São desse momento as primeiras tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento na saúde. Por outro lado, inúmeros trabalhos de pesquisa conforme o paradigma científico vigente revelam claramente a relação direta existente entre a saúde e as condições de vida. (DALLARI, 2003, p. 42)

Em abril de 1948, em Bogotá, na IX Conferência Internacional Americana, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em tal documento, mais especificamente no artigo XI, ficou estabelecido que “toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade”.²

Para a fiscalização e elaboração de diretrizes atinentes a assegurar o direito à saúde foi criada a Organização Mundial de Saúde, em 07 de abril de 1948, concebida porém no ano de 1946, em Nova Iorque. Esta tem sua origem embrionária com o comitê de higiene da Sociedade das Nações Unidas, criada no final da primeira guerra mundial em Paris, que após ter fracassado na tentativa de realização de acordo de paz em 1946, passou suas funções à então recente Organização das Nações Unidas.

Adiante foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que disciplina em seu artigo XXV que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”³.

² **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>>. Acesso em 02.jun.2009.

³ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 02.jun.2009.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e no Brasil, pelo Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor na data de 24 de abril do mesmo ano.

Apesar de não aludir especificamente ao direito à saúde, existem dois dispositivos que apresentam relação com tal direito, a saber, o artigo 6º, item 1, que trata do direito à vida, considerando-o como inerente à pessoa humana, devendo ser protegido por lei, não podendo ser arbitrariamente privado. Além disso, o artigo 23, item 1, que dispõe sobre a família como núcleo fundamental e natural da sociedade, tendo o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.⁴ Ou seja, se o direito à saúde não for respeitado, conseqüentemente prejudicará o direito à vida e o direito de proteção à família.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ocorreu em San José de Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, não trata especificamente do direito à saúde, mas assim como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, elenca a proteção ao direito à vida desde o momento da concepção – artigo 4º, item 1 - bem como a proteção à família por parte da sociedade e do Estado, que se encontra disposto junto ao artigo 17, item 1.⁵

O Protocolo de San Salvador foi adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, foi adotado na capital de El Salvador em 17 de novembro de 1988 e aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 56 de 19 de abril de 1985. Tal protocolo disciplina especificamente sobre o direito à saúde em seu artigo 10, item 1, estabelecendo que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

Ademais, a proteção ao direito à saúde ainda é mencionada no mesmo artigo, no item 2, que dispõe :

⁴ **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm>. Acesso em 02.jun.2009.

⁵ **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoconstituicao/documentos/pactodesaojosedacostarica.htm>>. Acesso em 02.jun.2009.

A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

- a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde;
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (**Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em 02.jun.2009).

No final do século XX, em decorrência do fracasso parcial vivenciado pelas políticas estatais de prevenção, onde não foi possível resolver os problemas da exclusão social, formou-se uma nova concepção sobre o tema, em que a responsabilidade estatal é repassada ao indivíduo. Acerca disso Sueli Gandolfi Dallari, especialmente em relação aos aidéticos, esclarece:

Com efeito, prevaleceu a ideia de que a proteção contra doenças é responsabilidade individual e que os grupos – de doentes ou de portadores do vírus ou de familiares ou amigos deles – devem organizar a prestação dos cuidados de saúde, ficando o Estado subsidiariamente responsável pelo controle de qualidade do sangue, fator importante na cadeia de causalidade, mas certamente, não é o único. Reforçando assim, o papel dos comportamentos individuais e não se questionando as estruturas econômicas e sociais subjacentes. (DALLARI, 2003, p. 43)

No Brasil a Constituição da República Federal dispõe no Capítulo II, título II, a respeito dos direitos sociais, elencando no artigo 6º o direito à saúde. Trata-se de direito indissociável ao direito à vida, tido assim como inerente à dignidade da pessoa humana, ou seja, trata-se de direito fundamental, e devido a isso foi colocado no rol dos direitos sociais.

Posteriormente o legislador constituinte originário da Carta Maior vigente resolveu por bem instituir no Título VIII (Da Ordem Social) Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde) regras e princípios norteadores para a concretização do direito fundamental à saúde. Assim foi estabelecido no artigo 196 que a saúde é direito de

todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Na análise desse artigo percebe-se facilmente a vinculação do Estado na prestação desse direito, com ênfase em políticas públicas e econômicas que objetivem garantir o direito à saúde e de maneira subsidiária a dignidade da pessoa humana. Adiante os artigos seguintes discriminam normas e princípios que formarão o caminho da efetivação do direito à saúde.

Conquanto ao direito à saúde, é imprescindível relatar as diversas normas infraconstitucionais, principalmente a Lei n. 8080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, assim como as demais normas regulamentadoras como portarias e resoluções emitidas por entidades estatais que têm por objetivo a regulação e implantação do direito sanitário

A criação do Sistema Único de Saúde, por meio da Lei 8080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, representa um marco na história das políticas públicas de saúde no Brasil, pois a atenção à saúde passou a ser assegurada legalmente como direito de cidadania a todo povo, corroborando o anteriormente exposto na Constituição de 1988.

A finalidade ético-política do SUS é caracterizada pela universalidade, integralidade e equidade da atenção à saúde, buscando então uma melhoria nas condições de vida da população. Este conceito tríplice é capaz de expressar a luta por cidadania, justiça e democracia, consubstanciada no ideal da reforma sanitária.

Por universalidade pode-se compreender que o direito à saúde é garantido a qualquer cidadão, independentemente de raça, sexo, religião, entre outros, é direito de cidadania e o governo tem o dever de garanti-lo a todos, sem restrição.

Por integralidade, entende-se que as redes de serviços de saúde devem operar de forma articulada seguindo os mesmos princípios e as mesmas diretrizes, no sentido de oferecer as ações de promoção, prevenção, cura e reabilitação de doenças de acordo com as necessidades de saúde individuais e coletivas da população.

No que diz respeito à equidade, deve-se atentar para o reconhecimento de que necessidades diferenciadas da população precisam ser enfrentadas por meio de ações governamentais também diferenciadas, como por exemplo, grupos populacionais mais vulneráveis, devido às suas condições socioeconômicas, necessitam ser priorizados nos processos de intervenção estatal.

É importante mencionar que o SUS é política pública com o intuito de garantir assistência integral e complementar de forma gratuita para toda a população, além dos princípios acima explanados, também compreende as características de descentralização da gestão, hierarquização dos serviços e controle social.

Pelo modelo de descentralização tem-se a redistribuição das atribuições entre os vários níveis de governo, sendo a autoridade federal representada pelo Ministério da Saúde e os estados e municípios, sobremaneira representados através das Comissões Intergestores Bipartites (CIBs), Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e dos Conselhos de Saúde.

Em relação à hierarquização a rede de serviços do SUS deve ser organizada de maneira que possibilite um conhecimento maior de uma área delimitada, ou seja, que favoreça ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além de ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.

O acesso da população aos serviços de saúde ocorre através dos serviços de nível primário de atenção, que devem estar qualificados para atender e resolver os principais problemas que demandam serviços de saúde. Os que não forem resolvidos neste nível deverão ser referenciados para os serviços de maior complexidade tecnológica.

No nível secundário encontram-se os Centros de Especialidades - as Unidades Básicas de Saúde. E no nível terciário de atenção à saúde estão os hospitais de referência.

Ieda Tatiana Cury tece críticas ao SUS como se pode notar:

No âmbito nacional, constatou-se que o Brasil adotou o sistema misto de saúde, ou seja, um sistema público, através do SUS, e uma assistência à saúde livre à iniciativa privada, permitida pela CRFB/88, desde que fiscalizada pelos órgãos governamentais.

Em princípio, a implantação do SUS teve como objetivo garantir a universalização dos serviços médicos a toda a população. Entretanto, na prática, o que se verificou foi a degradação dos serviços públicos de saúde, principalmente dos hospitais, que passaram a atender de forma precária à camada pobre da população, sem condições para adquirir planos privados de saúde. Por conseguinte, constatou-se, ao longo dos anos, migração cada vez maior da população para a iniciativa privada, não por opção, mas devido à má qualidade dos serviços públicos de saúde. (CURY, 2005, p. 152)

Outras normas podem ser citadas quando se fala em efetivar o direito fundamental à saúde, dentre elas pode-se citar:

- a) Lei 8.142/90 – Controle Social e Financiamento do SUS, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e de outras providências;
- b) Norma Operacional Básica-NOB 1/96 - Portaria 2.203, de 05/11/1996, que aprova, nos termos do texto a esta portaria, a NOB 1/96, a qual redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do sistema;
- c) Lei 9.313/96. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes da AIDS.
- d) Lei 9.782/99. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.
- e) Lei 10.216/01. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.
- f) Emenda Constitucional 29 de 13/9/2000 que alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde;
- g) Norma de Assistência à Saúde - NOAS/SUS - 01/ 2002- Portaria 373, de 27/2/2002, que aprovou, na forma do anexo desta portaria, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS SUS 01/2002, que amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do sistema único de saúde e procede a atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios;
- h) Lei 10.651/03. Dispõe sobre o controle do uso da talidomida.
- i) Lei 10.742/03. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e dá outras providências.
- j) Portaria 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005. Institui a Política Nacional de Atenção Oncológica.
- k) Lei 11.347/06. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos.
- l) Pacto pela Saúde 2006: Consolidação do SUS e suas Diretrizes Operacionais - Resolução 399, de 22/2/2006, que divulgou o Pacto pela Saúde 2006 - consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido pacto.

m) Emenda Constitucional 51, de 14 de fevereiro de 2006, que Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal

n) Decreto 4.766, de 26 de junho de 2009. Regulamenta a criação, a competências e o funcionamento da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. (BRASIL. Legislação Básica do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1474>. Acesso em 03.jun.2009.)

Existem ainda no ordenamento pátrio outras normas como o Estatuto do Idoso, que determina em seu corpo diretrizes referentes ao direito à saúde, como prioridade.

Cabe a tentativa de conceituar, ou pelo menos, estabelecer parâmetros para a definição do direito fundamental à saúde de modo que somente assim chegar-se-á às características a ele inerente a ponto de que seja buscada a efetividade desde que garantindo a prevalência da dignidade da pessoa humana diante de qualquer dificuldade que possa surgir como barreira à concretização desse direito.

3.2.TENTATIVA CONCEITUAL

Inicialmente, antes de adentrar no que realmente constitui o direito fundamental à saúde, necessário faz-se trazer a conceituação de saúde, e, para tanto, a Organização Mundial de Saúde, em seu preâmbulo, o fez de forma bastante substancial como se denota:

Os Estados partes desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que diz respeito à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. (destaque não consta no original)

Adiante, a OMS esclarece que tem por único e basilar objetivo a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível. Verifica-se que os ideais aqui levantados foram estabelecidos em uma época onde a sociedade havia passado por duas grandes guerras mundiais e necessitava restabelecer-se, a ponto de que os governantes se preocupassem com a população e suas necessidades, como jamais ocorrerá.

Logo se percebe que saúde não pode ser considerada somente diante da ausência de doença, visão antiga do conceito de saúde, atualmente ela é compreendida como algo interdependente, afinal para seu reconhecimento é necessária a observância de diversos fatores que se agregam, trata-se de algo maior que atente às necessidades do bem-estar humano, culminando no desenvolvimento saudável de suas aptidões.

Na 8ª Conferência Nacional de Saúde foi declarado em seu relatório que:

Saúde como Direito: em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, que podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (2005. p. 30)⁶

Nesse diapasão, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira conclui que:

Ver-se-á, no entanto, que a saúde não pode ser compreendida apenas como a ausência de doença ou enfermidade, antes é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, um direito humano fundamental, de sorte que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social e mundial. Bem por isso, são considerados cuidados primários de saúde pelo menos educação, promoção da distribuição de alimentos e da nutrição apropriada, previsão de água de boa qualidade e saneamento básico, cuidados de saúde materno-infantil, inclusive com planejamento familiar;

⁶ Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (Org.). **Textos de Apoio em políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, pg. 30.

imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, fornecimento de medicamentos essenciais, etc. (OLIVEIRA, 2004, p. 34)

Lenir Santos faz a seguinte aclamação acerca do conceito de saúde:

Esse novo conceito de saúde considera as suas determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte, etc.), e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e ao Governo o de formular políticas públicas condizentes com a elevação do modo de vida da população (SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>> . Acesso em 02.jun. 2009.)

Interessante ressaltar o trabalho da professora Ieda Tatiana Cury, trazendo a relação do direito à saúde com o meio ambiente no intuito de ampliar a proteção à saúde como se denota:

[...] a expressão “proteção à saúde” detém um sentido muito mais amplo, que engloba não apenas o direito à assistência médico-hospitalar e ao acesso a remédios; tão importante quanto qualquer outro direito a ela inerente, está o direito ao meio ambiente saudável – o que apesar de pertencer à categoria dos chamados de direito de terceira dimensão (difuso e coletivo), e não aos direitos sociais, está intimamente ligado ao direito à saúde. (CURY, 2005, p. 106)

Deve-se atentar a crítica, consubstanciada na impossibilidade de ser pleno o bem-estar do ser humano, feita por Sueli Gandolfi Dallari:

O conceito de saúde acordado em 1946 não teve fácil aceitação. Diz-se que corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de se alcançar e que, além disso, não é operacional. Vários pesquisadores procuraram, então, enunciar de modo diferente o conceito de saúde. Assim, apenas como exemplo, para Alessandro Seppilli, saúde é “a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social”, para John Last, saúde é um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa, e para Claude Dejours, convencido de que não existe o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado. Esses exemplos parecem evidenciar que, embora se reconheça a sua operacionalização, qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade do equilíbrio

interno do homem e desse com o ambiente, o deformará irremediavelmente. (DALLARI, 2003, p.44).

O direito fundamental à saúde deve ser compreendido como o direito inerente ao ser humano, pelo simples fato de existir por si, ou seja, na essência de cada homem, de maneira que a saúde deve ser objeto de proteção e tutela, assim como de promoção e efetivação. Com o devido respaldo no que tange ao conceito de saúde, buscar-se-á compreensão quanto ao que concerne o direito fundamental à saúde. Diversos documentos como já apontados, trazem em seu corpo a existência desse direito, e diante disso Alexandre Moraes com seguridade assevera que o direito fundamental é conotado como finalidade do Estado de Direito:

No preâmbulo da Constituição Federal destaca-se a necessidade de o Estado democrático assegurar o *bem-estar* da Sociedade. Logicamente, dentro do *bem-estar*, destacado como uma das finalidades do Estado, encontra-se a Saúde Pública. Além disso, o direito à vida e à saúde, entre outros aparece como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual (MORAES, 2003, p. 1925).

Novamente se destaca sua consignação estratégica dentro da Constituição Federativa da República do Brasil, porque se encontra no artigo 6º da referida carta, no rol dos direitos fundamentais sociais, integrando o Título II, que é intitulado como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, precisamente no capítulo I, denominado como “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Não foi por mero acaso tal sistematização, o constituinte originário objetivou dessa maneira, conceder *status* de direito fundamental, devendo ser garantida a saúde sem que lhe fosse retirado o caráter prestacional que lhe é intrínseco.

Por isso o direito fundamental possui características próprias dos direitos fundamentais, além de suas especificações, o que remete à gama de características que serão analisadas nos tópicos subsequentes.

Observe-se que ,mesmo após consubstanciado no supracitado rol, o constituinte já objetivava a sua efetivação a ponto de no capítulo que trata da seguridade social, deduzir esse direito de maneira mais específica instituindo normas e princípios

exclusivos para fundamentar a sua concretização, como se observa do artigo 196 e seguintes da Carta Magna.

Carlos Valder do Nascimento prescreve que:

Verdade é que a construção jurídica engendrada pela Constituição não constitui mera abstração do pensamento político. Parece ilógico tolerar a hipótese de que o constituinte tenha se ocupado em prescrever regras apenas de cunho programático, visando disciplinar uma obrigação ativa do Estado, que emerge diretamente da realidade social.

Não pode deixar se embriagar por certos intérpretes, hábeis na manipulação da linguagem e fortes em tergiversar nas formulações sempre a serviço da classe dominante. O direito à saúde não é um favor, nem uma concessão, tampouco faculdade; apenas traduz uma conquista ingente dos povos em todas as suas latitudes. (NASCIMENTO, 2008, p. 72).

Certos do que significa saúde e o que o direito fundamental à saúde visa proteger, passar-se-á a algumas características inerentes a todos os direitos promocionais, mas que em relação ao direito fundamental à saúde traz reflexos determinantes na efetivação ou não desse direito que se negado pode expressar uma limitação do direito à vida e a uma vida digna.

A realidade do direito à saúde no Brasil encontra-se em mutação, frente às novas exigências sociais e à perseguição pela efetividade desse direito esquecido por muitas vezes pelo Estado. Como prova da ineficiência desse sistema e da busca real pela sua tutela, diversas demandas foram propostas requerendo a prestação positiva que o constituinte originário havia reconhecido e o Estado esquecido.

Diante de tantas demandas atormentando a sociedade jurídica como um todo e sem a definição de parâmetros previamente definidos, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Presidente Gilmar Ferreira Mendes, no dia 05 de março de 2009, publicou o despacho de convocação para a realização de audiência pública, que posteriormente ocorrerá nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4,6 e 7 de maio no corrente ano.

Foram convocados 50 especialistas entre advogados, promotores, defensores públicos e outros operadores do direito. Os esclarecimentos prestados serviram para auxiliar no julgamento dos diversos casos que versam sobre o direito fundamental à saúde e até aquele momento encontravam-se suspensos.

3.3 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A análise do tema proposto remonta inicialmente ao clássico estudo realizado pelo mestre Ruy Barbosa, adentrando posteriormente na teoria tricotômica idealizada pelo professor José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

Após o estudo feito pelos mestres, outras classificações surgiram, mas considerando o objetivo do presente trabalho, não há razões para tratar de todas as classificações existentes, vez que aquela posta por Ruy Barbosa, posteriormente incrementada por José Afonso da Silva, é suficiente para o objetivo em questão.

Assim, segundo a doutrina clássica, as normas constitucionais podem ser divididas em normas de eficácia plena, de eficácia limitada, e eficácia contida, sendo neste particular, a contribuição inédita posta por José Afonso da Silva.

As normas de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzirem todos os efeitos de forma imediata, não havendo a necessidade de praticar outros atos para que a norma possa se fazer valer.

Tais normas foram chamadas, por Pontes de Miranda, de normas bastantes em si mesmas, que segundo a doutrina de Marcelo Novelino, podem ser conceituadas como:

Possuem aplicabilidade imediata e direta por não dependerem de legislação posterior para sua inteira operatividade, estando aptas a produzir, desde sua entrada em vigor, seus efeitos essenciais (eficácia positiva e negativa). Por essa razão são conhecidas também como normas autoaplicáveis, autoexecutáveis (self-executing provisions) ou bastantes em si.

Por terem aplicabilidade integral, estas normas não podem sofrer restrições por parte do legislador infraconstitucional, o que não significa a impossibilidade de regulamentação dos interesses nela consagrados (NOVELINO, 2009, p. 121).

Sobre o tema magistralmente exposto por Ruy Barbosa, normas constitucionais de eficácia plena, podem ser chamadas de normas autoaplicáveis, conceituadas nos seguintes termos:

No que diz com o primeiro grupo, o das normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis), Ruy Barbosa firmou posição no sentido de que normas autoaplicáveis seriam aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado. São, portanto, as determinações para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas em que o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação (SALERT, 2006, p. 251.).

Além das normas constitucionais de eficácia plena, também temos as normas de eficácia contida, que fora originariamente idealizada por José Afonso da Silva, que se caracteriza por ser uma norma pronta a gerar efeito direto e imediato, como ocorre com a norma de eficácia plena, mas é possível que não seja integral, porque nesta espécie, o legislador deixou margem para que o poder público possa atuar, de forma a restringir o alcance da norma.

Nas palavras de José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia contida, são assim conceituadas:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (SALERT, 2006, p. 257.).

Ao tratar do tema, o professor Pedro Lenza afirma que tal norma, também chamada de norma constitucional de eficácia prospectiva, é capaz de gerar todos os efeitos possíveis, no entanto, é possível que a norma infraconstitucional reduza sua abrangência, como se pode verificar pelo texto abaixo:

As normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir sua abrangência.

Ao contrário do que ocorre com as normas constitucionais de eficácia limitada, como será visto no item seguinte, em relação às quais o legislador infraconstitucional amplia o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, no tocante às normas constitucionais de eficácia contida, ao contrário, percebemos verdadeira limitação (restrição) à eficácia e à aplicabilidade.

A restrição de referidas normas constitucionais pode se concretizar, não só através de lei infraconstitucional, mas, também, em outras situações, pela incidência de norma da própria constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, como por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos - arts. 136, §1º, e 139 da CF/88 – (LENZA, 2006, p. 82.).

Por fim temos as normas nominadas por Pontes de Miranda como sendo aquelas não bastantes em si mesmas, ou normas constitucionais de eficácia limitada, que se constituem em normas de efeito mediato, ficando sua eficácia condicionada à criação de lei que lhe dê eficácia.

Aduz Ruy Barbosa que a normas constitucionais de eficácia limitada ou normas não autoaplicáveis, caracterizam-se pela existência de certa ideologia principiológica, que somente se efetivará com o estabelecimento de normas que venham a dar vigor de lei a tal ideologia principiológica:

Já no que concerne às normas não autoaplicáveis, Ruy Barbosa, aqui também se valendo das lições do constitucionalismo norte-americano G. Tucker, salienta que muitas normas constitucionais requerem uma ação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, visto que não revestem dos meios de ações essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem (SALERT, 2006, p. 251.).

O termo “norma constitucional de eficácia limitada” é o gênero das espécies normas declaratórias de princípios programáticos, e normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios.

Estas espécies têm por finalidade definir a estrutura e as funções de determinados órgãos e instituições, cuja formatação definitiva, encontra-se na dependência do legislador ordinário.

Para Marcelo Novelino, as normas de princípio institutivo e normas de princípio programático podem ser conceituadas respectivamente da seguinte forma:

São as normas de eficácia limitada que dependem de lei para organizar ou dar estrutura a entidades, órgãos ou instituições previstas na Constituição. Seu conteúdo é eminentemente organizativo e regulativo. Sua característica

fundamental está no fato de indicar uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.

Em determinados casos, em vez de regular direta e imediatamente um interesse, o legislador constituinte opta por traçar apenas princípios indicativos dos fins e objetivos do Estado. Tais princípios se distinguem dos anteriores por seus fins e conteúdo, impondo aos órgãos do Estado uma finalidade a ser cumprida (obrigação de resultado), sem, no entanto, apontar os meios a serem adotados (NOVELINO, 2009, p. 121).

Dentro da classificação proposta, resta agora apontar em qual das espécies deve se enquadrar o direito fundamental à saúde, o que possibilitará solucionar diversos conflitos sobre a questão.

Ao dissertar sobre o tema, o professor José Tarcízio afirma que qualquer cidadão tem direito à saúde, porque o adequado tratamento dos doentes é obrigatório no que se refere ao fornecimento dos medicamentos necessários, bem como aos tratamentos necessários ao bem-estar.

Sobre o assunto, Manoel Gonçalves Filho pronunciou-se nos seguintes termos:

a proteção à saúde, estabelecido no art. 6º da Constituição da República como Direito social, deve ser integral, qualificando como pérola o texto do art. 198, II, ao dissertar que manda ele que o atendimento à saúde seja integral, o que significa, na medida em que as palavras têm valor, que todas as doenças e enfermidades serão objetos de atendimento, por todos os meios ao dispor da Medicina moderna (ALMEIDA MELO, 2008, p. 1.154).

Em primoroso trabalho sobre o tema, o mestre Ingo Sarlet propôs uma divisão quanto à eficácia dos direitos fundamentais, subdividindo tais direitos em direitos de defesa e direitos à prestação.

Os direitos de defesa, em regra, exigem uma abstenção, uma omissão do Estado, assumindo por isso uma feição de direito subjetivo, como ocorre com o direito à liberdade, à igualdade, e às demais garantias constitucionais.

Quanto aos direitos às prestações estatais, o viés transmuda-se, porque neste caso exige-se um comportamento ativo do Estado, o que sugere grandes dificuldades ao Estado, que necessita programar políticas públicas para garantir tais direitos.

Nestes termos, verifica-se o ensinamento:

Por derradeiro, não há como deixar de considerar as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, já referidas alhures e que igualmente assumem relevância no que diz com a questão da eficácia, além de apresentar certo grau de vinculação com a problemática das formas de posituação dos direitos fundamentais no texto constitucional. Neste sentido, cumpre relembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos à prestação (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimentos, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos à prestação. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia (SARLET, 2006, p. 270).

O citado autor afirma que quanto aos direitos de defesa, não há qualquer problemática quanto à sua classificação, sendo os mesmos enquadrados como direitos constitucionais autoaplicáveis, de eficácia imediata, porque exigem apenas uma abstenção do Estado, assumindo assim feição de direitos subjetivos, conforme se verifica abaixo:

O Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas autoaplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. Cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas não se aplique o disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição, mas sim, que este preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado (SARLET, 2006, p. 279).

Dando sequência ao raciocínio, o autor aduz que alguns direitos sociais também podem ser enquadrados como direitos sociais à prestação, que ao contrário

dos direitos à defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim, encontram-se vinculados às tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição de recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

Dentre tais direitos sociais, estaria o direito à saúde, que para o autor encontra-se inserido em norma constitucional de eficácia limitada de conteúdo programático, vez que tal direito somente seria implementado após a criação legislativa que efetivasse o direito fundamental por meio de políticas públicas que viessem a implementar o direito. A saber:

Com efeito, partindo-se de uma concepção ampla de direitos fundamentais (como a adotada nesta obra, a partir das premissas enunciadas por Robert Alexy, que fala em um direito fundamental como um todo) não há qualquer incompatibilidade em se reconhecer, a partir de uma disposição (ou um conjunto de disposições) jusfundamentais, princípios programáticos (impositivos), que, em função de suas características, não terão a mesma eficácia que os direitos fundamentais considerados como direitos subjetivos. Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo que ao enunciar que a saúde – além de ser um “direito de todos”, é “dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...” (art. 196 da CF de 1988), a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que distintas entre si, impõem deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários, etc. (SARLET, 2006, p. 309).

A problemática em questão foi objeto de análise junto ao Supremo Tribunal Federal, cabendo ao ministro Celso de Mello analisar a questão, oportunidade em que se pronunciou magistralmente junto ao RE 271286/RS, nos seguintes termos:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado

brasileiro (JOSÉ CRETILLA JUNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. grifo nosso.

Nesse contexto, incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprir assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, 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 desviante.

Todas essas ponderações – que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local – levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo município de Porto Alegre, especialmente se for considerada a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RE 236.2000-RS, Rel. Min. Mauricio Correa – RE 247.900-RS, Rel. Min. Marco Aurélio RE 264.269-RS, Rel. Min. Moreira Alves – RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello,

v.g.).([http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(271286.NUME.%20OU%20271286.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(271286.NUME.%20OU%20271286.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso. 20/07/2009).

Observa-se pelo julgado acima, que o nobre ministro reconhece a natureza programática da norma constitucional, mas mesmo assim entende que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República, e proteger um interesse meramente financeiro e secundário do Estado, deve o julgador atentar por respeitar o indeclinável direito à vida e à saúde.

Após a efetivação de diversas pesquisas, foi possível observar que a grande maioria dos doutrinadores classifica o direito à saúde como norma constitucional de eficácia limitada, mas apesar de tal fato, esta classificação não pode ser óbice à efetivação de um direito maior, que se vislumbra no direito fundamental à vida, vez que negar o direito à saúde é o mesmo que negar o direito ao cidadão de ter uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana é garantida junto ao art. 1º do texto constitucional, qualificando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O conteúdo inserido dentro do termo “dignidade da pessoa humana” é tão abrangente, que a sua materialização se compõe da efetivação de outros direitos, como direito à saúde, à propriedade, ao trabalho, à cultura, ao lazer, dentre outros, porque somente ao garantir essa gama de valores é que se poderia falar em vida digna.

O direito à saúde é apenas uma das formas por meio da qual o Estado garante ao cidadão o direito a uma vida digna, mas deve-se ressaltar que é por meio da saúde que se garante ao cidadão assegurar o bem constitucional mais importante do sistema jurídico, bem do qual decorrem todos os demais direitos, porque a ausência de vida faz extinguir quase que a totalidade dos demais direitos assegurados.

O professor Uadi Lammêgos Bulos ao manifestar-se sobre o assunto expôs a seguinte assertiva:

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias

fundamentais ao homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral. Certamente, foi por essa razão que Francisco Fernandes Segado proclamou: “Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma” (El sistema constitucional español, in Los sistemas constitucionais iberoamericanos, org. Garcia Belaunde, Fernandes Segado e Hernández Vale, Madri, Dykinson, 1992, p. 394).

Como foi posto acima, boa parte dos doutrinadores afirma que o direito à saúde encontra-se respaldado em norma constitucional de eficácia limitada de conteúdo programático, devendo tal direito ser garantido via implementação de políticas públicas.

No entanto, é preciso ressaltar que apesar da classificação juridicamente idealizada, o direito à saúde deve ser integralmente garantido aos cidadãos, assim, inicialmente, caberia ao Poder Público implementar políticas públicas de forma a garantir ao cidadão a plenitude do direito fundamental à saúde, mas se tal direito não fosse efetivado, surgiria grave agressão ao direito subjetivo do indivíduo, cabendo ao judiciário solucionar o conflito, de forma a entregar o melhor direito.

Esta assertiva se funda não só no fato de o direito à saúde ser um postulado integrante da dignidade da pessoa humana, como também no disposto junto ao §1º, do art. 5 da Constituição Federal, segundo a qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Aliás, outro não é o entendimento da professora Sueli Gandolfi

Dallari:

Não é demais insistir em que, ao se tratar de garantia de direitos, estes devem estar expressos em normas jurídicas. É essa a razão por que a real descentralização – implicando definição de prioridades – deve conter a definição do direito constitucionalmente garantido em normas jurídicas: adequadamente no Plano Municipal de Saúde, aprovado por Lei, também municipal. Igualmente, a insistência na necessidade da declaração constitucional da saúde como direito, implicando a obrigação do Estado de garanti-la para todas as pessoas, não é supérflua. São essas as exigências para a adequada interpretação judicial do direito, uma vez que à autoridade judiciária importa apenas formular juízos de legalidade. Encontra-se, pois, o juiz, vinculado à ponderação dos princípios constitucionais, interpretando a Constituição como totalidade. Assim, a norma que atribui ao município brasileiro a competência para “prestar serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, VII), não pode ser considerada isolada daquela que

declara ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II), ou da que afirma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”(art. 196) e todas devem ser interpretadas como tendo “aplicação imediata”(art. 5 °, parág. 1 °) (<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v25n5/13.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2009).

Além dos doutrinadores que qualificam o direito à saúde como norma constitucional de eficácia limitada programática, também há professores que qualificam tal direito como norma constitucional de eficácia plena, por se tratar de direito fundamental, que segundo o texto constitucional possui aplicabilidade imediata e eficácia plena:

Em primeiro lugar, o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, relacionado à preservação da vida e expresso no art. 25 da Declaração dos Direitos do Homem. Como tal, ganha atributos de aplicabilidade imediata e de eficácia plena (art. 5 °, §1º, da Constituição Federal) e está protegido de reformas ou emendas constitucionais tendentes a excluí-lo ou reduzi-lo (art. 60, §4º, da Constituição Federal) (HICKEL, 2008, p. 396).

Assim, diante de tais argumentos, e considerando que o direito à saúde qualifica-se como um dos direitos fundamentais constitucionalmente protegido, induz afirmar que o mesmo encontra-se disposto em norma constitucional de eficácia plena, com aplicação imediata, vez que se trata de um direito subjetivo, e que havendo inércia do poder público, tal direito deve ser exigido via poder judiciário.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS

O texto constitucional fora idealizado de forma sistemática para que pudesse atender a todas as necessidades da população e do Estado.

No título primeiro, o constituinte cuidou dos princípios fundamentais, enquanto que os direitos e garantias integraram o título segundo.

Posteriormente, depois de fixados os princípios fundamentais, bem como os direitos e garantias, o constituinte passou a cuidar da Organização do Estado, estabelecendo a forma de governo, sistema de governo e forma de estado.

O presente tópico tem por fito cuidar da forma de Estado eleita pela República Federativa do Brasil, onde serão enfocadas principalmente as competências dos entes federativos, dando atenção especial ao direito fundamental à saúde.

Face à extensão do território nacional, outra não seria a forma de estado escolhido pelo constituinte, que não a federativa, porque se verifica que a forma de estado unitário destina-se a territórios pequenos, que podem ser regulados apenas por uma ordem constitucional, englobando todos os assuntos de interesse da localidade, enquanto que a forma federativa é destinada a territórios maiores, com grandes diversidades, peculiaridades que não permitam uma única unidade normativa.

No afã de diferenciar as formas de Estado, o professor Tarcízio de Almeida expôs o tema nos seguintes termos:

O Estado Unitário caracteriza-se pela existência de centralização política, enquanto que o Estado Federal caracteriza-se pela descentralização.

Centralização política significa que apenas uma estrutura normativa, edificada pelo próprio povo, existe em todo o território do Estado. E esta estrutura normativa é a Constituição Política do Estado.

Já o Estado Federal compreende a existência de ordenamentos políticos, autônomos, independentes entre si e válidos para uma determinada região do Estado total, porém subordinados a um ordenamento mais amplo, do qual decorrem. Por isso, o poder constituinte dos estados federados é denominado decorrente.

No Estado Unitário a Constituição Estatal abrange toda esfera imaterial de poder, de forma direta. A Constituição Estatal é uma e contém a plenitude das normas necessárias à organização e ao funcionamento do Estado, cuidando, inclusive, dos assuntos atinentes às peculiaridades locais.

A Constituição trata não apenas dos assuntos que interessam uniformemente a todo o Estado. A Constituição Federal, assim como cuida dos assuntos que interessam uniformemente a toda a unidade estatal, disciplina cada qual dos que interessam individualmente a uma região, a uma cidade, a uma parcela do território estatal.

No Estado Federal, não existe apenas um ordenamento constitucional.

Há a Constituição da República, que abrange o conjunto dos Estados e a União e, subordinadas a ela, há diversas Constituições dos Estados, com vigência e eficácia apenas sobre o Estado federado que a fez.

O Estado Federal foi constituído quando se sentiu o progresso econômico dos países e se verificou dimensão territorial e aumento de população incompatível com o governo único.

O poder central não tinha condições de velar pelos assuntos que interessam apenas a uma determinada região e, se adotasse normas uniformes para o extenso território, muitas vezes uma norma poderia, em relação a um Estado federado, satisfazer-lhe determinadas pretensões, mas, em relação a outros, sufocar anseios justos, em razão das peculiaridades locais, o que excluiria a possibilidade de atender a todos, ao mesmo tempo.

Pelos vários critérios de tradição, costume, educação, os estados-membros têm suas características de regionalismo próprio.

O governo central abre mão da competência extensiva e reserva para si apenas o que de substancial diga respeito, uniformemente, a todo o Estado. Considera o único governo que mais custoso lhe seria reservar-se amplos poderes que abrir mão das questões que pudessem ser conhecidas e decididas, com mais conhecimento e responsabilidade, pelos interessados mais diretos.

O que não fosse comum de todos estaria alinhado na área da peculiaridade regional e reservado a um governo que, mais proximamente e com mais eficiência, poderia exercer suas funções (ALMEIDA MELO, 2008, p. 506).

Após diferenciar as formas de Estados, pode-se afirmar que o Estado Federativo é aquele caracterizado pela existência de duas ou mais ordens jurídicas, que incidem simultaneamente sobre o mesmo território, sem que se possa falar em hierarquia entre elas, mas em campos diferentes de atuação.

A federação caracteriza-se pela inexistência de hierarquia entre seus entes, reconhecendo a existência de campos diferentes de atuação, sendo os estados descentralizados politicamente, estando regidos por uma Constituição rígida de um Estado Federal soberano.

Aduz o texto constitucional que a República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos dispostos junto à Constituição.

Ao afirmar que o Município integra a federação, a Constituição Federal modificou profundamente a posição dos Municípios na federação, com a capacidade de auto-organização, normatização própria, autogoverno e autoadministração.

Trata-se de uma criação brasileira, porque conforme relatou Paulo Bonavides, não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea na qual o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto àquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a carta de 1988.

Além do exposto até o momento, verifica-se que o modelo federativo impõe a tarefa de repartir competências, a fim de atender a todas as peculiaridades dos entes federativos, no entanto, deve-se ressaltar que ao poder central cabe apenas tratar dos assuntos comuns a todos os entes, sob pena de haver um conflito de poderes. Assim, para cessar com toda e qualquer antinomia possível, à Constituição Federal cabe a tarefa de estabelecer os elementos que devem ser tratados de forma uniforme por todos os Estados, ficando cada Estado com a competência residual, para que possa tratar das peculiaridades que venham a existir junto ao território.

Em outras situações, e devido à relevância da matéria, o poder constituinte deliberou de forma a permitir que todos os entes federativos em cooperação venham a regular a matéria que seja de interesse de toda a população. Ao tratar do assunto, o professor Dalmo Dallari se manifestou nos seguintes termos:

No Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências. Não existe hierarquia na organização federal, porque cada esfera de poder corresponde a uma competência determinada. No caso norte-americano, os Estados, que estavam organizando a federação, outorgaram certas competências à união e reservaram para si, conforme ficou expresso na Constituição, todos os poderes residuais, isto é, aquilo que não foi outorgado à União. Esta regra tem variado nas Constituições dos Estados Federais, havendo alguns que tornam expressa a competência dos Estados e outorgam à União os poderes residuais, havendo casos, ainda, de atribuição de poderes expressos à União e às unidades federadas. Modernamente, tornou-se comum a atribuição de competências concorrentes, ou seja, outorga de competência à União e às unidades federadas para cuidarem do mesmo assunto, dando-se precedência, apenas nesse caso, à União. A regra, portanto, no Estado Federal é a distribuição de competências, sem hierarquia. Assim sendo, quando se tratar de assuntos de competências de uma unidade federada, esta é que pode legislar sobre o assunto, não a União, e vice-versa.

Assim, conclui-se que em matéria de competência, regra geral, cabe à União tratar dos assuntos de interesse comum, enquanto aos entes federativos cabe tratar da matéria segundo suas peculiaridades, sempre primando pelo estabelecido junto ao texto constitucional, ainda, a depender do caso, todos os entes poderão tratar da matéria de forma concorrente.

4.1 DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO

A União Federal, juntamente com os Estados-Membros, Distrito Federal e os Municípios, compõe a República Federativa do Brasil. Aduz José Afonso da Silva, que a União constitui-se pela congregação das comunidades regionais que vêm a ser os Estados-Membros. Então quando se fala em Federação, refere-se à união dos Estados. No caso brasileiro, seria a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso se diz União Federal.

No entanto, não se deve confundir a União como unidade federativa com a União dos entes federativos dando origem à República Federativa do Brasil, diferença devidamente apontada pelo professor Lenza:

Assim, uma coisa é a União – unidade federativa – ordem central, que se forma pela reunião de partes, através de um pacto federativo. Outra coisa é a República Federativa do Brasil, formada pela reunião da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos nos termos da CF (LENZA, 2006, p. 190).

A União possui uma dupla personalidade, pois assume um papel interno e outro internacional. Internamente, a União é Pessoa Jurídica de Direito Público interno, componente da Federação brasileira e autônoma na medida em que possui capacidade de auto-organização, autogoverno e autolegislação, mas internacionalmente, a União representa a República Federativa do Brasil, perante outras nações.

Desta forma, faz-se necessário trazer à baila os ensinamentos do Kildare, manifestando-se nos seguintes termos:

No plano interno atua em nome da federação, como em nome próprio. No primeiro caso, revela a vontade da federação, ao editar *leis transitivas*, ou seja, as que alcançam todos os habitantes do território nacional, como as leis civis, processuais, trabalhistas, dentre outras. No segundo caso, ao editar *leis intransitivas*, que incidem apenas sobre os jurisdicionados da União, como as que tratam dos servidores federais, ou ainda quando intervém em Estado-Membro.

No plano internacional, o Estado Federal, isto é, a República Federativa do Brasil, é que detém personalidade jurídica de direito externo, cujas relações se efetivam presentes à União. Desse modo, é da competência exclusiva da União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, já que sujeitos de Direito Internacional são os Estados soberanos e as organizações internacionais. Esclarece, contudo, o Ministro Francisco Rezek, que não há razão por que o direito internacional se oponha à atitude do Estado soberano que, na conformidade de sua ordem jurídica interna, decide vestir seus componentes federados de alguma competência para atuar no plano internacional, na medida em que as outras soberanias interessadas tolerem esse procedimento, consistente de que, na realidade, quem responde pela província é a União Federal (CARVALHO, 2009, p. 1.007).

Para arrematar a questão com um toque diferenciado, são colacionados abaixo os ensinamentos de José Afonso da Silva:

União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônomo em relação às unidades federadas (ela é unidade federativa, mas não é unidade federada); é à que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Estado federal, com o nome de República Federativa do Brasil, é o todo, ou seja, o complexo constituído pela União de Estados, Distrito Federal e Municípios, dotado de personalidade de Direito Público internacional. O território da União abrange todo o território físico estatal. O Estado chamado República Federativa do Brasil, entidade de direito das gentes, e a União, entidade de Direito Constitucional, tem o mesmo domínio territorial físico. Mas, em sentido jurídico, o território estatal brasileiro, o território como âmbito de validade da ordem jurídica do Estado federal, é mais amplo do que o território da União. Quer dizer, a ordem jurídica do Estado federal – da República Federativa do Brasil – é mais do que a ordem jurídica da União, porquanto abrange também as ordens jurídicas particulares das unidades regionais e locais autônomas. Ora, a ordem jurídica da União difere das ordens jurídicas dos Estados federados e dos Municípios (AFONSO, 2002, p. 491).

Seja pessoa jurídica de direito público interno ou internacional, o texto constitucional atribuiu à União competência não legislativa/material/administrativa, bem como competência legislativa.

A competência não legislativa divide-se em competência exclusiva e competência comum, também chamada de cumulativa ou paralela.

O art. 21 do texto constitucional, ao tratar da competência não legislativa exclusiva da União, estabeleceu diversas atividades que deverão ser exercidas exclusivamente pela União, mas diretamente, não atribui nenhuma atividade voltada para saúde, mas com certeza, existem outras atividades que, de forma indireta, uma vez implementadas, irão repercutir na qualidade de vida da população, bem como junto à saúde do povo brasileiro, é o que se deduz por exemplo do disposto junto ao inciso XX do estudado artigo, no qual cabe à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, conforme é possível verificar pelos incisos colacionados abaixo:

- I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
- II - declarar a guerra e celebrar a paz;
- III - assegurar a defesa nacional;
- IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
- VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
- VII - emitir moeda;
- VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
- IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
- XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá, sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
- XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
 - a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
 - b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
 - c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
 - d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
 - e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
 - f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
- XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;
- XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

- XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;
- XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;
- XVII - conceder anistia;
- XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;
- XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;
- XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;
- XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
 - b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
 - c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
 - d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;
- XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
- XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Ainda, com relação à competência não legislativa da União, o constituinte estabeleceu junto ao artigo 23, a denominada competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É fato que o exercício de tais atividades demanda a existência de normatividade precedente, atividades estas que devem ser exercidas de forma conjunta entre os entes da federação, em especial, cuidar da saúde, como aduz o professor Kildare:

Observe-se que também a competência material comum pressupõe normatividade precedente. A maioria dos temas que se incluem na competência material comum são de competência legislativa concorrente, cabendo à União editar regras gerais e às demais esferas do poder a legislação suplementar.

É o que se verifica, por exemplo, com matérias como cuidar da saúde e da proteção dos deficientes; proteger o meio ambiente; preservar florestas, a fauna e a flora, as quais pressupõem a existência de regras gerais da União (CARVALHO, 2009, p. 1014).

A competência comum da União será exercida nos termos do art. 23 do texto constitucional, que elenca uma gama de deveres que são atribuídos em sistema de cooperação aos entes federativos, conforme resulta da análise do ordenamento citado:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

De forma direta, o constituinte atribui aos entes federativos o dever de cuidar da saúde, que em cooperação devem conceder à população meios para se atingir o bem-estar social, no entanto, de forma indireta, o texto constitucional atribui aos entes da federação outras atividades, que, de forma indireta, vão propiciar aos cidadãos uma melhor qualidade de vida, o que fatalmente irá repercutir junto à saúde pública.

Quando se atribui aos entes federativos o dever de proteger o meio ambiente, de preservar as florestas, a fauna e a flora, com certeza assegura-se um direito metaindividual, que fatalmente irá melhorar a qualidade de vida das pessoas, o que repercutirá na saúde da população.

Além das competências materiais, o constituinte atribuiu também à União, competências de cunho legislativo, trata-se de competências privativas e concorrentes, que se encontram respectivamente dispostas nos artigos 22 e 24 do texto constitucional.

O art. 22 da Constituição afirma que compete privativamente à União legislar sobre as matérias ali dispostas. Ao utilizar o termo “privativa”, o constituinte, junto ao parágrafo único do mesmo artigo, atribuiu à União o poder de autorizar os demais entes federativos a tratar das matérias ali expostas, desde que a autorização seja editada via lei complementar, motivo pelo qual se conclui que a competência privativa pode ser delegada, fato este que não ocorre com a competência exclusiva.

Assim, a princípio cabe apenas à União legislar sobre os seguintes temas:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

- I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- II - desapropriação;
- III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- V - serviço postal;
- VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- VIII - comércio exterior e interestadual;
- IX - diretrizes da política nacional de transportes;
- X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- XI - trânsito e transporte;
- XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
- XIV - populações indígenas;
- XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- XX - sistemas de consórcios e sorteios;
- XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII - seguridade social;
XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
XXV - registros públicos;
XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
XXIX - propaganda comercial.
Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Especificamente, junto ao inciso XXIII, o constituinte atribuiu à União privativamente legislar sobre seguridade social, mas, sem prejuízo da norma geral editada, é possível aos demais entes federativos tratar da mesma matéria, segundo às peculiaridades de sua localidade, e desde que tais normas não contrariem aquelas já editadas pela União.

Quanto à competência concorrente tipificada junto ao artigo 24 da Constituição, afirma o constituinte que cabe à União, juntamente com os Estados e o Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre os temas ali dispostos.

Dentre as obrigações atribuídas, encontra-se o dever de proteção e defesa da saúde. Assim, verifica-se que compete à União editar normas gerais, ficando aos Estados e Distrito Federal, o poder de legislar supletivamente sobre a matéria, de forma a complementar as regras editadas pela União.

Entretanto, neste particular, a omissão legislativa da União poderá ser suprida integralmente pelos demais entes federativos, vez que a inexistência de lei federal atribui aos Estados e Distrito Federal a competência legislativa plena para tratar sobre o tema, mas, caso posteriormente venha a União tratar do assunto, as normas até então editadas pelos demais entes federativos ficarão suspensas, desde que tais normas venham a contrariar a norma geral.

É o que se extrai do texto constitucional colacionado abaixo:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
 - II - orçamento;
 - III - juntas comerciais;
 - IV - custas dos serviços forenses;
 - V - produção e consumo;
 - VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
 - VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
 - VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
 - IX - educação, cultura, ensino e desporto;
 - X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
 - XI - procedimentos em matéria processual;
 - XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
 - XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
 - XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
 - XV - proteção à infância e à juventude;
 - XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
- § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
- § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
- § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
- § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Assim, diante do exposto até o presente, observa-se que seja por meio da competência material ou via competência legislativa, o fato é que o constituinte, em diversos tópicos, atribui à União, de forma expressa, e em outras de forma implícita, o dever de cuidar do direito fundamental à saúde, no entanto, verifica-se também, que tal função não foi dada exclusivamente à União, vez que os demais entes federativos também devem participar de forma a contribuir e possibilitar a efetividade do direito social constitucionalmente garantido.

4.2 DA COMPETÊNCIA DO ESTADO

Os Estados são organizados e regidos pela Constituição Estadual e pelas leis que adotarem, mas deverão atentar para os princípios delineados na Constituição Federal.

Trata-se de entes federativos com características peculiares, possuidores de auto-organização, autogoverno, autoadministração, autolegislação, demonstrando assim tratar-se de ente autônomo, para que possam exercer tais qualificativos.

Tais características são bem observadas pelo mestre José Afonso da Silva:

A Constituição Federal assegura autonomia aos Estados federados que se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração (arts. 18,25 a 28).

A capacidade de auto-organização e de autolegislação está consagrada na cabeça do art. 25, segundo o qual os Estados são organizados e regidos pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

A capacidade de autogoverno encontra seu fundamento explícito nos artigos 27, 28 e 125, ao disporem sobre os princípios de organização dos poderes estaduais, respectivamente: Poder Legislativo, que se expressa por Assembleias Legislativas; Poder Executivo, exercido pelo Governador; e Poder Judiciário, que repousa no Tribunal de Justiça e outros tribunais e juízes.

A capacidade de autoadministração decorre das normas que distribuem as competências entre União, Estados e Municípios, especialmente do art. 25, §1º, segundo o qual são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, que contém, como se nota, o princípio de que, na partilha federativa das competências, aos Estados cabem os poderes remanescentes, aqueles que sobram da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22, especialmente) e dos indicados aos Municípios (SILVA, 2002, p. 589).

Por meio da autoadministração e da autolegislação, os Estados se estruturarão segundo as normas postas pelo legislador constituinte. Conforme ficou estabelecido acima, a União possui competências não legislativas e competências legislativas.

Nos termos da competência material comum, o texto maior aduz que é de competência comum da União e dos Estados cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Trata-se de atribuição posta de forma expressa, o que induz afirmar que tanto a União como os Estados possuem o encargo de prestar à população um serviço sanitário de qualidade, o que deve ser feito em cooperação entre os entes, para que se possa atingir a excelência do serviço a ser prestado, que somente será considerado adequado,

desde que satisfaça às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, e que seja prestado com a devida cortesia.

Já por meio da competência legislativa privativa, compete à união legislar sobre a seguridade social (art. 22, XXIII), enquanto que por meio da competência legislativa concorrente, compete à União legislar sobre a previdência social e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).

Em ambos os casos, surge ao Estado o poder de concorrer para a produção legislativa.

No primeiro caso, essa possibilidade ficará condicionada à autorização legislativa dada pela União, nos termos da lei complementar produzida; no segundo caso, ao Estado compete tratar das peculiaridades que recaem sobre seu território, de forma a respeitar as normas gerais postas pela União, mas havendo omissão de lei geral, ao Estado surge a possibilidade de cuidar integralmente da matéria.

Desta forma, observa-se que, seja por meio da competência não legislativa, seja por meio da competência legislativa, compete ao Estado efetivar o direito fundamental à saúde, que contará com a cooperação da União, para prestar um serviço adequado à população.

4.3 DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL

Com a promulgação da Constituição de 1988, os Municípios passaram a integrar a federação, trata-se de um ente definido precisamente como pessoa jurídica de direito público interno e autônomo, sendo esta materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

Integrar os Municípios à federação e dotá-los de todas estas características foi uma inovação “à brasileira”, vez que somente a federação nacional possui tal ente com tais características, e devido a tais peculiaridades, a doutrina questionou sua

natureza jurídica, como fez José Afonso da Silva⁷, no entanto, divergências à parte, o texto maior consagrou a tese de que o município integra o sistema federativo como entidade.

Quanto à competência, aduz o texto maior que é de competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II, da Constituição Federal).

Ao analisar as competências legislativas privativas e concorrentes (arts. 22 e 23 da Constituição Federal), verifica-se que o constituinte optou por excluir o Município de tais atribuições, o que poderia induzir o intérprete a acreditar que ao Município fora atribuída somente a competência não legislativa.

No entanto, uma análise sistemática do texto constitucional induz outra resposta, vez que junto ao artigo 30, II, da lei maior, o legislador constituinte afirmou que aos Municípios compete complementar a legislação federal e estadual no que couber. Além disso, no mesmo artigo, o constituinte aduziu ser da competência do Município prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII).

Desta forma, e considerando o teor do texto posto, não há outra interpretação senão afirmar que o direito fundamental à saúde deve ser assegurado por todos os entes federativos, assim, a ausência da efetividade do direito à saúde faz surgir o direito subjetivo, que poderá ser questionado judicialmente, bastando a eleição do polo passivo, para que a ação seja proposta.

A questão é saber qual dos entes federativos irá compor o polo passivo, assim, visando a busca por um denominador comum, tal questão será devidamente tratada adiante .

4.4 DA COMPETÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL

⁷ ...o Município não pode ser considerado entidade integrante da federação brasileira, seja porque não participa da vontade nacional por meio de representantes no Congresso, seja porque, nesse caso, ele assumiria a natureza de Estado-membro, uma vez que não existe federação de Municípios (NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Editora Forense: 2009.

A criação do Distrito Federal decorreu da necessidade de se obter um território neutro para instalar a sede do governo federal, sua origem emana do federalismo norte-americano, e seguinte a essa ideia, o país tupiniquim criou um território neutro, transformando-o em Distrito Federal.

Dispõe o texto maior que o Distrito Federal será regido por lei orgânica, respeitados os princípios estabelecidos constitucionalmente.

Ao tratar da organização do estado, afirmou o constituinte que a República Federativa do Brasil será formada pela União, Estado, Municípios e Distrito Federal.

Na tentativa de estabelecer a natureza jurídica do Distrito Federal, o mestre José Afonso da Silva afirmou que tal ente não é Estado, mas também não é Município, devendo ser compreendido como unidade federada, com autonomia parcialmente tutelada:

Não é Estado. Não é Município. Em certos aspectos é mais do que o Estado, porque lhe cabem competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e Municípios (arts. 32, §1º, e 147). Sob outros aspectos, é menos do que os Estados, porque algumas de suas instituições fundamentais são tuteladas pela União (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia). É nele que se situa a Capital Federal (Brasília). Tem, pois, como função primeira servir de sede o governo federal. Agora, goza de autonomia político-constitucional, logo não pode mais ser considerado simples autarquia territorial, como entendíamos no regime constitucional anterior. Parece que basta concebê-lo como uma unidade federada com autonomia parcialmente tutelada (AFONSO, 2002, p. 629).

Em sentido contrário, o professor Leon Szklarowsky, citado por Marcelo Novelino, afirmou que apesar das restrições impostas ao Distrito Federal, suas características de Estado e de Município fazem com que possua natureza híbrida, é um Estado e também um Município.

Conforme pelo festejado professor Novelino, não há dúvidas de que o Distrito Federal deve ser considerado ente federativo, o que se discute é se ele integra a

federação como Estado, Município ou entidade *Sui Generis*, sendo esta a posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal⁸.

Não obstante tais peculiaridades, algo que não se conflita é sobre a competência atribuída ao Distrito Federal, porque como atesta o constituinte, ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, posição ratificada pelos doutrinadores:

Brasília tem uma dualidade de competências, acumulando todas as prerrogativas dos Estados-membros e dos Municípios (art. 32, §1º, da CF). Em consequência, dispõe de tributos estaduais e municipais, o que lhe propicia uma maior arrecadação, podendo oferecer à população serviços públicos de melhor qualidade (AGRA, 2002, p. 310).

Nesse mesmo sentido, segue a doutrina do professor José Tarcizio, segundo o qual diz atribuir ao Distrito Federal as competências legislativas dos estados e dos municípios⁹, não sendo outra a posição do professor Marcelo Novelino¹⁰, e para pôr fim à questão, segue a doutrina do professor Kildare Gonçalves:

O Distrito Federal exerce as competências legislativas atribuídas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe ainda as competências comum, concorrente, supletiva e complementar. No campo tributário, compete-lhe instituir taxas e contribuições de melhorias, e os impostos de competência dos Estados e dos Municípios (CAVARLHO, 2009, p. 1.039).

Com a matéria devidamente exposta, observa-se que o Distrito Federal possui uma crise de personalidade, sendo ao mesmo conferido as competências estaduais, municipais. Assim o que foi dito sobre Estados e Municípios aplica-se ao Distrito Federal.

⁸ STF – ADI, rel. Min. Carlos Ayres Britto (21.06.2007): O Tribunal, por unanimidade, declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) que estende ao Distrito Federal a fórmula estabelecida aos Estados, para a repartição dos limites globais de despesas com pessoal.

⁹ Cf. ALMEIDA MELO, 2009, p. 568.

¹⁰ Cf. NOVELINO. 2009. P. 576.

4.5 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das competências demonstrou a diversidade de espécies existentes, bem como a possibilidade das mesmas serem delegadas entre os entes da federação, e ainda, com relação ao direito fundamental à saúde, ficou demonstrada a solidariedade existente entre União, Estado, Municípios e Distrito Federal.

Observa-se a existência de diversas regras constitucionais sobre o tema, entre elas, encontra-se o art. 23, do texto constitucional, afirmando ser de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Além do noticiado texto, aduz o art. 196 da lei maior que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para complementar a ideia posta, ressalta-se o conteúdo do art. 198, afirmando que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, descentralizado, com atendimento integral.

Em primorosa obra, manifestou-se a professora Luísa Hickel Gambá sobre o tema, ratificando a ideia posta, asseverando pela solidariedade entre os entes federativos:

Por outro lado, a legitimidade passiva das três esferas de governo para a ação de que se trata (tutela individual ou coletiva do direito à saúde) decorre da competência comum de todos os entes da federação para “cuidar da saúde”(art. 23, II, da Constituição Federal), bem como da norma constitucional que determina a organização das ações e serviços públicos de saúde em sistema único, envolvendo todas as esferas de governo (art. 198 da Constituição Federal). A unicidade do sistema, como bem assinala a Desembargadora Federal Marga Barth Tessler (2004, p. 54), como princípio organizador e estrutural do SUS leva à consequência de que todos os três entes da federação são responsáveis pelo funcionamento do sistema único, ou seja, no sistema único de saúde estabelecido na constituição Federal todos os entes da federação têm responsabilidade solidária pela adequada prestação do serviço, nada impedindo que a tutela do direito à saúde seja buscada em face de um ou de todos os entes solidários, independentemente das atribuições legais específicas de cada uma das esferas de governo fixadas na

legislação organizadora do serviço (Curso Modular de Direito Constitucional. 2008. p. 407).

Além dos ditames constitucionais, há também a portaria 399/2006 do Ministério da Saúde, que também ratifica a posição posta, afirmando junto ao tópico IV, que trata da responsabilidade sanitária, que todo município é responsável pela integralidade da atenção à saúde da sua população, exercendo essa responsabilidade de forma solidária com o Estado e a União.

É vasto o material existente, e sua grande maioria segue a mesma ideologia, não deixando dúvidas de que o direito fundamental à saúde deve ser assegurado integralmente de forma solidária por todos os entes federativos.

Até mesmo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, pugnado pela solidariedade dos entes federativos, pronunciou-se sobre o tema, oportunidade em que afirmou não ter dúvidas de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde, cabendo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios atuar em conjunto no cumprimento do direito fundamental à saúde.

Como afirmou o presidente da Suprema Corte, o poder judiciário e a doutrina majoritária, têm entendido que a competência comum dos entes federativos resulta na sua responsabilidade solidária:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf> Acesso em 28/07/2009).

A controvérsia existente sobre o tema vem sendo posta pelos entes federativos, porque estes tentam afastar a solidariedade disposta constitucionalmente, mas o entendimento majoritário vai em sentido contrário.

No intuito de solucionar toda a controvérsia, tramita junto ao Supremo Tribunal Federal uma proposta de súmula vinculante – PSV/04, para pôr fim a toda discussão, asseverando que os entes federativos são solidários para assegurar o direito fundamental à saúde.

4.6 MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Conforme verifica-se pela exposição efetivada, os entes federativos são integralmente responsáveis pela efetivação do direito em estudo, havendo inclusive solidariedade passiva para propositura da ação.

No entanto, é preciso estabelecer os mecanismos processuais adequados à obtenção da pretensão almejada, mecanismos capazes de entregar o objeto em tempo hábil, possibilitando o máximo de efetivação ao direito fundamental à saúde.

4.6.1 Mandado de segurança

Segundo dispõe o texto constitucional, o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Trata-se de uma ação constitucional de natureza civil, aquela poderá ser impetrada contra ato administrativo, jurisdicional, trabalhista, penal, e demais ramos do direito.

Desta forma, havendo agressão a direito líquido e certo, regra geral, é possível a propositura da presente ação para a obtenção da pretensão almejada, desde que presente os requisitos legais.

Conforme noticia o texto constitucional, afirma o art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo o mesmo ser assegurado mediante a implementação de políticas públicas.

Assim, resta demonstrado que cabe ao Poder Público assegurar ao cidadão o direito fundamental à saúde, no entanto, caso o mesmo não seja implementado, resta ao cidadão recorrer ao judiciário para obter a materialização do direito em estudo, o que poderá ser efetuado via mandado de segurança.

Caberá mandado de segurança quando a ilegalidade ou abuso de poder for realizado pela autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, o que ocorrerá caso o direito fundamental a saúde não seja integralmente garantido pelo administrador.

O legitimado ativo deve ser o detentor de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, enquanto que o legitimado passivo, é a autoridade coatora, responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com isso, presente os requisitos legais, e observado o prazo legal, que de acordo com o art. 18 da lei 1.533/51, o remédio constitucional deve ser proposto em 120 (cento e vinte) dias, contado da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado, poderá o conflito pode ser solucionado via impetração de mandado de segurança, de forma a garantir ao cidadão a materialização do direito fundamental a saúde.

4.6.2 Mandado de injunção

Afirma a carta magna junto ao art. 5, LXXI, que conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Assim, desde que o direito encontre-se respaldado em norma de eficácia limitada, que prescreva direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, estará preenchido o primeiro requisito para que seja possível a impetração do remédio constitucional.

Além do requisito elencado acima, é preciso ainda ficar evidenciado que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades garantidos constitucionalmente.

Preenchido os requisitos, é possível que a medida seja impetrada por qualquer pessoa, havendo inclusive entendimento exposto pelo Supremo

Tribunal Federal permitindo que o remédio seja impetrado de forma coletiva, conforme é possível verificar pelo julgado abaixo:

MI 712 QO / PA - PARÁ
QUESTÃO DE ORDEM NO MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. EROS GRAU
Julgamento: 15/10/2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 5º, LXXI, DA CB/88. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA TARDIO. JULGAMENTO INICIADO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DO PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. É incabível o pedido de desistência formulado após o início do julgamento por esta Corte, quando a maioria dos Ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida. 2. O mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade. 3. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, na defesa de direito alheio. Os substitutos processuais não detêm a titularidade dessas ações. O princípio da indisponibilidade é inerente às ações constitucionais. 4. Pedido de desistência rejeitado. Prosseguimento do mandado de injunção

Com relação ao pólo passivo, é preciso ressaltar que somente o estado poderá integrar o pólo passivo, e não o particular, porque a regulamentação das normas constitucionais deverão ser efetivadas pelo poder público.

Diante das peculiaridades estabelecidas, e na hipótese do direito fundamental a saúde deixar de ser efetivado pela Administração Pública, é possível que a medida constitucional seja impetrada para solucionar o conflito, no entanto, com relação aos efeitos propagados pela medida, muito se questiona sobre sua efetivação, porque existe entendimento segundo o qual o mandado de injunção apenas seria capaz de declaração a mora do Poder Legislativo, o que se denomina efeito não concretista da medida constitucional.

Segundo o entendimento noticiado, o mandado de injunção seria exclusivamente capaz de declarar a morar da administração pública, vez que ao judiciário não caberia solucionar o conflito e entregar o direito ao cidadão.

Após muita controvérsia, a suprema corte resolveu por fim a esta incoerência jurídica, oportunidade em que passou a atribuir ao mandado de injunção um

efeito concretista, devendo a decisão implementar o direito que somente produzirá efeitos para o autor.

Além do efeito concretista, em alguns julgados o Supremo Tribunal Federal filiou-se ao efeito concretista intermediário, ocasião em que julgou procedente a medida, fixando prazo para que a norma regulamentadora fosse elaborada, e caso a inércia permanecesse, ao autor seria assegurado o direito, conforme é possível verifica-se pelo julgado abaixo:

MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 25/10/2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, **FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA.** MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

Assim, caso o direito em estudo deixe de ser implementado face a inércia legislativa do Poder Público, resta possível a impetração da medida constitucional, de forma a efetivar a pretensão almejada.

4.6.3 Obrigação de dar

Além das medidas noticiadas acima, por meio da obrigação de dar vislumbra-se a possibilidade real de efetivação do direito fundamental a saúde.

Basta que o administrador público deixe de efetivar o direito em estudo, surgindo ao cidadão a pretensão de solucionar o conflito via judiciário, o que poderá ser realizado através da obrigação de dar.

Neste tipo de medida, sempre que ao cidadão for negado algum medicamento necessário ao tratamento médico, pode o cidadão compelir a administração a entregá-lo com a propositura da ação que se encontra disciplinada junto a parte especial do C.C. junto ao título I do livro I.

Segundo a doutrina do professor Carlos Roberto Gonçalves, a obrigação de dar consiste em transmitir a propriedade ou outro direito real, quer na simples entrega de uma coisa em posse, em uso ou à guarda. Implica ela a obrigação de conservar a coisa até a entrega e a responsabilidade do devedor por qualquer risco ou perigo desde que esteja em mora quanto à entrega ou, mesmo antes dela, se a coisa estava a risco ou responsabilidade do credor (GONÇALVES, 2009, p. 42).

Apesar da doutrina exposta, em diversas situações verifica-se que o autor prefere opor obrigação de fazer ao invés da obrigação de dar, entretanto, isso ocorre porque dar ou entregar algo e o mesmo que fazer alguma coisa.

Assim, é correto afirmar que seja via obrigação de dar ou obrigação de fazer, o fato é que uma vez obtida procedência da ação, o autor irá obter a pretensão pleiteada.

5 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

5.1 TITULARIDADE

Ao constitucionalizar os direitos, o texto constitucional também se utilizou de mecanismos para fazer com que os mesmos pudessem ser assegurados por meio de garantias tipificadas junto ao texto maior.

Assim, é possível verificar a existência de dois termos distintos, que se diferenciam quanto à nomenclatura e ao conteúdo, o que resulta na necessidade de diferenciá-los, e conforme aduz Rui Barbosa, os direitos possuem conteúdo declaratório, enquanto as garantias se denotam pelo seu conteúdo assecuratório, conforme se pode verificar pelo texto citado abaixo:

Diversos doutrinadores diferenciam direitos e garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração (MORAES, 2005, p. 28).

Ainda, sobre o mesmo assunto, o professor Alexandre de Moraes, faz citar Jorge de Miranda nos seguintes termos:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente. Por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos se declaram, as garantias se estabelecem (MORAES, 2005, p. 29).

Ao declarar o direito, o texto constitucional também faz menção aos destinatários do direito mencionado, dispondo junto ao artigo 5º, do texto constitucional, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ao analisar a literalidade do texto constitucional, seria possível imaginar que o texto tutelaria apenas o brasileiro e o estrangeiro residente no país, no entanto, este não é o melhor entendimento, porque na verdade, ao utilizar-se o termo “estrangeiro residente”, o legislador quis dizer que os direitos seriam garantidos junto ao território nacional, independentemente da nacionalidade do cidadão, vez que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, são exemplos de direitos universais, e por isso devem sempre ser respeitados, não sendo outro o entendimento exposto pelo professor Alexandre de Moraes:

O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Observe-se, porém, que a expressão “residentes no Brasil” deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.

Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais (MORAES, 2005, p. 29).

Com relação ao direito fundamental à saúde, a mesma ideologia poderá ser utilizada, porque determina o art. 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O professor José Tarcízio de Almeida Melo, expõe que o direito constitucional à saúde é direito de todos e dever do Estado, parte ativamente integrante da dignidade da pessoa humana, que se constitui num dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

A saúde é direito constitucional de todos e dever do Estado (Constituição, art. 196).

A saúde compõe a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (Constituição, art. 1º, III). Abrange a integridade física, mental e social do ser humano. Esse é o sentido completo da vida com dignidade.

O art. 196 da Constituição da República dispõe que é garantido o acesso universal igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Qualquer cidadão tem direito à saúde. O adequado tratamento dos doentes é obrigatório no que se refere ao fornecimento dos medicamentos necessários, e ao tratamento pertinente (ALMEIDA MELO, 2008, p. 1.139 e 1.153).

Ao se pronunciar sobre o assunto, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, em texto enviado ao Supremo Tribunal Federal, em contribuição à audiência pública ocorrida naquela instituição, fez as seguintes ponderações:

A letra explícita do texto constitucional desde logo aponta o caráter de universalidade do direito à saúde (e do próprio SUS), como direito de todos e de cada um, na esteira do disposto no artigo 5º, *caput*, da CF. Vigente, pois, o princípio da universalidade, no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que também não impede que haja diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é o bastante para demonstrar que, embora correlacionados, tais princípios não se confundem. A partir disso é possível sustentar-se, em linha de princípio, a titularidade universal do direito à saúde, respaldada em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ressalve-se que nem mesmo as políticas públicas atualmente vigentes dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, na medida em que apresentam caráter nitidamente inclusivo, como são exemplos alguns programas especiais de assistência à saúde, seja porque dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas, seja porque voltados à população estrangeira que ocorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil, demonstrando, enfim, que o caminho não é a exclusão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública Saúde. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/an>

exo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em 03/junho/2009.)

Até o presente momento, ficou demonstrado que todo cidadão brasileiro, bem como o estrangeiro residente, faria jus ao direito fundamental à saúde, sendo tal entendimento também ratificado por tratados internacionais .

Conforme é possível verificar junto ao §2º, do art. 5º, da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais adotados pela república.

Segundo afirma o professor Bulos, ao tratar do §2º, do art. 5º do texto constitucional:

O §2º desempenha função integrativa, propiciando o liame entre as normas constitucionais e os direitos previstos nos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Dessa forma, abriu-se espaço para a existência de um direito constitucional comunitário, pois há muito tempo o binômio ordem interna *versus* ordem internacional vem cedendo espaço para um terceiro gênero, no qual encontramos um campo fecundo e concreto para a resolução dos problemas jurídicos (BULOS, 2009, p. 412.).

Dentre os diversos tratados ratificados pela república brasileira, talvez seja o Pacto de San José da Costa Rica o mais conhecido e aplicado junto ao ordenamento jurídico pátrio.

Entre os diversos direitos assegurados, dispõe o tratado que a toda pessoa deve-se assegurar o respeito à vida, devendo ser protegida pela lei em geral, desde o momento da concepção, conforme é possível verificar:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países em que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delincente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

O texto integrado ao tratado assegura o direito à vida, bem como a integridade pessoal, independentemente da nacionalidade do sujeito, porque basta que o agente esteja em território brasileiro, para que goze da integral tutela assegurada junto ao tratado internacional, vez que o mesmo foi ratificado pela República Federativa do Brasil.

Não há qualquer distinção com relação aos agentes ativos de tal garantia, desta forma, seja brasileiro ou estrangeiro, todos devem ter tal direito assegurado, não sendo outro o entendimento do professor Celso Ribeiro Bastos, sendo o qual a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

5.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE VS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O Princípio da Reserva do Possível data de 1970 e possui como origem de emanção o Tribunal Constitucional alemão, em famoso *leading case*, no qual era perseguida a alocação de estudante em vaga universitária inexistente, no entanto, mesmo com a previsão constitucional do direito à educação e do livre exercício profissional, a pretensão foi denegada frente à inexistência de recursos, ou seja, à impossibilidade financeira.

Surge então o Princípio da Reserva do Possível, e de forma prudente, Fernando Borges Mânica mostra que esse princípio ganhou proporção na decisão ocorrida na Corte Constitucional Federal da Alemanha:

[...] a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso o aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão (MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria Da Reserva Do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acessado em 04/04/2009).

Percebe-se de plano que esse princípio acarreta limitação potencial dos direitos sociais, principalmente ao direito à saúde, que necessita de excessivo dispêndio de recursos para sua implementação, o que poderia, com esse tipo de fundamentação, extingui-lo do ordenamento pátrio. Portanto, reside aqui um dos maiores problemas quanto à efetividade do direito à saúde e aos demais direitos prestacionais.

Não bastasse a vinculação dessa efetivação ao poder discricionário do Poder Executivo, o direito fundamental à saúde fica à mercê da disponibilidade ou não de recursos que visem à manutenção e ampliação das necessidades a ele inerentes.

O Princípio da Reserva do Possível, de origem alemã, foi difundido no nosso país, pelo hoje Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Sr. Gilmar Ferreira Mendes, conceituado doutrinador e estudioso constitucionalista:

Embora operante no universo dos direitos sociais, em geral, como no âmbito da previdência social, em particular, o *princípio da reserva do financeiramente possível* em especial incidência no terreno da *saúde* e da *educação*, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas ideias de *constituição dirigente* e de *Estado provedor* –, atribuíram sobretudo ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna. Daí a similitude dos artigos 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente programáticas cuja concretização fica a depender das *forças do Erário*, como diziam os clássicos das finanças públicas. De mais a mais, e nisso reside um aspecto crucial do problema, a alocação de recursos públicos para a implementação desses direitos pressupõe – além de uma economia forte –, a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países periféricos configura o que muitos denominam *círculo vicioso da miséria*, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais. (GILMAR, 2008, p. 1420)

Nesse diapasão vale citar as palavras de Eduardo Appio, ao lecionar sobre o tema:

Este dever genérico do Estado – e o correlato direito à vida por parte do cidadão – está condicionado pela capacidade orçamentária do Estado, rendendo ensejo às chamadas “decisões trágicas” do legislador e do administrador. A proteção do direito à vida não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. (APPIO, 2005, p. 187)

Imprescindível ressaltar que a Constituição da República é uma das mais modernas constituições do mundo, assim considerada por muitos doutrinadores nacionais e internacionais, pois em seu corpo de normas encontram-se preceitos sociais que fazem dela um conjunto de normas que são voltadas para as necessidades da sociedade brasileira.

Certos de que não há maneira de separar dos direitos

prestacionais a sua vinculação econômica, ou seja, só serão prestados mediante ações políticas públicas que tenham tal fim e em que haja disponibilização de recursos. Destarte, para sua efetivação não somente basta que seja aplicado imediatamente ou que encontre protegido pela vedação do retrocesso, o direito à saúde só será efetivado mediante a vinculação de recursos financeiros que objetivem sua concretização.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2006, p. 301).

Ante a essa realidade, o Estado, quando deduzido em juízo, passou a invocar o Princípio da Reserva do Possível de modo errôneo e irresponsável, como forma de escusa quanto às suas obrigações constitucionalmente previstas, sobretudo pelo fato de que a simples aclamação desse princípio ao caso concreto serve de base principiológica para a fuga estatal. Muitos juízes motivados pela importação desse princípio alienígena, sem questionarem a existência ou não de recurso financeiro ou se a afirmação estatal era verdadeira, denegavam a efetividade do direito à saúde. Deve-se ressaltar que a realidade alemã diverge da brasileira, por isso, a tropicalização deste instituto deve ser posta segundo as peculiaridades que assolam nosso país.

Além disso, quando da utilização desse princípio pelos operadores do direito, não foi observada toda a ótica em que esse princípio se desenvolveu e foi aplicado. Vale dizer que o emprego desse princípio no ordenamento pátrio se dá de forma errônea, pois afinal não há previsão constitucional, assim como não estavam sendo observados os critérios que foram utilizados para sua aplicação.

No noticiado caso, o Tribunal Constitucional Alemão ressaltou

de maneira esplêndida que a imperatividade está enraizada no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade da prestação a ser oferecida pelo Estado, pois do problema emanado existia a garantia prévia e mínima do direito à vaga nas universidades, ou seja, o Estado dispôs um mínimo de vagas nas universidades públicas para os estudantes, no entanto é evidente que não há a possibilidade de alocar todos os estudantes alemães em universidades públicas, frente à impossibilidade financeira. Porém, do emblemático caso, ficou certo que o Estado dispôs do que poderia e o que a sociedade esperava de maneira racional.

A jurisprudência alemã, com base nos princípios da dignidade humana, e no Estado Social de Direito, passou a conceber o que se pode chamar de mínimo existencial, que veio no afã de auxiliar a aplicação dos direitos sociais. Sobre o assunto, manifestou-se a professora Mariana Filchtiner Figueiredo nos seguintes termos:

Na verdade, os alemães teriam identificado duas dimensões distintas do mínimo existencial: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado as prestações que traduzam esse mínimo. O primeiro sentido corresponde à dimensão defensiva do mínimo existencial, que coíbe ingerências sobre o *status* material e a qualidade de vida já alcançados pelo indivíduo; enquanto que do segundo sentido afere-se a dimensão prestacional do mínimo de existência, passível de suscitar, para o indivíduo, o direito de exigir prestações materiais concretas. (FILCHTINER, 2007, p. 194).

Marcelo Novelino acerca disso assegura que:

O “mínimo existencial” consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formados pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. Na formulação e execução das políticas públicas, o “mínimo existencial” deve nortear o estabelecimento de metas prioritárias do orçamento. Somente após serem disponibilizados os recursos necessários a sua promoção é que se deve discutir, em relação ao remanescente, quais serão as demandas a merecer atendimento. (NOVELINO, 2008, p. 375).

Quando levados a pensar em uma vida humana digna, carece atentar a priorização do direito fundamental à saúde, afinal as necessidades básicas desses são indispensáveis para a configuração de uma vida digna. Por tal motivo é que ao direito fundamental à saúde deve-se atender a presença de um mínimo existencial, pois do contrário o

bem maior, que consiste no direito à vida, estará sendo ameaçado ou até mesmo mitigado.

Nesse diapasão o Supremo Tribunal Federal se manifestou como se observa da ementa abaixo:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:

[...] Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", pág. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente

escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou de alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Os estudiosos, perante essa realidade onde o Estado havia encontrado a justificativa fundamentada que de tanto necessitava para deixar de prover o que constitucionalmente lhe foi imposto, passaram a tecer críticas no sentido de que o Princípio da Reserva do Possível não pode ser utilizado como simples instrumento de proteção a inércia estatal, e para combater tal afirmação, Maria Goretti Dal Bosco, manifestou-se nos seguintes termos:

A teoria da reserva do possível assim só pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo usados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população desprovida de mecanismos para exercer seus direitos e, especialmente, se isso for progressivo no tempo, por força dos impedimentos causados pela limitação de suas liberdades jurídicas, ou das capacidades reais para exercê-las. Sem força suficiente para atingir determinados patamares mínimos necessários à manutenção da sua dignidade, essa parcela das populações necessita de que o Judiciário faça com que os direitos fundamentais previstos

na Constituição sejam aplicados (DAL BOSCO, 2008, p. 393).

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino, preocupados com a possibilidade de supressão dos direitos sociais e sua efetividade, manifestam-se sobre o tema, da seguinte forma:

Não obstante, o STF tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a “reserva do possível”, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Assim, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada levemente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que inexistente disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas por ele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público (PAULO, ALEXANDRINO, 2009, p. 226).

Fábio Konder Comparato, ciente da relevância desses direitos, também demonstra sua preocupação, diante da possibilidade de deixá-los sem força normativa alguma, prejudicando obviamente a dignidade humana:

É preciso, com urgência, corrigir esse desvio de perspectiva, pois ele equivale a esvaziar de toda força jurídica aquele conjunto de direitos fundamentais, da mais alta relevância em países subdesenvolvidos. Se o Estado dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à “reserva do possível”. (COMPARATO, 2003, p. 250).

De forma lógica, a doutrina exposta visa atacar a previsão orçamentária como objeto de suas ações, pois assim realizando essa espécie de controle é que se dará efetividade em decorrência de certa pressão, e nesse sentido dispõe que:

Daí decorre, como primeira consequência lógica, que as verbas vinculadas à realização dos programas de ação em cada um dos setores

reconhecidos pela Constituição como de direitos sociais – basicamente aqueles mencionados no art. 6º - devem ser discriminadas, de modo a permitir o controle do cumprimento desse dever constitucional. O Poder Executivo, ao qual incumbe a iniciativa exclusiva das leis orçamentárias (art. 165, *caput*), não é livre de fazer ou deixar de fazer essa previsão de despesas financeiras, pela boa razão de que se trata de um dever constitucional de primeira ordem, que suplanta todos os demais deveres impostos aos Poderes Públicos no Estado de Direito. (COMPARATO, 2003, p. 256).

A corte alemã colocou em embate os dois princípios: o da reserva do possível e o da proporcionalidade/razoabilidade, e desse modo conseguiu, no caso em tela, determinar um denominado mínimo existencial, ou seja, o Estado tem o real dever de fornecer as mínimas condições de existência e de efetividade dos direitos sociais, trata-se de garantir o mínimo de eficácia aos direitos sociais e o direito à saúde encontra-se abarcado por essa premissa.

À luz do direito fundamental à saúde, Carlos Valder do Nascimento dispõe que:

Por justa razão, impõe salientar que o indivíduo é sujeito titular de direito à saúde como uma necessidade fundamental. Então, as normas constitucionais se prestam à formulação de políticas públicas visando à proteção e promoção do ser humano, em cujas prestações satisfeitas há de vislumbrar a premissa básica onde realiza seus fins primordiais. Eis o dilema que essa tese suscitada no plano de sua operacionalização prática. Valoriza, em decorrência de sua proposta de minimização normativa, a operação orçamentária em detrimento da saúde. Em consequência, nega, de forma peremptória, o direito à vida em toda a plenitude. (NASCIMENTO, 2009, p. 75).

Na sequência:

Configura, assim, *estado de necessidade* uma situação de fato que não pode ser lesada por comportamento de outrem. Circunscreve ao âmbito da confiabilidade e, como consequência, da garantia absoluta da preservação da dignidade humana, *bem* maior do indivíduo. Olvidar essa condição de fragilidade pelo não reconhecimento de seu direito público subjetivo a um tratamento condigno é, no mínimo, uma atitude mesquinha, egoística e, sobretudo, despida de sensibilidade.

Sem se dar conta disso, mas atento apenas a programas e às restrições do planejamento orçamentário, indiferente à dor e ao sofrimento, alguns dos magistrados negam essa realidade preferindo se apegar às justificativas sem qualquer fundamento fático-jurídico. E pior ainda, apequenando e reduzindo a importância do judiciário para a sociedade, ao valorizar de forma unilateral somente a questão financeira do Estado. (NASCIMENTO, 2008, p. 77).

De maneira conclusiva, Maria Goretti Dal Bosco traz relevantes comentários acerca da utilização do Princípio da Reserva do Possível, nos quais assegura que:

A teoria da reserva do possível, assim só pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo usados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população desprovida de mecanismos para exercer seus direitos e, especialmente, se isso for progressivo no tempo, por força dos impedimentos causados pela limitação de suas liberdades jurídicas, ou das capacidades reais para exercê-las. Sem força suficiente para atingir determinados patamares mínimos necessários à manutenção da sua dignidade, essa parcela das populações necessita de que o Judiciário faça com que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam aplicados

Logo, o orçamento público não pode ser mais considerado esfera intocável pelo judiciário. É importante assinalar a necessidade de que a decisão judicial seja criativa, use da razoabilidade na avaliação das possibilidades do orçamento público, e fixe prazos razoáveis e compatíveis com a execução orçamentária. Diante desses cuidados, não há por que considerar a decisão dos magistrados como “ativismo” judicial (DAL BOSCO, 2008, p. 393).

Mariana Filchtiner Figueiredo estabelece o limite a que o Princípio da Reserva do Possível deve ser analisado como se denota:

No sistema constitucional pátrio, essa observação ganha relevância em face da fundamentalidade dos direitos sociais, cabendo sublinhar que a reserva do possível não pode resultar importante objeção à eficácia jurídica e à efetividade social dos direitos sociais a prestações materiais, mas cuja interpretação e vigência devem conformar-se, entre outros, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, unidade e supremacia da Constituição. (FILCHTINER, 2007, p. 133).

Ante as ponderações apresentadas, é possível chegar à conclusão de que uma das saídas para a garantia da efetividade do direito fundamental à saúde não é somente atacar a real disponibilidade orçamentária/financeira do Estado, mas encurralá-lo junto ao Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade, assim como ocorrera no Tribunal Alemão.

5.3 PROBLEMÁTICA RELACIONADA À EFETIVAÇÃO MATERIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

5.3.1 Da questão orçamentária

Segundo dispõe o texto constitucional junto ao art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Trata-se de serviço de relevância pública, cabendo ao Poder Público regulamentá-lo por meio de lei, e sua execução será efetiva de forma centralizada ou descentralizada, seja por pessoas jurídicas ou físicas.

Afirma o texto constitucional que os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema único de saúde, sendo seu atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, assegurando a participação da comunidade.

Este sistema único de saúde, conforme noticia o Tribunal de Contas da União, é constituído por meio de um conjunto de ações, que será financiado pelo poder público, e todos os entes da administração responderão de forma solidária pela integral aplicação do sistema:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo conjunto de ações, bens e serviços de saúde proporcionado pelo poder público de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, e está organizado em redes hierarquizadas e regionalizadas de atenção, que abrangem todo o território nacional. Cada esfera de governo possui responsabilidades específicas e comuns. Cabe aos municípios, dentre outras atribuições, garantir a integralidade das ações de atenção à saúde de sua população. Os estados, Distrito Federal (DF) e a União, por sua vez, respondem solidariamente com os municípios pela integralidade dessas ações. (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/saude>. Acesso em 03/08/2009).

Segundo se verifica junto ao §1º do art. 198 da Constituição Federal, o sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

As demais fontes de financiamento são noticiadas pelo art. 32, da lei 8.080/90, segundo a qual outras fontes são recursos provenientes de serviços que podem ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde, ajuda, contribuições, doações, donativos, alienações patrimoniais, rendimentos de capital, taxas, multas, bem como emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Com o intuito de regulamentar o disposto junto ao art. 198 da Constituição Federal, foi promulgada a emenda constitucional de nº 29/2000, que promoveu diversas alterações no texto constitucional, estabelecendo a realização de aplicações mínimas anuais de recursos em ações, bens e serviços de saúde.

A noticiada emenda constitucional deu origem ao ADCT, artigo 77, ficando estabelecido que durante os anos de 2000 a 2004, estas aplicações mínimas seriam efetivadas da seguinte forma:

- a) União: no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de 5%, no mínimo; do ano de 2001 a 2002, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto.
- b) Estados e Distrito Federal: doze por cento do produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155, que se constituem no ITCD (Imposto sobre a transmissão por doação ou *causa mortis*, ICMS (Imposto sobre circulação de mercadorias) e IPVA (Imposto sobre a propriedade de veículos), bem como doze por cento dos recursos mencionados no art 157 e art. 159, I, “a”, e II, da Constituição Federal, ficando deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007).

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 44, de 2004)

§ 1º - Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º - A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso.

c) Municípios e Distrito Federal: quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156, que se constituem no IPTU (Imposto predial e territorial urbano), ITBI (Imposto sobre transmissão onerosa de bens imóveis), e ISS (Imposto sobre serviços de qualquer natureza), bem como dos recursos de que tratam o art. 158 e art. 159, I, “b” e §3º, a saber:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III.

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 44, de 2004)

§ 1º - Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º - A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso.

Segunda as regras acima expostas, ficou estabelecido que os entes federativos que aplicassem os valores mínimos fixados pela Constituição, a contar de 2000, estariam obrigados a elevá-los gradativamente, na proporção anual de um quinto, até que no exercício financeiro de 2004, estivessem de acordo com as novas regras.

No ano de 2004, com as adequações legais, relata-se que foi aplicada na saúde uma quantia superior a 32 bilhões de reais, enquanto que no ano de 2005, o orçamento aplicado no âmbito da saúde, alça à quantia de 36 bilhões, o equivalente a 2,5% do PIB, quando o necessário seria de 5% (http://cvirtual-economia.saude.bvs.br/tiki-read_article.php?articleId=136. Acesso em 06/07/2009).

Na sequência, no ano de 2006, relata o TCU que foram aplicados 40 bilhões de reais, enquanto que em 2007 esse valor alcançou o montante de 44 bilhões.

Inicialmente, o referido valor pode mostrar-se substancial, mas na verdade, não é suficiente para suprir a necessidade da população, que em sua grande maioria, necessitam do poder público para custear todas as despesas que possuem com saúde, uma vez que mais apenas 24% da população brasileira possuem plano de saúde, enquanto que o restante fica à mercê do poder público (http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=370. Acesso em 04/04/2009).

Em reportagem publicada junto ao jornal O Estado de S. Paulo, Fabiana Cimieri e Felipe Werneck relatam que, no Brasil, de cada R\$ 10,00 (dez reais) gastos no setor da saúde, R\$ 6,02 (seis reais e dois centavos) são pagos pelas famílias, enquanto que o governo custeia R\$ 3,88 (três reais e oitenta e oito centavos), e o restante vem de instituições sem fins lucrativos (http://sind-geoblog.blogspot.com/2008_08_31_archive.html. Acesso em 04/04.2009).

Não bastasse a má administração do dinheiro público, afirma o Ministério Público do Distrito Federal que de 2001 a 2009, a União deixou de destinar pelo menos R\$ 5,4 bilhões à Saúde, sem considerar a correção monetária, o que agrava ainda mais o problema.

Aduz o membro do *parquet*, que em 2000 e 2001, o governo ignorou a Constituição e não utilizou a base de cálculo dos anos anteriores para apuração do

percentual mínimo a ser aplicado em ações e serviços de saúde pública, fato este que provocou um efeito cascata, pois resultou em uma diferença no valor devido, e que continuou a repercutir nos anos posteriores (<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/julho-2009/governo-deve-r-5-4-bilhoes-a-saude-1>. Acesso em 04/04/2009).

Além disso, ressalta-se que outros setores beneficiam-se bem mais do orçamento público, enquanto que a saúde não obtém a quantia necessária para garantir o mínimo necessário para dar à população uma saúde de qualidade, só a título de exemplo, o Governo Federal, desde 2003, repassou ao agronegócio, mais de R\$ 106 bilhões de reais, valor este superior em 78,3% ao orçamento destinado ao Ministério da Saúde (<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/5/18/agronegocio-ganha-mais-verbas-publicas> . Acesso em 01/08/2009).

Conforme noticiado pelo Defensor Público da União, Sr. André da Silva Ordacgy, existe desproporcionalidade com relação aos gastos públicos, sendo determinados setores beneficiados com uma quantia proporcionalmente maior àquela destinada à saúde, a título de exemplo, o Governo Federal gastou quarenta e oito milhões de reais, em 2008, com decisões judiciais relacionadas à saúde, enquanto que foram noticiados gastos com propaganda pública no montante de quatrocentos milhões de reais:

Em relação à segunda questão, reserva do possível financeiro, temos a dizer o seguinte: numa comparação entre gastos, o jornal “O Valor Econômico”, de São Paulo, em 09 de abril de 2009, ou seja, relativamente há pouco tempo, informou que o Governo Federal gastou quarenta e oito milhões de reais, em 2008, com atendimento a decisões judiciais. Então, judicialização da saúde é o que todo o mundo fala. Ora, há duas semanas, o jornal “O Globo” publicou que o gasto com propaganda governamental chegou quase à ordem de quatrocentos milhões de reais. “Então, temos aí, tudo bem que muito dessa propaganda governamental pode efetivamente ser necessário, até no campo da saúde pública, em termos de prevenção e de informação da população brasileira, mas é certo que muita coisa aí, entre você atender à pessoa que precisa de um medicamento e a propaganda governamental, certamente que o disparate entre valores é muito grande”. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy__Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf Acesso em 28/07/2009).

A verdade é que os valores repassados são infinitamente insuficientes, ainda, a título de comparação, o Presidente do Conselho Nacional de Secretários

Municipais de Saúde - CONASEMS, manifestando-se sobre o assunto junto à audiência pública no Supremo Tribunal Federal, explicitou bem o problema, explanando que o quantitativo de recursos gastos com saúde no Brasil, somando-se o público e o privado não atinge 8% do PIB, enquanto que a média dos países que têm sistemas universais de saúde é superior a 10% do seu PIB, e nos EUA, a 15% (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Antonio_Carlos_Figueiredo_Nardi__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_.pdf junto demonstrou. Acesso em 28/07/2009).

O valor atualmente destinado à saúde não é suficiente para arcar com as despesas atuais, o mínimo constitucionalmente exigido não vem sendo aplicado pelo Poder Público ao orçamento da saúde, e como se não bastassem tantas variantes, que a população nacional cresce a cada ano, é praticamente impossível garantir ao cidadão brasileiro uma saúde de qualidade, com atuação preventiva e repressiva, e todos os mecanismos necessários para que a população se mantenha saudável.

5.3.2 Do desvio de verba pública praticado pelos agentes políticos

Apesar da dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da república brasileira, verifica-se que o direito à vida não está sendo tratado da forma adequada pelos administradores da nação.

A arte do sufrágio quase sempre é exercida da forma mais relapsa possível, vez que a maioria dos cidadãos brasileiros fazem do seu voto uma moeda de troca, trocando sua cidadania por alguns reais ou até mesmo por um pouco de comida.

Assim, considerando a forma por meio da qual a maioria dos agentes políticos adentram ao poder, não é de se esperar que o mesmo faça muita coisa em prol da sociedade, afinal de contas, sua parcela para com a sociedade já foi quitada quando o mesmo entregou ao pai de família uma cesta básica para que pudesse ter um mês de fatura alimentar.

Talvez, essa seja a justificava para tanta roubalheira, porque como o mandatário já ressarcir a população pelo voto obtido, agora, resta ao mesmo ressarcir

suas finanças, demonstrando que a política nacional mostra-se um investimento altamente rentável, deixando qualquer paraíso fiscal com inveja da tamanha rentabilidade.

Assim, a corrupção que agride a população nacional é apenas mais um item que faz a saúde perecer, porque se toda verba pública desviada fosse utilizada para resolver os problemas da saúde brasileira, com certeza os serviços sanitários prestados pelo país seriam os mais eficientes do mundo.

Conforme relata o TCU, no ano de 2007, fora destinada uma verba de 44 bilhões para saúde pública, enquanto que no ano de 2008, esse valor girou em torno de 48 bilhões.

Enquanto os poucos políticos honestos da republica se digladiam para ajustar o orçamento às necessidades públicas, os demais ficam estudando uma forma de tirar vantagem para atender suas necessidades pessoais, como adquirir jatinhos, construir castelos, comprar carros de luxo, e tudo à custa dos tributos pagos pela população.

A roubalheira é tamanha, que é possível encontrar todo tipo de falcatura. A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo elaborou uma pesquisa, que aponta que a economia brasileira perde cerca de R\$ 10,5 bilhões por ano com a corrupção:

Um estudo da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) afirma que a economia brasileira perde em média US\$ 6,5 bilhões (cerca de R\$ 10,5 bilhões) por ano com corrupção. A estimativa foi divulgada no começo de 2007, mas, segundo a entidade, ainda é atual, já que o índice do país no ranking da Transparência Internacional -dado utilizado pelo estudo- pouco mudou entre 2005 e 2007. No ano passado, o Brasil ocupava a 72ª posição, no mesmo lugar que México, China e Índia. Esse ranking é feito através de estudos e pesquisas de opinião que consideram a percepção de corrupção na área pública de 180 países <http://noticias.uol.com.br/especiais/corruptcao/ultnot/2008/08/29/ult6422u26.jhtm> Acesso em 05/08/2009).

Na mesma linha da pesquisa feita pela Fiesp, a Fundação Getúlio Vargas calcula que as falcaturas do setor público tiram da sociedade cerca de 0,5% do PIB, o que alça à quantia aproximada de R\$ 10 bilhões ao ano em desvios de verbas públicas:

Professor da FGV calcula que as irregularidades no setor público tiram da sociedade 0,5% do PIB. Ou seja, cerca de R\$ 10 bilhões por ano. A

corrupção consome R\$ 9,68 bilhões por ano do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, isto é, quase a metade dos R\$ 20 bilhões que representam o total de investimentos previstos no orçamento federal (<http://congressoemfoco.ig.com.br/Noticia.aspx?id=5261>. Acesso em 05/08/2009).

Em outro interessante episódio, a Polícia Federal do Estado do Maranhão desarticulou uma organização criminosa que desviou dos cofres públicos a quantia de R\$ 15 milhões, somente em recursos federais:

A Polícia Federal já prendeu, nesta quinta-feira, 23 pessoas acusadas por desvio de verbas públicas no Estado do Maranhão.

A operação, batizada de Rapina 3, cumpre 27 mandados de prisão e 38 de busca e apreensão expedidos pelo TRF (Tribunal Regional Federal) da Primeira Região.

Segundo a PF, a ação é um desdobramento das operações Rapina 1 e Rapina 2, que desarticularam esquemas de desvio de recursos públicos por meio de fraudes em licitações em municípios maranhenses.

Nesta etapa, as investigações tiveram como ponto de partida empresas de fachada e seus colaboradores --pessoas físicas e escritórios de assessoria que promoviam o uso de notas falsas--, licitações montadas e empresas fantasmas, com a finalidade de maquiagem o desvio de verbas da União por meio de convênios, fundos e planos nacionais.

De acordo com estimativa da PF, em 2007 e início de 2008, a organização criminosa movimentou cerca de **R\$ 15 milhões** somente em recursos federais, sendo esse montante em quase sua totalidade desviado com as fraudes (<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u529950.shtml>).

Na mesma linha da matéria noticiada acima, só que agora em outro estado da federação, a Polícia Federal desarticulou uma quadrilha envolvida em desvios de verbas públicas que seriam destinadas ao PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), onde o valor contratado para efetivação das obras públicas chega ao montante de R\$ 200 milhões:

PF prende 11 suspeitos de envolvimento com fraude em licitações do PAC.

Valor contratado por empresa pública para obras é de R\$ 219,5 milhões. Investigações foram iniciadas em 2007 na Superintendência de PF de MT. A Polícia Federal informou ao G1 nesta segunda-feira (10) que todos os 11 indiciados por suspeita de envolvimento com fraude de processos licitatórios do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) já foram presos durante a Operação Pacenas, deflagrada nesta manhã nos estados de Mato Grosso, São Paulo, Goiás e no Distrito Federal.

Todas as prisões ocorreram em Cuiabá, onde também já foi cumprida a maior parte dos 22 mandados de busca e apreensão expedidos pela Justiça.

Além das buscas e apreensões de Mato Grosso, também devem ser cumpridos ao longo do dia cinco mandados em São Paulo, três em Goiânia e um em Brasília.

As investigações se iniciaram em 2007 na Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso, após denúncias do Tribunal de Contas da União (TCU), do Ministério Público da União e do estado. O nome da operação é uma referência à empresa pública de saneamento de Mato Grosso, responsável pelos procedimentos licitatórios. Lido ao contrário, o nome Sanecap torna-se Pacenas.

De acordo com a assessoria de Comunicação Social da Superintendência da PF em Mato Grosso, o valor contratado para obras do PAC pela Sanecap é de R\$ 219,5 milhões. Estima-se que a empresa pública já tenha pago pelo menos R\$ 10 milhões em contratos, segundo a PF. Os valores pagos serão bloqueados. (<http://boselli.com.br/noticia.htm>. Acesso em 05/08/2009).

Mais ao sul do país, encontramos, segundo o promotor de justiça de São Paulo, uma pequena obra-prima da gatunagem, afirma ele que na arte de desviar dinheiro público, Paulo Maluf não tem concorrente, em face de um estilo todo próprio de praticar seus delitos:

Nos anos 50, costumava-se dizer que ninguém sabia vestir um terno como Cary Grant. O ator americano era a própria tradução da elegância. Um modelo para o resto dos homens. Enfim, um clássico. O brasileiro Paulo Maluf bem que tentou, a exemplo de Grant, marcar época pelas roupas bem cortadas – como se vê na foto que ilustra esta página, de 1979 –, mas foi imortalizado por outra razão: Maluf tornou-se, aos olhos dos promotores, o maior clássico da corrupção no Brasil. As investigações sobre ele mostram um estilo todo próprio de desviar dinheiro público, escondê-lo em paraísos fiscais e repatriá-lo. Nesse ramo, Maluf não tem concorrente. No máximo, seguidores. Na semana passada, VEJA teve acesso às peças finais do quebra-cabeça do desvio de verbas promovido por ele na prefeitura de São Paulo nos anos 90. É uma pequena obra-prima da gatunagem. O esquema foi esquadrihado pelo promotor Silvio Marques, do Ministério Público paulista, que nos últimos oito anos analisou 272.000 documentos bancários do Brasil, Estados Unidos, Suíça, Inglaterra, França e Ilha de Jersey para rastrear o dinheiro sumido. E conseguiu.

"Hoje, posso afirmar que ao menos 93 milhões de dólares foram furtados da prefeitura de São Paulo por Paulo Maluf. O dinheiro deu a volta ao mundo para ser lavado, mas descobrimos seu paradeiro: voltou ao Brasil, como se fosse um investimento feito a partir do Deutsche Bank, da Ilha de Jersey, em debêntures da Eucatex, a empresa de Maluf", explica o promotor. Impressionada com as provas levantadas por Silvio Marques, a Justiça de Jersey decidiu bloquear outros 22 milhões de dólares que continuam depositados por lá, em contas controladas pelos filhos de Maluf, e que também foram roubados da prefeitura. O promotor conquistou, ainda, outra vitória: o Deutsche Bank aceitou pagar 5 milhões de dólares à prefeitura paulistana apenas para não figurar em um processo criminal ao lado de Maluf. O Ministério Público tentará agora repatriar os 22 milhões de dólares que estão em Jersey e retomar os 93 milhões de dólares da Eucatex. Maluf, claro, permanece fiel ao seu estilo. Ele nega tudo. E nunca foi condenado. É mais um clássico que nunca envelhece (http://veja.abril.com.br/080409/p_071.shtml. Acesso em 13/07/2009).

Observa-se, por meio do estudo realizado pela FIESP, que cerca de 10 bilhões são desviados ao ano, considerando que possa haver certo exagero na pesquisa, vamos considerar que metade desse valor seja desviado, assim, se o produto destes desvios fosse integralmente usado para curar as mazelas da população, com certeza a saúde pública não estaria no estágio caótico que se encontra atualmente.

Consequentemente, na ótica do presente trabalho, não é possível conceber que decisões judiciais deixem de garantir ao cidadão o tratamento necessário à sua sobrevivência, sob a alegação de que o poder judiciário não pode interferir junto ao orçamento público, vez que caberia à administração implementar políticas públicas.

De forma oposta à ideologia praticada no presente estudo, segue o raciocínio do eminente juiz de direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados – MS, para quem a indissociável e evidente escassez de recursos, a dispensação medicamentosa não pode escolher destinatários, posto que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República, é destinada a todos e, pois, no plano abstrato, dotada de absolutez. Mas a partir do momento em que os prantos de tutela de urgência não satisfazem de forma plena os requisitos prementes e inafastáveis dessa medida de exceção, a supressão do todo (destinatários constitucionais da dignidade humana) não se justifica para a satisfação do unitário, com o que a incidência desse princípio fundamental vulnera a própria isonomia, conforme se pode observar pelo julgado abaixo, que fora proferido junto ao processo de número 002.08.016328-0:

1. Defiro os benefícios da assistência judiciária, com base no art. 4º da lei de regência.
2. A antecipação da tutela se limita aos casos em que se configura fundado receio de dano grave ou de difícil reparação ou quando evidenciado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e para que seja concedida devem estar presentes a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca. Por prova inequívoca, entende-se a que se apoia em prova preexistente e que é clara, evidente, portadora de convencimento, contra o qual não se levante dúvida razoável. A verossimilhança das alegações refere-se ao juízo de convencimento que se faz diante do quadro fático apresentado pela parte que requer a antecipação de tutela. Convém dizer de outro modo, em louvor à clareza de pensamento, que para garantir o contraditório e a ampla defesa e diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica, só se admitirá a antecipação de tutela caso haja risco de frustrar-se a garantia da maior efetividade da jurisdição. Dessa forma ela se limita aos casos em que se configura fundado receio de dano grave ou de difícil reparação ou quando evidenciado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, conforme incisos do art. 273 do CPC. Além

desses pressupostos, outros dois devem estar presentes para que se antecipe a tutela requerida, sejam eles, prova inequívoca e verossimilhança das alegações. Bem define os últimos pressupostos anotados Humberto Theodoro Junior in Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 28ª edição, Ed. Forense, pág. 558: "A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo". Dessa forma, por ser tratar de medida satisfativa, a prova deverá necessariamente ser inequívoca, porque não pode se fundar apenas na aparência de direito como ocorre com a cautelar. Quanto à 'verossimilhança da alegação', refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu. Também há de se considerar a irreversibilidade do provimento antecipado. Sobre este assunto, estatui Humberto Theodoro Junior in Curso de Direito Processual Civil, 36ª edição, Ed. Forense, pág. 575: "A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide" (TJMG. AI 1.0024.06.147968-9. VOTO REL. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES). Entrementes, em sede de cognição sumária dimensionada segundo a documentação colacionada, e à luz do esposado como causa de pedir, não se constata os requisitos viabilizadores da tutela de urgência pranteada. A uma, porque as prescrições médicas não estampam, de forma expressa e evidente, a necessidade imediata e inadiável dos fármacos pranteados - f. 10/15 -. A duas, porque a mera expedição de ofício à Secretaria Municipal e Estadual de Saúde, datada de 24.10.2008, por si só, não indica que a Municipalidade ou o Estado estão negando de forma imotivada, desarrazoada e ilegal a dispensação; tampouco que não estejam providenciando o medicamento - f. 16/19 -. A três, porque a própria resposta do ofício atesta que o remédio está disponível na Casa de Saúde - f. 19 -. A quatro, porque há razões de julgamento de caso análogo pela Corte Estadual, evidenciando que a judicialização está desvirtuando o sistema universal de saúde, que deve ser acessível a todos, canalizando recursos que poderiam ser destinados a atendimento de um número muito grande da população apenas para determinados cidadãos (TJMS. Ag. nº 2007.025898-7. REL. DES. LUIZ CARLOS SANTINI. Parte do voto da Des. Tânia Garcia de Freitas Borges). Mesmo porque em face da situação concreta da saúde pública, com sua indissociável e evidente escassez de recursos, a dispensação medicamentosa não pode escolher destinatários, posto que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República, é destinada a todos e, pois, no plano abstrato, dotada de absolutez. Mas a partir do momento em que os prantos de tutela de urgência não satisfazem de forma plena os requisitos prementes e inafastáveis dessa medida de exceção, a supressão do todo (destinatários constitucionais da dignidade humana) não se justifica para a satisfação do unitário, com o que a incidência desse princípio fundamental vulnera a própria isonomia. Com isso, ante o contexto verificado na hipótese concreta, e por meio da ponderação principiológica, e em análise do substrato fático-probatório estabelecido nesse momento processual, a isonomia deve ser respeitada. Enfim, porque, nesses moldes, não se tem a

verossimilhança do alegado nem o fundado receio de dano. Também ao caso não se aplica a regra do art. 273, § 7º, porquanto a falta desse receio apaga a probabilidade de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798, CPC). **Indefiro, pois, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, não obstante os seus argumentos.**

3. Cite-se a Fazenda Pública, com as cautelas de estilo. Às providências (<http://www.tjms.jus.br/cpopgdou/pcpoResultadoPG.jsp> Acesso em 10/06/2009).

Em outro caso, o magistrado manteve sua convicção ideológica e novamente indeferiu a antecipação da tutela, fato este ocorrido no feito de número 002.08.016104-0, bem como nos demais processos julgados pelo magistrado:

I. Defiro os benefícios da assistência judiciária, com base no art. 4º da lei de regência.

2. A antecipação da tutela se limita aos casos em que se configura fundado receio de dano grave ou de difícil reparação ou quando evidenciado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e para que seja concedida devem estar presentes a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca.

Por prova inequívoca, entende-se a que se apoia em prova preexistente e que é clara, evidente, portadora de convencimento, contra o qual não se levante dúvida razoável.

A verossimilhança das alegações refere-se ao juízo de convencimento que se faz diante do quadro fático apresentado pela parte que requer a antecipação de tutela.

Convém dizer, de outro modo, em louvor à clareza de pensamento, que *para garantir o contraditório e a ampla defesa e diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica, só se admitirá a antecipação de tutela caso haja risco de frustrar-se a garantia da maior efetividade da jurisdição. Dessa forma ela se limita aos casos em que se configura fundado receio de dano grave ou de difícil reparação ou quando evidenciado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, conforme incisos do art. 273 do CPC.*

Além desses pressupostos, outros dois devem estar presentes para que se antecipe a tutela requerida, sejam eles, prova inequívoca e verossimilhança das alegações. Bem define os últimos pressupostos anotados Humberto Theodoro Junior in Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 28ª edição, Ed. Forense, pág. 558:

"A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

"É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo".

Dessa forma, por ser tratar de medida satisfativa, a prova deverá necessariamente ser inequívoca, porque não pode se fundar apenas na aparência de direito como ocorre com a cautelar.

Quanto à 'verossimilhança da alegação', refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Também há de se considerar a irreversibilidade do provimento antecipado. Sobre este assunto, estatui Humberto Theodoro Junior in Curso de Direito Processual Civil, 36ª edição, Ed. Forense, pág. 575: "A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide" (TJMG. AI 1.0024.06.147968-9. VOTO REL. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES). Entrementes, em sede de cognição sumária dimensionada segundo a documentação colacionada, e à luz do esposado como causa de pedir, não se constata os requisitos viabilizadores da tutela de urgência pranteada. *A uma*, porque as prescrições médicas não estampam, de forma expressa e evidente, a necessidade imediata e inadiável dos fármacos pranteados – f. 20/24 -. *A duas*, porque a mera expedição de ofício à Secretaria Municipal e Estadual de Saúde, datada de 05.11.2008, por si só, não indica que a Municipalidade ou o Estado, estão negando de forma imotivada, desarrazoada e ilegal a dispensação; tampouco que não estejam providenciando o medicamento – f. 18/19 -. *A três*, porque nada indica que, dentre os dispensáveis pela rede municipal e estadual - que é contra quem se volta à pretensão -, há (ou não há) algum fármaco que contenha o mesmo princípio ativo ou ação clínica similar aos vindicados. *A quatro*, porque há razões de julgamento de caso análogo pela Corte Estadual, evidenciando que a *judicialização está desvirtuando o sistema universal de saúde, que deve ser acessível a todos, canalizando recursos que poderiam ser destinados a atendimento de um número muito grande da população apenas para determinados cidadãos* (TJMS. Ag. nº 2007.025898-7. REL. DES. LUIZ CARLOS SANTINI. Parte do voto da Des. Tânia Garcia de Freitas Borges). Mesmo porque em face da situação concreta da saúde pública, com sua indissociável e evidente escassez de recursos, a dispensação medicamentosa não pode escolher destinatários, posto que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República, é destinada a todos e, pois, no plano abstrato, dotada de absolutez. Mas a partir do momento em que os prantos de tutela de urgência não satisfazem de forma plena os requisitos prementes e inafastáveis dessa medida de exceção, a supressão do todo (destinatários constitucionais da dignidade humana) não se justifica para a satisfação do unitário, com o que a incidência desse princípio fundamental vulnera a própria isonomia. Com isso, ante o contexto verificado na hipótese concreta, e por meio da ponderação principiológica, e em análise do substrato fático-probatório estabelecido nesse momento processual, a isonomia deve ser respeitada. *Enfim*, porque, nesses moldes, não se tem a *verossimilhança* do alegado nem o *fundado receio de dano*. Também ao caso não se aplica a regra do art. 273, § 7º, porquanto a falta desse receio apaga a probabilidade de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798, CPC).

Indefiro, pois, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, não obstante os seus argumentos.

3. Cite-se a Fazenda Pública, com as cautelas de estilo.

Observa-se que, em ambos os casos, a exposição ideológica externada praticamente se confunde, e em ambos os casos, a partes ficam desprovidas do bem necessário ao seu bem-estar, que somente é alcançado, após interposição de recurso junto ao Tribunal do Estado, onde quase sempre a pretensão é obtida.

Comungando do mesmo entendimento doutrinário, o Sr. Ministro José Antônio Dias Toffoli, recém nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao participar da audiência pública realizada nesta corte, no mês de abril do corrente ano, afirmou que a União reconhece que o direito à saúde é um corolário do direito à vida, à dignidade humana, que encontra respaldo constitucional.

Afirma o ministro que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população representa um sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas.

Aduz o festejado ministro, que a elaboração dessas políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas, e que o direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico. Segue abaixo parte da exposição proferida:

A União reconhece a absoluta essencialidade do direito à saúde. Não há que se dizer o contrário. A União reconhece, o Estado brasileiro reconhece, a Constituição positivou o Sistema Único de Saúde - considerado, inclusive, um modelo de organização na área de saúde - de uma maneira regionalizada e hierarquizada. É um corolário do direito à vida, à dignidade humana, tutelados não só pela nossa Constituição, mas pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[...]

Os recursos estatais para a efetivação desse direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população, geralmente em sede de cognição sumária, representa sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde.

[...]

O direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico. Aqui o Procurador-Geral já apontou a questão relativa às listas de medicamento, às indicações feitas por médicos que pertencem ao SUS, ou que não pertencem ao SUS. Portanto, fica patente que o direito à saúde não implica em um direito universal a todo e qualquer tratamento. É necessário que as políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade nos usos dos fármacos devem ser observadas. Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha reservado toda uma seção do capítulo destinado à seguridade

social para abordar o direito à saúde, apenas o artigo 196, mais precisamente a expressão “A saúde é direito de todos e dever do Estado” é que tem sido utilizada como fundamento nas decisões prolatadas pelos juízes, sem qualquer preocupação de enquadrá-lo em uma abordagem sistemática que permita aferir o real alcance que lhe quis atribuir a Constituição Federal.

[...]

A elaboração dessas políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas. Sendo assim, o fato de o Poder Público apontar os medicamentos e tratamentos que serão fornecidos à população não induz, por si só, a conclusão de que se está diante de intolerável e inconstitucional limitação ao direito à saúde. Antes, indica que se está por estabelecer garantias de acesso aos serviços de saúde disponíveis, cuja segurança e eficácia já foram verificados.

[...]

A preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde. Primeiro, porque resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário em esfera precípua dos demais Poderes do Estado (Estado-Administração); segundo, porque cria nova modalidade de beneficiários, qual seja? Aquela que possui uma liminar e com isso terá tratamento preferencial; terceiro, porque altera a distribuição de recursos, desvia o orçamento destinado a cobrir os tratamentos básicos para as hipóteses não amparadas, sujeitos os menos favorecidos a um sistema em piores condições. Forma-se, então, um sistema de saúde paralelo ao SUS, priorizando o atendimento das pessoas que, muitas vezes, sequer procuraram atendimento junto ao Sistema e vão diretamente ao Judiciário, ingressando com ação em detrimento dos usuários que aguardam o atendimento junto às unidades de atendimento credenciadas pelo SUS (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Min_Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao.pdf Acesso em 06/07/2009).

Os argumentos utilizados pelo palestrante são plausíveis, mas diante dos motivos até aqui expostos, não há como acatá-los, porque o direito à vida não pode perecer simplesmente porque o administrador público é incompetente para administrar o dinheiro público.

Como o poder público é incapaz de frear a cobiça e a desonestidade de seus políticos, então, que no mínimo, seja capaz de garantir aos seus cidadãos uma saúde de qualidade, permitindo que a população tenha uma melhor qualidade de vida.

Desta forma, até que o poder público seja capaz de criar mecanismos eficientes para controlar os gastos públicos e evitar todo tipo de desvio de verbas públicas, opta-se por garantir ao cidadão, que cotidianamente paga seus tributos, o mínimo

existencial para que possa obter uma vida digna, conseqüentemente, a judicialização para assegurar o direito à vida da população é exercida de forma correta, uma vez que os demais poderes da administração são incompetentes para garantir ao cidadão o mínimo existencial necessário.

5.4 MEIOS DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Aduz o texto constitucional pátrio que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se num Estado Democrático de Direito.

Ao informar que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, ressaltou o constituinte que este Estado preza pelo respeito aos direitos individuais e metaindividuais, que garante a excelência do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, assegurou ainda a independência e imparcialidade dos poderes, bem como a responsabilidade dos governantes face ao governo, garantindo ainda a prevalência do princípio representativo, informador de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

A ideologia da expressão constitucional é bem posta pelo professor Bulos:

Ao utilizar a terminologia “Estado Democrático de Direito”, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para com os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo. Em realidade, a expressão ‘Estado de Direito’, sem o qualificativo democrático, é tradução literal do vocábulo alemão *Rechtsstaat*, empregado desde o começo do século XIX. Com o tempo, o termo incorporou-se ao vocabulário jurídico e político, significando o oposto de *Polizeistaat* – Estado de Polícia, o Estado da época do Absolutismo. Daí a ponderação arguta de Gomes Canotilho e Vital Moreira ao anotarem o art. 2º da Carta portuguesa, que equivale, como dissemos, a este art. 1º da nossa Constituição: ‘este conceito – que é seguramente um dos conceitos-chave da CRP – é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e a componente

do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só o sendo é que é Estado de Direito; O Estado democrático é Estado de direito e só o sendo é que é democrático”(...) “Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode deixar de ficar condicionado e de ser qualificado em função do sentido da outra” (Constituição da República Portuguesa anotada, 3. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1984, pág. 73).

A expressão “Estado Democrático de Direito”, tal qual empregada pelo constituinte de 1988, serve para abranger os valores que informam a República Federativa do Brasil, dentre os quais a liberdade pessoal, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento em toda a sua extensão (liberdade de discurso, liberdade de imprensa, liberdade de manifestação do pensamento), a inviolabilidade da vida, do sigilo da correspondência, do domicílio, das comunicações, do devido processo legal (em toda a sua extensão), da igualdade de todos perante a lei, da irretroatividade da lei penal, exceto para beneficiar o réu, a liberdade de culto, de locomoção, de associação, do direito de greve, dos direitos econômicos, sociais, trabalhistas, previdenciários etc. (BULOS, 2009, p. 79).

Por tratar-se de um Estado Democrático de Direito, é natural que o mesmo tenha por fundamentos a promoção da dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, a fomentação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim, no intuito de buscar a efetivação de tais valores, é válido permitir ao cidadão a utilização de mecanismos que sejam capazes de materializar tal direito, que fora idealizado constitucionalmente.

Desta forma, na busca de efetivar integralmente o direito fundamental à saúde, propõe-se o estudo de alguns mecanismos, que poderiam solucionar os problemas que agredem a população, que por sua vez, não possui mecanismos hábeis para obter uma saúde de primeiro mundo.

No entanto, atitudes extremas, somente poderiam ser utilizadas, desde que o administrador público não fosse suficientemente competente para fazer efetivar o disposto junto ao art. 196 do texto constitucional, que afirma ser a saúde um direito de todos, e dever do Estado, que mediante a implementação de políticas públicas, deverá garantir à população o mínimo necessário para que se tenha uma saúde digna.

5.4.1 Da implementação de políticas públicas e o ativismo judicial

O poder administrativo discricionário consiste no poder de escolha dado ao administrador, sendo que tal ato deve estar rigorosamente amparado em lei, na medida em que o legislador fixará os limites da discricionariedade a ser exercida, ficando o agente público preso ao enunciado da lei que não estabelecerá um único comportamento a ser adotado por ele em situações concretas.

A grande questão é saber se ao judiciário é possível intervir de forma a alterar a escolha discricionariamente feita pelo administrador, que ao optar pela implementação de certas políticas, o faz com base em rigorosos estudos orçamentários, e segundo as necessidades da coletividade.

Tal questão foi bem posta pela professora Luisa Hickel Gamba, que afirma haver entraves na atuação judicial na concretização do direito à saúde, fundados, sobretudo, nas alegações de impossibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas destinadas à sua efetivação e de necessário respeito aos limites orçamentários e às avaliações técnicas precedentes dessas políticas, cujo estabelecimento é privativo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Inicialmente, tem-se por pacífico que o ato administrativo somente pode ser questionado em sua legalidade, ocasião em que se torna possível a intervenção judicial. Quanto à discricionariedade do ato administrativo, regra geral, não pode sofrer intervenções do poder judiciário, porque o mérito do ato administrativo pertence ao administrador, o que impossibilita a intervenção do judiciário junto ao juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo editado.

No entanto, é possível que ao controlar a legalidade do ato, o administrador atinja o ato em sua discricionariedade, o que traz a falsa impressão de que o judiciário estaria intervindo na discricionariedade do ato editado.

Com a edição da ADPF 45, muito se discutiu sobre a legalidade de tal decisão, vez que o ministro Celso de Mello teria incidido sobre esfera discricionária do executivo, de forma a intervir na implementação de políticas públicas, mas na realidade, houve sim uma grave agressão aos direitos fundamentais do cidadão, o que induz agressão à

legalidade do ato praticado, e neste caso, é plenamente possível a intervenção do judiciário para controlar a edição dos atos administrativos.

ADPF 45 - DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. À QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Dando sequência à ideologia explanada junto à ADPF 45, afirma o ministro que não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse particular, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Afirma ainda o professor Celso de Mello que o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador ou administrador. No entanto, é cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Por fim, aduz o ministro que a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; havendo uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos, e no caso específico do direito fundamental à saúde, a gestão do sistema é de competência do poder executivo, a quem cabe coordenar, negociar, realizar planejamentos, bem como prestar as contas de sua atuação. Mas se tal poder mostrar-se incompetente para a prática de tal ato, não pode a sociedade arcar com tamanho prejuízo pelo fato de o poder público ter se mostrado incompetente na implementação das políticas públicas.

Desta forma, demonstrada a ineficácia e incompetência do administrador para garantir à população a efetivação do direito à saúde, haverá em consequência uma grave agressão ao direito subjetivo do cidadão, que poderá recorrer ao judiciário, para que faça solucionar um problema que a administração pública foi incapaz de resolver.

5.4.2 Do princípio da proibição do retrocesso

O direito fundamental à saúde, por estar consignado no rol dos direitos prestacionais, adere às regras e características dessa categoria, o que submete esse direito ao Princípio da Proibição do Retrocesso. Esse princípio vem com o intuito de proteger os direitos sociais que possivelmente já estejam garantidos ou efetivados por menor que seja a sua caracterização.

Deve-se entender esse princípio como instituto de defesa em

prol dos direitos sociais, que em decorrência de norma complementar, já se encontra efetivado, diferentemente dos direitos fundamentais de abstenção ou de primeira dimensão que não necessitam, regra geral, de regulamentação específica, mas somente de previsão constitucional, afinal por si só são concebidos e respeitados em decorrência da existência de seus remédios constitucionais consignados no próprio rol das garantias individuais, o que resulta na efetiva proteção.

Ao tratar da matéria, o professor Narbal Antônio, em citação Luis Roberto Barroso, expôs o seguinte:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinando direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (FILETI, 2009, p. 135).

Para possibilitar melhores condições de compreensão sobre o instituto em estudo, faz-se necessário trazer as palavras de Joaquim José Gomes Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isso quer se dizer que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

[...]

O reconhecimento desta proteção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”. (CANOTILHO, 2003, p. 338).

Flávia Piovesan em análise ao Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais extrai desse que a implementação de planos que garanta os direitos sociais deve ocorrer de forma progressiva:

Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição de retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos. (PIOVESAN, 2007, p. 178).

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social consubstancia na proteção ao núcleo normativo, da lei ou norma, que buscou efetivar um direito social, pois somente assim não se estará à mercê do legislador, que a qualquer momento pode vir e editar outra norma que de algum modo extirpe ou abrande direito social já constituído, indo contra o escopo constitucional dado a esse instituto.

Esse princípio tem por fito proteger os direitos sociais, ou seja, sendo uma vez outorgado um preceito social, esse não poderá mais ser retirado de forma arbitrária e injustificada por parte do Estado, logo, percebe-se que o Estado não poderá diminuir seus esforços quanto à manutenção de uma atuação anteriormente prestada, e sempre que for reconhecida uma necessidade social nova, esse deverá depreender todos os meios possíveis para que essa seja atendida.

De maneira bastante clara Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, suscitam que:

Esse princípio da vedação do retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effect cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado. (VICENTE, ALEXANDRINO, 2009, p. 224).

Ingo Wolfgang Sarlet traz à baila a segurança jurídica, que acredita ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, pois é devido a sua ocorrência, que as políticas não poderão retroceder retirando parte da eficácia da norma em pauta, pois do contrário a norma estaria sendo mera expectativa de direitos, ou um simples instrumento de vontade estatal. Logo o legislador não pode dispor do conteúdo núcleo essencial, quando legislar sobre o assunto:

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos as prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes. (SARLET, 2006, p. 434).

Desse modo, vislumbra-se a ampliação e o aperfeiçoamento dos direitos sociais de maneira a ser garantida a tutela das necessidades humanas correlatas à preservação da dignidade humana. O almejado pela norma garantidora de direitos promocionais somente atingirá seu escopo constitucional se uma vez sendo essa concedida, não poder ser retirada do ordenamento, com a simples escusa infundada e arbitrária, porque reside nesse ponto a maior proteção que os direitos sociais podem possuir face às dificuldades de implantação a eles inerentes.

Complementando a ideia e na intenção de facilitar a compreensão desse princípio, Marcelo Novelino, ensina que:

Sob o prisma dos poderes aos quais se impõe a “vedação ao retrocesso”, também é possível distinguir duas espécies de limitações. A primeira, de ordem *metajurídica*, dirige-se ao poder constituinte originário, impondo-lhe o dever de respeitar a essência dos direitos fundamentais sobre as quais haja um consenso profundo e que sejam decorrentes de uma conquista daquela sociedade, sob pena da nova Constituição ser considerada ilegítima do ponto de vista material. A segunda limitação é de natureza *jurídica* e se destina aos poderes encarregados da concretização dos direitos sociais. Atua no sentido de impedir o legislador e o administrador de extinguir ou até mesmo reduzir uma determinada política pública efetivadora dos direitos fundamentais sociais. (NOVELINO, 2008, p. 376).

Da análise das premissas anteriormente explicitadas denota-se o surgimento de um direito subjetivo negativo ao cidadão, o que resulta na possibilidade de sua ilação em juízo quando estiver sendo ameaçado ou lesado, ou seja, trata-se do aparecimento de um direito de defesa. Isso serve para garantir a segurança jurídica dos direitos promocionais, notavelmente o direito à saúde, igualando mesmo que de forma pretensiosa aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

No entanto a realidade não se apresenta dessa forma, devido à vinculação material e econômica mediante políticas públicas para que o direito fundamental à saúde seja concedido, significa dizer que mesmo que o legislador de previsão legal e discriminação pare sua implantação, essa realmente só ocorrerá se o Poder Executivo atuar de maneira condizente ao que lhe foi imposto constitucionalmente.

Caso o Poder Executivo não disponha de recursos, ou não os disponibilize às normas garantidoras de direito à saúde, o cidadão continuará como mera expectativa prevista apenas no papel, obstando a efetividade do direito, que neste caso, deverá ser garantido via poder judiciário.

5.4.3 Do bloqueio de verbas públicas

Segundo dispõe o art. 98, do código civil brasileiro, são públicos os bens do domínio nacional, aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, quanto aos demais, são considerados particulares.

Consideram-se bens públicos, aqueles de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; os de uso especial são aqueles tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; por fim, têm-se os bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real, de cada uma dessas entidades.

Tais bens caracterizam-se por serem inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

A inalienabilidade decorre do texto legal disposto junto ao art. 100, do Código Civil, segundo o qual os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Assim, tem-se a regra, os bens públicos são inalienáveis, mas preenchidos os requisitos legais, sua alienação é possível, desta forma, conclui-se que a inalienabilidade não é absoluta.

Sobre o assunto, conferem-se os ensinamentos do professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

Inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei, característica, esta, expressamente referida no art. 67 do Código Civil/1916. Os de uso comum ou especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, isto é, enquanto estiverem afetados a tais destinos. Só podem sê-lo (sempre nos termos da lei) ao serem desafetados, passando à categoria dos dominicais. O fato de um bem estar na categoria de dominical não significa, entretanto, que só por isto seja alienável ao alvedrio da Administração, pois o Código Civil, no artigo citado, declara que os bens públicos em geral – portanto, sejam de que classe forem – “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 770).

Quanto à impenhorabilidade, é uma consequência do disposto junto ao art. 100 da Constituição Federal, vez que em favor dos credores da administração pública, serão expedidos precatórios, porque em se tratando de Poder Público, seus bens não podem ser pracedados para que seus débitos sejam quitados.

Outro não é o entendimento dos professores Marcelo e Alexandrino:

A penhora é instituto de natureza constrictiva que recai sobre o patrimônio do devedor para propiciar a satisfação do credor na hipótese de não pagamento da obrigação. O bem penhorado pode ser compulsoriamente alienado a terceiros para que o produto da alienação satisfaça o débito do credor.

Os bens públicos são impenhoráveis, vale dizer, não se sujeitam ao regime de penhora.

A Constituição Federal estabelece regra diferenciada para a satisfação dos créditos de terceiros contra a Fazenda Pública. Eles serão pagos segundo o denominado regime de precatórios, nos termos do *caput* do art. 100 da Carta Política.(ALEXANDRINO, MARCELO, 2008, p. 637).

Assim, observa-se que a impenhorabilidade decorre da necessidade do administrador público quitar seus débitos por meio de precatórios, no entanto, esta é a regra geral, porque há uma única hipótese em que se dispensa o regime de precatórios, exceção esta consignada junto ao §3º, do art. 100, do texto constitucional, aduzindo que não se aplica o regime de precatórios aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, deva fazer em virtude de sentença judicial com trânsito em julgado.

A definição do que seja “pequeno valor” cabe aos entes federativos, mas enquanto operar a omissão legislativa, tal definição será regulada pelo disposto junto ao art. 87, do ADCT, segundo o qual se entendem por quantia de pequeno valor as obrigações emanadas de sentença judicial com trânsito em julgado que alçarem à quantia de 44 (quarenta e quatro) salários mínimos, desde que o polo passivo seja composto pelos Estados e Distrito Federal, face aos municípios, o valor é reduzido para 30 (trinta) salários mínimos.

Por fim, resta tecer algumas considerações sobre a imprescritibilidade dos bens públicos, característica esta que impede que recaia sobre os bens, a usucapião, regra esta constitucionalizada junto aos artigos 183, §3º e art. 191, parágrafo único, que respectivamente, veda a usucapião de terras urbanas e rurais que façam parte do patrimônio público.

Assim, observa-se pelo exposto até o presente momento, que os bens públicos são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis, com isso, diante de tais prerrogativas dotadas à Fazenda Pública, será que seria legalmente possível efetivar bloqueio de verbas públicas para custear tratamento médico ou adquirir um medicamento de alto custo?

Analisando o ordenamento jurídico, conclui-se que pela literalidade da lei, que diante das características dos bens públicos, e considerando o fim a que se propõe, o bloqueio de verbas públicas não seria possível, com exceção ao disposto junto ao art. 100, §2º, do texto constitucional, segundo o qual o bloqueio de verbas públicas seria autorizado exclusivamente, para os casos em que não fosse respeitada a ordem cronológica de pagamento dos precatórios.

Além da exceção posta, também seria possível aplicar o mesmo raciocínio para a hipótese disposta junto ao §3º, do art. 100, do texto constitucional, vez que

se tratando de obrigações definidas como de pequeno valor, o regime dos precatórios não se aplica.

Sobre o assunto, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

AI 638151 AgR / RN – Rio Grande do Norte
AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relatora (a): Min. Cármen Lúcia
Julgamento: 09/06/2009 – Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em 17 de outubro de 2007, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, o qual afastara a expedição de precatório para o pagamento de obrigações de pequeno valor. É a seguinte a decisão agravada:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem-se firmando no sentido de que a afronta ao art. 100, §2º, da Constituição da República somente ocorreria se a decisão judicial determinasse o sequestro de recursos públicos para pagamento de precatório e não para o pagamento de requisição de pequeno valor, definido por lei.”

[...]

O Tribunal asseverou que, “no caso, consoante restou consignado no acórdão regional, o montante da execução perfaz valor inferior àquele descrito na legislação supra, não se constatando qualquer violação ao artigo 100, §3º e §4º, da Constituição Federal na dispensa de precatório”.

Como assentado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a afronta ao art. 100, §2º, da Constituição da República somente ocorreria se a decisão judicial determinasse o sequestro de recursos públicos para o pagamento de precatório e não para o pagamento de requisição de pequeno valor, definido em lei.

O professor Uadi Lammêgo Bulos, em comentário ao referido texto constitucional, fez a seguinte exposição:

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o art. 100, §2º, da Constituição Federal não sofreu alteração substancial com a nova redação dada pela EC n. 30/2000, e que o §4º do art. 78 do ADCT tem incidência exclusiva nos

casos de não-satisfação de prestações assumidas como decorrência do parcelamento permitido em seu *caput*, situação inaplicável aos débitos trabalhistas, de natureza alimentícia. Fixou-se o entendimento de que o sequestro somente se viabiliza nas situações em que existir preterição ao direito de precedência. Vale lembrar que esse veredicto foi dado na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.6622 (Sessão de 30-8-2001), proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, que declarou inconstitucionais os incisos III e XII da Instrução Normativa n. 11, de 10 de abril de 1997, do Tribunal Superior do Trabalho. “Nessa circunstância, vigora decisão definitiva desta Corte, com eficácia contra todos efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública de todas as esferas – Lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único” (BULOS, 2009, p. 977).

Desta forma, observa-se que o texto maior não permite que verbas públicas sejam bloqueadas, no entanto, ao analisar a questão sob os princípios constitucionais, bem como os valores em conflito, é possível chegar à conclusão diversa da inicialmente externada.

Isso é possível, porque ao analisar o texto constitucional, verifica-se a existência de normatividade com relação aos princípios constitucionais.

Os princípios são a causa primária da criação legislativa, cuja a função é demonstrar o caminho a ser seguindo, assim, partindo-se do pressuposto de que os princípios são hierarquicamente superiores aos atos normativos, e que estes extraem sua validade daqueles, não se pode questionar sua normatividade, sendo esta posição amplamente reconhecida pelos juristas.

Norberto Bobbio, citado por Ruy Samuel Espíndola, aduz que:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas? (SAMUEL, 2002, p. 62).

Toda norma atesta a existência de um princípio, da qual aquela retira sua validade, assim, se aquela possui normatividade junto ao sistema jurídico pátrio, não há como afastar tal característica desta, vez que a prática do mais induz a realização do ato de menor valor.

Desta forma, a utilização dos princípios junto aos conflitos de interesses, deve ser reconhecida e plenamente utilizados, possibilitando uma submissão adequada ao caso concreto, vez que o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vem daqueles para estas. (Rothenburg. 2003. pág. 63.).

A análise da doutrina posta demonstra que os princípios constitucionais são dotados de normatividade, e podem ser utilizados para subsumir o caso concreto, desta forma, se a pretensão encontra óbice junto à lei, é possível que o conflito seja solucionado com a aplicação dos princípios constitucionais, independente dos conflitos legais que possam existir.

Posto isso, segundo a ideologia exposta, é possível regular o caso concreto por meio de princípios constitucionais em desprestígio de dispositivos legais em sentido contrário, o que induz dizer, que a interpretação e adequada fundamentação, faz permitir ao judiciário efetivar o bloqueio de verbas públicas, para garantir ao cidadão a efetivação do direito fundamental à saúde.

Neste sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

AgRg no REsp 1002335 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2007/0257351-2
Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122)
Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento: 21/08/2008
Data da Publicação/Fonte: DJe 22/09/2008
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. **BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS**. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART.

461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, §5.º do CPC faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou **bloqueio** da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no **bloqueio** ou sequestro de **verbas** do ora recorrido, depositadas em conta corrente.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à **saúde** ou mesmo pôr em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à **saúde** são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente."

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da **saúde** e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do **bloqueio** de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

A análise do julgado acima extrai perfeitamente a essência da normatividade constitucional, na qual o festejado ministro afirma que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Dando sequência ao raciocínio, aduz o ministro que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais, e sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

Com isso, ao garantir a efetivação do direito fundamental à saúde por meio do bloqueio de verbas públicas, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou total apego aos princípios constitucionais, em especial a um dos fundamentos da República Federativa, consistente na dignidade da pessoa humana.

Por fim, apenas para findar o tema de forma adequada, noticia-se a existência de proposta de súmula vinculante – PSV 04, na qual se propõe além de declarar a solidariedade dos entes federativos com relação à saúde, pretende-se permitir o bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de medicamento e tratamento.

5.4.4 O Princípio da Proporcionalidade como instrumento efetivador do Direito Fundamental à Saúde

Preliminarmente, faz-se necessária a distinção entre o Princípio da Proporcionalidade com o Princípio da Razoabilidade, mesmo que por muitas vezes esses princípios se confundam ou sejam utilizados no mesmo sentido, que é exatamente o que

ocorrerá nesse tópico suscitado, afinal o objetivo é demonstrar a relação desse princípio como limitador das atrocidades que podem ocorrer frente ao Princípio da Reserva do Possível anteriormente aduzido.

O Princípio da Razoabilidade tem sua essência na regra do devido processo legal, diferentemente do Princípio da Proporcionalidade que possui sua essência em regra das garantias e direitos individuais, mas a despeito da divergência existente, neste tópico, segue-se a doutrina, segundo a qual, tais nomenclaturas são tomadas como termos sinônimos.

O Princípio da Proporcionalidade serve como foi anteriormente observado no *leading case* alemão, como limite do Princípio da Reserva do Possível, de maneira que os direitos sociais, especialmente, o direito à saúde não seja arbitrariamente extirpado do cidadão ou da sociedade pelo Estado.

Para uma melhor análise da relação de ambos os princípios com o fito de garantir a efetivação do direito fundamental à saúde, imperioso demonstrar algumas concepções quanto ao Princípio da Proporcionalidade, e sendo assim utiliza-se as palavras do professor Adilson Josemar Puhl, quando explana acerca deste:

[...], o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é, sobretudo, a adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é instrumento para a proteção de direitos fundamentais do homem, que são, constantemente, atacados pelas ingerências do Poder Público. (PUHL, 2005, p. 60).

Historicamente, esse princípio, assim como o princípio da reserva do possível, possui seu berço na Alemanha, onde ganhou contornos, e foi coadjuvante de muitos embates entre princípios, o que levou ao aperfeiçoamento quanto de sua utilização, como sabiamente demonstra Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, no momento em que relatam:

O desenvolvimento da ideia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, no período do segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas

decisões expressões do tipo “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível”, para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso. Com base nesse princípio, o Tribunal Constitucional Alemão passou a controlar o excesso de poder, ampliando seu espectro para além do controle legislativo, abrangendo inclusive atos executivos e judiciais.

Portanto, em essência, o princípio da razoabilidade significa que, ao se analisar, uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar em cerceamento de direitos em grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais) suplantarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (VICENTE, ALEXANDRINO, 2008, p. 163).

O Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade serve para evitar excessos empreendidos pelo estado, na pessoa de seu agente público, e essencialmente para apropriar a norma ao emprego a ser conferido pelo ente estatal, evitando que sejam suavizados direitos fundamentais.

A evolução do tema traz à tona um caso concreto que ilustre essa mistura de por assim dizer, dois princípios, o da reserva do possível e o da proporcionalidade/razoabilidade. Trata-se do julgamento da apelação cível¹¹, ocorrida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, caso emblemático em que ficou latente a possibilidade de o operador de direito, no seu mais alto grau de consciência, salvaguardar o bem da vida, sem onerar por completo o estado.

Do caso, ficou evidente que a requerente possuía patrimônio considerável, entretanto arcava com todo o seu tratamento oncológico, o que a levou a pleitear a manutenção do fornecimento de seus medicamentos de alto custo a serem pagos pelo Estado.

O relator desembargador Mario Crespo Brum, diante de tais fatos sem prudentemente analisar o caso, indeferiu o pedido, pois não o considerou

¹¹ Apelação Cível autos n.º 700127536-12, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3º Câmara Cível. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=925524&ano=2005>. Acessado em 13/04/2009.

hipossuficiente como prescreve a lei. Adiante no voto do presidente e redator desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco, no julgamento pode extrair-se que:

Um exame precipitado do caso concreto poderia levar à isenção da responsabilidade do Estado no custeio do tratamento postulado pela apelante. Ocorre que, ao contrário do que destacou o eminente Relator ao excluir a obrigação do Estado, não há choque entre os princípios envolvidos no litígio (saúde pública e assistência da família), **determinando ao intérprete a escolha por apenas um deles, excluindo por completo o outro, mas, sim, a possibilidade de aplicação conjunta introduzida pelo próprio texto constitucional, tudo orientado também pelo princípio da razoabilidade.** Não vou agora também aprofundar o tema da aplicação conjunta dos princípios jurídicos, sendo certo que além de rico é corriqueiro no cotidiano do intérprete qualificado a prestar a jurisdição, sendo a proporcionalidade ou razoabilidade o princípio que melhor o auxilia nesta difícil tarefa.

Por isso, levando em conta a teoria que se convencionou chamar de “reserva do possível”, mostram-se totalmente relevantes os argumentos trazidos pelo Estado acerca da escassez de recursos destinados à saúde frente à demanda de necessitados

Nesse contexto, **tenho em alcançar parcialmente o bem da vida** que veio ao Judiciário buscar, garantindo-lhe metade do custo do tratamento a ser fornecido pelo Estado, sendo que a outra metade deverá ser pela apelante providenciada, tal como optou em fazê-lo por sua conta e risco,... (grifo não constante no original).

Claramente que o bem da vida foi tutelado, de modo proporcional a necessidade da requerente e a possibilidade do custeio pelo Estado, óbvio que nem sempre a ponderação poderá ser dada dessa forma, mas devem-se buscar meios onde o direito à vida, correlato ao direito à saúde, não seja talhado. O magistrado deverá realizar a devida avaliação do caso balanceando a disponibilidade estatal e a real necessidade ali pleiteada, sempre ressaltando que o direito à saúde é um direito fundamental e não pode ser mitigado de maneira injustificada ou arbitrária.

Para o fim acima exposto é que deve sempre atentar a utilização do Princípio da Proporcionalidade frente à escusa baseada no Princípio da Reserva do Possível. Mariana Filchtiner Figueiredo assevera que:

Enquanto objeção, o princípio da proporcionalidade é critério de harmonização que permite o balanceamento entre o direito fundamental em jogo e os demais direitos, valores, princípios ou bens jurídicos que, sendo contrapostos, reduzem concretamente o âmbito de efetividade do direito fundamental. Relaciona-se estreitamente com as restrições decorrentes da incidência da reserva do possível, presidindo, no que concerne ao direito à saúde, o juízo de ponderação ante a escassez dos recursos fáticos, o princípio

da separação dos Poderes, as regras de acesso aos serviços de saúde, o princípio da igualdade. (FILCHTINER, 2007, p. 121).

Desta feita, por todo o apresentado e diante da nova realidade que o direito à saúde vem passando, é preciso buscar meios para que sua efetivação não seja mera expectativa prevista constitucionalmente, e para tanto se deve pautar o direito fundamental à saúde com fulcro na aplicação imediata, salvaguardada sua proteção com o princípio da proibição do retrocesso, e quando deparado com o Princípio da Reserva do Possível, que seja possível amenizá-lo mediante a utilização do Princípio da Proporcionalidade, de maneira que do embate entre os princípios, que o indivíduo tenha sua dignidade assegurada, de forma a resguardar e preservar a vida.

6 CONCLUSÃO

A mídia mostra e a realidade ratifica que a saúde pública encontra-se em pleno abandono, e após o estudo do tema proposto, ficou demonstrado que o poder público não é capaz de administrar suas finanças de forma satisfatória, o que vem resultando na ineficiência das políticas públicas implementadas.

Além de idealizar a prestação do serviço, caberia ao executivo materializá-la de forma adequada, mas como a prestação é bem ineficiente, não resta outra solução ao cidadão, senão recorrer ao poder judiciário para obter a pretensão quista.

Com a evolução do estudo, observou-se que se os recursos públicos fossem aplicados de forma proporcional, segundo as necessidades da população, com certeza o problema seria amenizado.

Ressalta-se que a solução integral do problema, na atual conjuntura, é uma utopia, já que os componentes da máquina administrativa, não possuem preparo e honestidade suficiente para solucionar o problema.

O desvio das verbas públicas e sua má distribuição, são os pontos cruciais da inefetividade do serviço, vez que a insuficiência de verbas, reflete na qualidade do serviço a ser prestado.

Assim, como o administrador é incompetente para gerir as finanças públicas, e considerando todas as peculiaridades do caso em estudo, faz-se necessário dar ao cidadão mecanismos suficientes para suprir a inércia do poder público.

Na audiência pública ocorrida junto ao supremo Tribunal Federal, muito se falou em garantir a coletividade em desprestígio do particular, porque não caberia ao administrador utilizar todo o dinheiro para resolver o problema de um único cidadão, o custo de um único tratamento médico não poderia ser efetivado em prejuízo de toda a população.

Diversos foram os posicionamentos neste sentido, no entanto, é preciso ressaltar que a saúde é um direito fundamental garantido constitucionalmente, e que por isso deve ser integralmente assegurado.

Não é plausível ao administrador deixar de prestar ao cidadão um serviço de primeira necessidade, enquanto que toda a politicagem nacional vive à custa do dinheiro público, sem prestar a adequada contrapartida.

Não é possível conceber que ao administrador caiba praticar todo tipo de irregularidades, restando ao administrado apenas contribuir com o Estado, sem que tenha pelo menos seus direitos devidamente garantidos.

Assegurar o mínimo necessário ao cidadão é dar ao povo a contrapartida pelos tributos pagos, garantindo à população produtos de primeira necessidade, como alimentação, moradia, educação, saúde, trabalho, lazer, cultura, e demais valores essenciais para uma vida digna.

Desta forma, se o executivo não consegue prestar à população um serviço público adequado, resta ao cidadão recorrer ao judiciário para solucionar o conflito, porque saúde é um bem de primeira necessidade, que se traduz na obtenção de uma vida digna, e que por isso é direito do cidadão e dever do Estado.

Assim, se as políticas públicas não são devidamente implementadas, resta ao judiciário amparar o cidadão, devendo utilizar-se de todos os mecanismos legais para atingir o fim almejado, para garantir ao jurisdicionado a efetivação do direito fundamental à saúde.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAUJO, Vandyck Nóbrega de. **Fundamentos Aristotélicos do Direito Natural**. 1 ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

AUDIÊNCIA PÚBLICA – Supremo Tribunal Federal. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**.
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em 03/junho/2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRUM, Paulo Afonso Vaz e Jairo Gilberto Schafer. **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em 01/10/2009.

CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde.** 4 ed. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito constitucional Positivo.** 15 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas.** 22 ed Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde e informação administrativa: O caso das advertências relativas a produtos perigosos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (Org.). **Textos de apoio em políticas de saúde.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 9 ed. ver. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FILETI, Narbal. **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros; CUNHA, Sergio Sérvulo da (Coord) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LAZZARI, João Batista. **As fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde.** São Paulo: LTR Editora LTDA, 2003.

LEITÃO, Ricardo Azevedo. **Restrições aos direitos fundamentais como mecanismo de controle da ordem pública.** São Paulo: Fiúza Editores, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 10 ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSNER, Johannes. **Ética Social.** Tradução Alípio Maia de Castro. São Paulo: Editora Quadrante.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma teoria.** 1 ed. São Paulo: LTR, 1997

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Constituição Federal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim (coord.). **A Constituição Consolidada: Críticas e Desafios: Estudos Alusivos aos 20 anos de Constituição Brasileira**. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade: como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito positivo**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

RODRIGUEZ Neto, Eleutério. **Saúde: promessa e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Metido, 2008.

STUTZ, Eneá e Almeida. **Direitos e Garantias Fundamentais**. Organizadora. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

VICENTE de Paulo; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)