

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DO ARTIGO 196 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Bruno Prado Beraldo

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DO ARTIGO 196 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Bruno Prado Beraldo

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Gisele
Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP
2014

EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato
Orientador

Michel feres
Examinador

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES
Examinador

Presidente Prudente/SP, _____.

“O ser humano é chamado ao movimento,
a sair de si mesmo,
é convidado a transcender.
Portanto, é preciso calar
toda esta paralisia que nos
adormece
frente as urgências do
quotidiano.
Permita-se.
Torne-se nobre ao essencial da
existência.
Cante tua poesia,
descreva-se,
e descubra a beleza do ser.”

Pe. Rafael Contini

AGRADECIMENTOS

Gratidão, eis uma das virtudes mais belas e nobres. É através dela que reconhecemos o imenso valor de qualquer pequeno ato ou situação que experimentamos no nosso cotidiano.

A forma ideal de expressá-la é, sem dúvidas, por meio de atitudes; por isso, espero que as pessoas às quais me dirijo neste texto sintam o quão grato sou a cada uma delas independente de qualquer palavra aqui escrita.

Vamos lá.

Pai e mãe, obrigado por serem os melhores professores que eu poderia ter. Vocês me ensinaram algo muito além do que qualquer livro jamais ensinará: a amar e a ser grato. Se hoje estou realizando este trabalho de conclusão de curso é porque me deram todo o apoio e o carinho necessários para tanto.

Daniel, meu irmão, obrigado por todas as vezes que você foi no meu quarto enquanto eu escrevia este trabalho. Você sempre me trazia um sorriso e deixava minha tarefa mais leve.

Professora Gisele, minha ilustre e querida orientadora, obrigado, primeiramente, por aceitar o convite de fazer parte desta etapa tão importante para um estudante de direito. Obrigado pelos valiosos ensinamentos e por toda a paciência, o zelo e a dedicação que teve comigo.

Demais mestres professores, obrigado por lecionarem com tanta sabedoria e didática. Os ensinamentos que com os senhores aprendi são de valor inestimável.

Juízes de Direito Michel Feres e Fábio Mendes Ferreira, obrigado pela oportunidade ímpar que me concederam de estagiar com Vossas Excelências, na qual tive verdadeira aula de como ser um brilhante magistrado.

Professor Daniel, obrigado por aceitar compor a banca examinadora deste trabalho. Fiquei honrado com o seu “sim”, pois é um dos professores que mais admiro.

Colegas de sala, obrigado por colocarem brilho nas minhas manhãs. Com vocês ao meu lado esta jornada se tornou muito mais divertida.

Por fim, obrigado, Deus, por eu ter tanto pelo o que agradecer.

RESUMO

O presente trabalho, realizado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, busca através dos métodos histórico, comparativo, crítico e analítico, estudar como o Direito à Saúde tem sido efetivado no Brasil. O assunto é relevante em razão da importância deste bem jurídico a todos os seres humanos e pela divergência doutrinária e jurisprudencial presentes em determinados tópicos. Assim, estuda-se primeiramente os modelos de Estado que influenciaram e formaram o atual modelo de Estado brasileiro, abordando suas características, fundamentos e origem histórica. Num segundo momento, analisa-se a responsabilidade do Estado na efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Posteriormente, discorre-se sobre o embate entre mínimo existencial e reserva do possível. Após, adentra-se ao tema da judicialização do Direito à Saúde. Por fim, responde-se indagações de relevante valor jurídico sobre o direito à saúde no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Modelo de Estado. Reserva do Possível. Mínimo existencial. Direito à saúde. Constituição Federal.

ABSTRACT

This work was done as a partial requirement for the completion of Law School and aims to study how the Right to Health has been actualized in Brazil. The research methods used were the historical, comparative, critical and analytical. The chosen subject is relevant for the importance that health represents to all human beings and for the divergence that exists in doctrine and in courts about some specific cases. Thus, we first study the state models which influenced and formed the current Brazilian state, its historical evolution, its characteristics and its principles. Secondly, we examine the State's responsibility of actualizing the Right to Health. Next, we discourse about the conflict between the existential minimum and the reserve for contingencies. After, we analyze the judicialization of the Right to Health. Lastly, we answer relevant juridical questions about how the Right to Health has been treated by the Judiciary.

Keywords: State models. Reserve for contingencies. Existential Minimum. Right to Health. Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 INTRÓITO TEÓRICO: TEORIA DO DIREITO SOBRE NORMAS JURÍDICAS	13
2.1 Das Espécies Normativas	13
2.2 Dos Princípios	14
2.3 Das Regras	15
2.4 Dos Postulados Normativos	16
3 ESTADO LIBERAL	17
3.1 Contexto Histórico da origem do Estado Liberal	17
3.2 Fundamentos e características do Estado Liberal	18
4 ESTADO SOCIAL	21
4.1 Contexto histórico da origem do Estado Social	21
4.2 Fundamentos e características do Estado Social	23
5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
5.1 Fundamentos e características do Estado Democrático de Direito	25
6 MODELO DE ESTADO BRASILEIRO	27
6.1 Efetividade dos direitos sociais no Brasil	28
7 SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES	30
7.1 Terminologia	30
7.2 Princípio da “Separação de Poderes” no Estado Liberal e no Estado Social	31
8 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DOS PODERES	37

8.1 Da Discricionariedade	38
8.2 Do Controle	40
9 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	43
9.1 Acesso à Saúde e Princípios Previstos no Artigo 196 da Constituição Federal de 1988	44
9.2 Sistema Único de Saúde	45
10 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	48
10.1 Mínimo Existencial	48
10.1.1 Mínimo existencial à saúde	50
10.2 Reserva do Possível	51
10.3 Inaplicabilidade da Reserva do Possível Frente ao Mínimo Existencial	54
11 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	56
11.1 Efetivação do Direito a Saúde no Tocante ao Fornecimento de Remédios	58
12 CASUÍSTICA	60
12.1 Quem Deve Figurar no Pólo Passivo de Ações Judiciais nas quais se Invoca a Assistência à Saúde Prevista no Artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?	60
12.2 É Possível o Juiz Determinar o Sequestro (Bloqueio) de Valores dos Cofres Públicos em Caso de Descumprimento de Decisão Judicial que Obriga o Poder Público a Assistir o Necessitado na Área da Saúde?	60
12.3 É Dever do Poder Público Custear Tratamento com Equipamentos e Insumos de Marca Específica para Portador de Diabetes, como por Exemplo Bomba de Infusão de Insulina?	62
12.4 Pode o Paciente Escolher o Local em que Deseja Receber Tratamento/Atendimento, ou seja, Admite-se o Tratamento/Atendimento Eletivo Custeado pelo Estado?	62
12.5 Insere-se na Prestação de Assistência à Saúde pelo Poder Público o Fornecimento de Cadeira de Rodas Motorizada?	63
12.6 É Dever do Estado Fornecer Atendimento Home Care (Assistência Domiciliar), que Consiste na Prestação de Serviços na Área da Saúde de Forma Contínua em Domicílio?	64

12.7 É Dever do Estado Fornecer Medicamentos não Padronizados pela Rede Pública?	65
12.8 Deve o Paciente Demonstrar Prévia Resistência Administrativa para Justificar o Interesse Processual em Juízo?	66
12.9 Tem o Paciente Direito a Reembolso por Tratamento Realizado por sua Conta, Sem Prévio Processo Administrativo ou Judicial?	67
12.10 É Necessário o Peticionário de Medicamentos ou Tratamentos de Saúde Comprovar sua Hipossuficiência Econômica para que Obtenha a Tutela Jurisdicional?	68
13 CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	72

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisou como o Direito à Saúde tem sido efetivado neste país, à luz do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Escolheu-se o tema pela relevância intrinsecamente presente no referido direito, em especial quanto os meios que o cidadão dispõe para concretizá-lo, sendo que muitas vezes este se vê tolhido deste direito fundamental e precisa se socorrer da tutela jurisdicional.

Inicialmente, identificou-se os modelos de Estado de Direito (Liberal e Social) e Democrático, analisando como surgiram, em que se fundamentam, quais os princípios que os norteiam e como ocorreu a transição do primeiro para o segundo, com o fim de estabelecer suas características principais para constatar qual delas prevalecem no Brasil, além de analisar qual a ideologia presente na Constituição Federal de 1988.

Fez-se, a seguir, uma releitura do modelo de separação dos poderes idealizado por Montesquieu, no sentido de que, atualmente, aquele se traduz melhor na cooperação e interdependência entre os poderes. Tratou-se, inclusive, de questões terminológicas, afirmando-se que “funções” seria o termo mais adequado em vez de “poderes”, pois o Poder do Estado é uno e o que se separa são suas atividades.

Um dos princípios norteadores do Poder Executivo é a discricionariedade, segundo o qual o Administrado Público tem certa liberdade para tomar decisões, sendo defeso a intervenção dos demais Poderes, salvo quando aquelas manifestamente não atenderem o interesse público.

No inciso XXXV, do artigo 5º, a Constituição Federal é categórica ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, o Poder Judiciário poderá analisar o ato administrativo e tomará as medidas cabíveis, realizando verdadeiro controle entre os Poderes.

Adentrou-se, então, no dever constitucional do Estado (em um primeiro momento, do Poder Executivo) de efetivar o Direito à Saúde à população, concedendo-a acesso universal e assistência integral nesta área.

Neste campo, debateu-se acerca do conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, verificando-se a inaplicabilidade desta em relação àquele.

Como se demonstrou ao longo do trabalho, o Poder Executivo muitas vezes falha na atividade de conferir o Direito à Saúde na forma como a Lei Maior preconizou, o que fundamentou a judicialização deste, fenômeno pelo qual o cidadão se socorre do Poder Judiciário para fazer valer seu direito.

Por fim, respondeu-se indagações de grande interesse jurídico no tocante a como o Direito à Saúde tem sido tratado nas cortes pátrias.

Foram usados na elaboração do presente, os métodos histórico e dedutivo, tendo por base a pesquisa em doutrina, jurisprudência e legislação.

2 INTRÓITO TEÓRICO: TEORIA DO DIREITO SOBRE NORMAS JURÍDICAS

Em razão da relevância lógica que as normas jurídicas desempenham no ordenamento jurídico brasileiro, abordar-se-á a seguir sobre o tema, com o fim principal de diferenciar princípios de regras, demonstrar como ambos são aplicados, analisar as consequências na hipótese de conflito e verificar a possibilidade de ponderação.

2.1 Das Espécies Normativas

O Direito, em sentido amplo, é qualquer regramento ou disciplina da vida em sociedade, o qual visa uma convivência harmônica e organizada. Tal regramento ocorre por meio de normas jurídicas.

De início, importante se anotar que norma jurídica não é sinônimo de texto jurídico. Por exemplo, é possível haver texto jurídico que não seja norma jurídica, como ocorre no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, especificamente quanto ao trecho "sob a proteção de Deus", que não produz efeito algum, haja vista o Estado ser laico.

Aliás, a norma que se extrai de um mesmo texto pode variar com o tempo e lugar. Clássico exemplo é a placa de "proibida a entrada com biquini" na beira da praia, que na década de 50 significaria a necessidade de se vestir com mais roupas do que somente um biquini, ao passo que hoje a mesma poderia ser interpretada como biquini sendo muita roupa, em uma praia de nudismo.

É possível até mesmo que uma única norma jurídica seja extraída de um conjunto de textos jurídicos, como por exemplo o "princípio da segurança jurídica". Não há dispositivo legal específico que fundamente essa norma jurídica chamada de "segurança jurídica", sendo formada por um conjunto de textos.

Correto, portanto, estabelecer que norma jurídica é um gênero que tem como espécies os princípios, as regras e os postulados normativos.

2.2 Dos Princípios

Princípio é uma norma finalística que aponta para o estado ideal de coisas a ser perseguido, sem contudo indicar a conduta necessária para se alcançar esse estado ideal.

Os princípios eram vistos como carta de bons propósitos ou carta de boas intenções, de forma que representavam somente parâmetros de interpretação, o que implica em dizer que não vinculavam o destinatário da norma.

Hoje está se solidificando o entendimento de que princípios possuem força normativa, o que contribui à realização de direitos dos brasileiros, haja vista que a Constituição de 1988 é rica em princípios e garantias fundamentais que, pelo acesso de apego dos operadores do direito às regras, acabam por não ter a efetividade almejada.

Apesar de não fixar a conduta necessária para que o estado ideal apontado seja alcançado, o princípio acaba impondo de forma oblíqua aos destinatários da norma a adoção de comportamentos compatíveis com este estado ideal que se quer atingir.

Para se aplicar um princípio, compara-se os efeitos daquela conduta e analisa-se se aquela conduta fomenta ou não o estado ideal de coisas que se quer alcançar.

Os princípios estão ligados à ideia de justiça, enquanto as regras estão ligadas à ideia de segurança, de modo que um ordenamento hipotético composto somente por princípios traria grande insegurança, ao passo que um ordenamento só de regras traria grande injustiça.

Diferentemente das regras, os conflitos convivem conflitalmente, pois é da essência do ordenamento que hajam estados ideais antagônicos. Contudo, em eventual conflito de princípios, superado através do técnica do ponderamento, a prevalência de um não aniquila o outro.

Nesse sentido, segue doutrina de Barcellos (2002, p. 47):

Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes.

Isto é, há a perfeita possibilidade de se aplicar um princípio em graus diversos, admitindo-se a convivência com os demais princípios, com o fim de atingir o estado ideal alcançável em cada caso concreto.

2.3 Das Regras

Ao contrário de princípio, regra é uma norma descritiva que descreve uma conduta ou um comportamento a ser praticado pelo destinatário.

Relacionam-se no sentido de que toda regra tem um princípio subjacente, enquanto todo princípio tem uma regra subjacente.

A técnica de aplicação da regra é a subsunção. Significa que uma regra será aplicada toda vez que determinada conduta se “encaixar” na conduta descrita naquela.

As regras, diferentemente dos princípios, seguem a regra do “tudo ou nada”, sendo impossível a convivência conflituosa. Em eventual conflito, superado pelos critérios cronológico, da especialidade e da hierarquia, a aplicação de uma regra vai invalidar a outra.

Prossegue a doutrina de Barcellos (2002, p. 47), nessas palavras:

As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do ‘tudo ou nada’, popularizado por Ronaldo Dworkin⁹. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Não são admitidas gradações.

Via de regra, uma regra não admite ponderação. Em situação excepcionalíssima, entende-se que a eficácia de uma norma pode ser superada por razões extraordinárias e mediante fundamentação maior.

2.4 Dos Postulados Normativos

Por fim, a última espécie de norma jurídica é o postulado normativo, que nada mais é do que uma norma metódica que estrutura, auxilia e viabiliza a resolução de conflitos entre outras normas (princípios e regras). Isto é, possibilita a aplicação das demais normas.

Após traçar um panorama das espécies normativas constantes no ordenamento jurídico, passa-se à análise dos modelos de Estado de Direito (Liberal e Social) e Democrático, abordando-se como surgiram, em que se fundamentam, quais os princípios que os norteiam e como ocorreu a transição do primeiro para o segundo, com o fim de estabelecer suas características principais para constatar qual delas prevalecem no Brasil.

Relevante esta análise sobre o modelo de Estado vigente no país, haja vista trazer consigo princípios norteadores para a aplicação do ordenamento jurídico vigente, importando em consequências concretas na vida da sociedade e na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, como o direito à saúde, que é um dos objetos do presente trabalho.

3 ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal foi o primeiro modelo aplicado no pós-absolutismo e surgiu com o objetivo de colocar limites à atuação do poder estatal, que até então era ilimitado e concentrado na pessoa do governante.

Tão pouca era ingerência que exercia na sociedade que ficou conhecido como Estado mínimo, sendo que sua preocupação se resumia, fundamentalmente, em assegurar o direito à liberdade dos cidadãos e a manter a segurança.

O direito à liberdade é a base desse modelo, no qual se destaca a autonomia das vontades e a expressão oriunda do Direito francês “laissez faire”, que significa “deixe fazer”, de forma que as pessoas eram livres para agir, principalmente na esfera contratual.

Ver-se-á abaixo de modo mais aprofundado o contexto da origem do Estado Liberal, bem como seus fundamentos e características.

3.1 Contexto Histórico da Origem do Estado Liberal

O Estado Liberal surgiu no século XVIII contrastando com o modelo de Estado até então vigente, qual seja, o absolutista, que existiu durante um período da Idade Média e na Idade Moderna.

No absolutismo europeu, todo poder era concentrado na pessoa do rei, que exercia, por si ou através de seus auxiliares, ilimitadamente as funções de criar as regras às quais os demais eram submetidos, podendo ser moduladas à volição daquele; administrar o reino, executando as regras; e julgar, quando de seu interesse, segundo seus próprios parâmetros, de forma que o Direito era integralmente emanado do rei e fundamentado em sua vontade.

Nesse modelo, o Estado adotava as práticas econômicas mercantilistas, buscando o acúmulo de riquezas em minérios nobres, como ouro e prata, e uma balança comercial favorável, que consistia em um maior volume de

exportações do que de importações, estas desestimuladas pelo protecionismo alfandegário.

O regime econômico adotado era desfavorável à burguesia porque se via obrigada a pagar altos impostos para manter os luxos de clero e nobreza. A burguesia era a classe formada por comerciantes e artesãos que, apesar de ter adquirido grande poder econômico com o desenvolvimento das cidades iniciado na baixa Idade Média, era desprovida de poder político.

Também não se beneficiavam com esse regime os trabalhadores e camponeses, que eram destituídos tanto de poder econômico como de poder político e não escapavam da cobrança de elevada carga tributária.

Desenvolveu-se, portanto, insuportável desigualdade política e social. Em um extremo, no topo da pirâmide hierárquica, estava parcela minúscula da população formada por clero e nobreza, que vivia em luxo e gozava de diversos privilégios, enquanto no outro extremo encontrava-se o sustento da pirâmide, a massa da população composta por trabalhadores, camponeses e burgueses.

Essa situação chegou a um ponto insustentável e culminou na Revolução Francesa de 1789, colocando fim ao sistema absolutista na França e abrindo as portas para o nascimento do Estado Liberal.

3.2 Fundamentos e Características do Estado Liberal

O Estado Liberal é construído sob os direitos à liberdade, como o próprio nome nos remete, e à igualdade formal e sob os princípios da não intervenção estatal, da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Consagram-se neste modelo os Direitos Fundamentais de primeira dimensão (ou geração, como utilizado por alguns doutrinadores). Sobre estes, doutrina Bonavides (2001, p. 517) que:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

O direito à liberdade se manifesta durante este período principalmente na faculdade de se fazer contratos livremente (princípio da liberdade contratual), sem que o Estado intervenha no conteúdo destes e tampouco na relação entre as partes.

Vigora o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos da forma como foram entabulados, pois as partes, no momento da celebração, manifestam suas vontades de forma livre e autônoma. Ou seja, como ninguém as obriga a assinar o contrato, mas assim o fazem por livre e espontânea vontade, são obrigadas a cumprir o que pactuaram.

Neste sistema, dá-se muito valor aos contratos, sendo estes equiparados a leis.

Outro pilar em que este Estado se fundamenta é o direito à igualdade, vista tão somente no sentido formal, de maneira que todos (inclusive o próprio Estado) são submetidos igualmente à lei, que é geral e abstrata, sem qualquer distinção.

Significa dizer que a todos é dado abstratamente o mesmo tratamento e as mesmas oportunidades, deixando de lado a situação de fato que evidencia acentuada desigualdade, afastando a sociedade da igualdade material.

Essa observância única à igualdade formal, ignorando-se a igualdade material, possibilita que o abismo entre os extremos da sociedade somente se dilate, pois, como o conteúdo dos contratos é quase ilimitado, os detentores dos meios de produção podem explorar cada vez mais os trabalhadores que, sem vislumbrarem meio alternativo de subsistência, aceitam se submeter a condições degradantes e miseráveis.

O princípio da não intervenção estatal se aplica não só aos contratos, mas a toda economia, de forma que o Estado deve simplesmente deixar com que a economia se autorregule através da “lei” da oferta e da procura.

O Estado Liberal, por intervir somente no essencial, ficou conhecido como Estado Mínimo.

Limita-se somente a assegurar à população os direitos e garantias individuais, que são “erga omnes”, ou seja, pertencem a todos e são oponíveis contra todos, inclusive contra o próprio Estado. Desta forma, os sujeitos deixaram de ser súditos e passaram a ser cidadãos.

Sobre o “arcabouço teórico do Estado Liberal”, doutrina Maluf (2010, p. 145) o que se segue:

Quer sob a forma de monarquia constitucional, quer sob a forma republicana, a organização traduzia os ideais que empolgaram o mundo ao tempo das revoluções populares inglesa, norte-americana e francesa: soberania nacional, exercida através do sistema representativo de governo; regime constitucional, limitando o poder de mando e assegurando a supremacia da lei; divisão do poder em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário) com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas; separação nítida entre o direito público e o direito privado; neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, ou crença; igual oportunidade de enriquecimento e de acesso aos cargos públicos, às conquistas da ciência e à cultura universitária; não-intervenção do poder público na economia particular.

Com essas características, surgiu, nesse período, o Estado de Direito, que será tratado no item “4” deste artigo, mas, pode-se dizer desde logo que é o modelo onde todos estão subordinados a uma lei maior.

4 ESTADO SOCIAL

O Estado Social busca a realização de justiça social e o bem estar da sociedade, se fundamentado, para tanto, no princípio da igualdade material.

Observa, portanto, a situação fática existente e cria normas que favorecem os hipossuficientes, com fim de aproximar substancialmente os extremos da população.

Além do mais, consagra inúmeros direitos sociais que passam a integral o rol dos Direitos Fundamentais do cidadão.

Essas características citadas exigem do Estado uma conduta ativa, intervindo positivamente em questões sociais e econômicas.

4.1 Contexto Histórico da Origem do Estado Social

A desigualdade social que existiu nos Estados absolutistas se manteve nos Estados liberais, pelos motivos *retro* expostos.

Com brilhantismo, Maluf (2010, p.146) ilustra a situação existente, nesses termos:

O contraste era chocante: fortunas imensas se acumulavam nas mãos dos dirigentes do poder econômico; o luxo, a ostentação, a ânsia irrefreada de ganhar cada vez mais criaram o conflito entre as classes patronais e assalariadas. Organizaram-se as grandes empresas, os *trusts*, os cartéis, os monopólios e todas as formas de abuso do poder econômico, acentuando-se cada vez mais o desequilíbrio social. E o Estado liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a *policar* a ordem pública. É o Estado-Polícia (*L'État Gendarme*). Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia.

Em condição desumana e degradante, a massa de trabalhadores era exposta a jornadas de trabalhos extensas e ininterruptas. Essa situação gerou enorme descontentamento da população, que não mais suportava a exploração a que vinha sendo submetida. Diante disso, os trabalhadores se organizaram com o

fim de reivindicar melhores condições de trabalho, de moradia e de qualidade de vida.

Expõe Maluf (2010, p. 147) com propriedade sobre o que se passava com as multidões que:

As multidões espoliadas, oprimidas, sem lar, agasalhos, sem pão, sem a fé em Deus, que o infortúnio faz desaparecer do coração dos homens, começam a reagir violentamente contra as injustiças sociais, já agora arregimentadas sob a bandeira do socialismo materialista, levando o Estado liberal ao dilema de reformar-se ou perecer.

A Revolução Russa de 1917, realizada por operários resistentes à exploração, intensificou os movimentos sociais do ocidente. Tamanha a insatisfação do povo, que os movimentos sociais cresceram rapidamente, exercendo intensa pressão popular sobre o governo.

Receosa de que o Estado Liberal sofresse uma mudança brusca de rumo, a burguesia, agora detentora de poderes políticos e grande beneficiária deste sistema que possibilitava seu desenvolvimento e enriquecimento, estabelece direitos sociais com o intuito de conter o avanço da revolução e evitar que o Estado perecesse.

Acerca deste momento histórico, doutrinam Souto Maior e Correia (2007, p. 19) que:

Foi a partir das diversas tensões da sociedade industrial em formação no âmbito mundial, com todos os seus efeitos reais, guerras, greves, revoltas, reivindicações, mortes e mutilações, que se necessitou sair do modelo político liberal para se chegar ao Estado social, ou Estado Providência, ou, ainda, Estado do Bem-Estar Social.

Nesse contexto, nasce o Estado Social, cuja tutela transcende a esfera da liberdade do indivíduo e passa a se preocupar também com o seu bem estar, assegurando-o direitos como à saúde, moradia, educação, lazer, trabalho e alimentação.

4.2 Fundamentos e Características do Estado Social

O Estado Social tem como características a intervenção do Estado na economia, a busca à igualdade material e a realização de justiça social.

Vê-se, de plano, uma oposição ao Estado Liberal (“Estado Mínimo”). Enquanto este era limitado e caracterizado pela omissão, o Estado Social atua comissivamente na busca do bem estar da sociedade, efetivando os novos direitos tutelados.

O Estado Liberal, por ser guiado pela liberdade formal, era indiferente à desigualdade das classes e cego à realidade da sociedade. Com o advento da igualdade material como novo princípio norteador do Estado, este abre seus olhos para a situação de fato e cria mecanismos para diminuir a diferença material entre os extremos sociais da população.

Efetiva-se, portanto, o tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Ou seja, o Estado passa a observar as necessidades das classes menos favorecidas e começa a tratá-las como tal, concedendo-as condições mais propícias de desenvolvimento.

Outra característica desse modelo de Estado (Social) é o maior número de direitos materiais subjetivos elencados na Constituição quando comparado com o rol elencado no Estado anterior.

O Estado Social não excluiu os direitos já presentes no Estado Liberal, conhecidos como direitos de primeira dimensão, fundados na ideia de liberdade; pelo contrário, ampliou a carta de direitos do cidadão acrescentando os direitos sociais, denominados de direitos de segunda dimensão e alicerçados no direito à igualdade material.

São exemplos de direitos sociais: direito à saúde, moradia, segurança, trabalho, alimentação, lazer, família, cultura.

A própria natureza desses direitos exige do Estado uma conduta positiva para que eles sejam efetivados. É também pela natureza dos direitos sociais tutelados pelo Estado Social que este é conhecido como Estado de Bem Estar. Passa-se a se preocupar com a qualidade de vida dos cidadãos.

A respeito, leciona Sarmiento (2004, p. 34), que:

Apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana; a industrialização, realizada sob o signo *laissez faire, laissez passer*, acentua o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver.

Continua (SARMENTO, 2004, p. 35):

Assim, o poder público distancia-se da sua posição caracterizada pelo absenteísmo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica. (sublinhou-se)

Conclui, anotando que o Estado Liberal “transforma-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão” (SARMENTO, 2004, p. 35).

A primeira Constituição a prever direitos sociais foi a do México de 1917, que, apesar de ser a pioneira neste sentido, não teve a mesma expressão de outra que viria dois anos depois.

Em 1919, sobreveio a Constituição Alemã (de Weimar), representando um marco na era dos direitos sociais.

5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é a fusão do Estado Democrático com o Estado de Direito e apresenta características do Estado Liberal e do Estado Social. Surgiu com o fim de estabelecer a soberania popular, característica que inexistia nos estados socialistas.

5.1 Fundamentos e Características do Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático, o poder emana do povo, que participa direta ou indiretamente da política do país. Isto implica dizer que os cidadãos são sujeito ativo nas decisões políticas do Governo, ao mesmo tempo em que são objeto das mesmas. Ou seja, as decisões são tomadas pelo povo, direta ou indiretamente, e são a ele direcionadas.

No Estado de Direito, há uma Lei Maior incidente em delimitado território e a determinado povo, à qual todas as demais leis se subordinam. Os direitos e garantias nela previstos são *erga omnes*, alegáveis por todos e contra todos, inclusive versus o próprio Estado.

De forma precisa, Sundfeld (2000, p.38/39) conceitua Estado de Direito como o:

Criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Neste modelo, os poder estatal, que é uno e indivisível, é exercido por órgãos independentes e harmônicos entre si, responsáveis por realizar as funções executiva, legislativa e judiciária, presentes no sistema de separação dos “poderes” idealizado por Montesquieu, de forma a desempenhar o sistema de freios e contrapesos, onde um órgão fiscaliza o outro, mantendo o equilíbrio.

O Estado Democrático de Direito absorveu características e fundamentos de diferentes modelos estatais: do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, que têm o direito à liberdade como seu principal pilar e envolvem os direitos individuais das pessoas, além de estabelecer uma Lei Suprema que limita e rege os poderes estatais; do Estado Social, os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, cuja base se encontra no direito à igualdade material e nos direitos sociais, que exigem uma atuação positiva do Estado; e do Estado Democrático, a participação do povo na política, concedendo a este a titularidade do poder estatal.

Ainda, há uma relação de interdependência entre o Estado de Direito (Liberal ou Social) e o Democrático, conforme magistralmente lecionado por Bobbio (1986, p. 20), *ipsis litteris*:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

Com este novo modelo de Estado formado, qual seja, o Democrático de Direito, surgiram os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, que são os direitos difusos e coletivos, protetores de bem jurídicos que pertencem a todos, como o meio ambiente e a moralidade da administração pública.

6 MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

O modelo estatal vigente no Brasil por previsão do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o Democrático de Direito, dispositivo este que estabelece em seu parágrafo único que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (citação da CF).

Estão presentes no Brasil, portanto, conforme previsto no parágrafo único do dispositivo constitucional citado *supra* e nos incisos do artigo 14 da mesma Carta, ambas as modalidades de participação popular, que acontece através de: representantes eleitos (participação indireta) e plebiscito, referendo e iniciativa popular (participação direta).

Vê-se que o legislador constituinte preocupou-se não somente em determinar que todo poder emana do povo, mas também em fixar meios pelos quais o povo pode exercer sua soberania.

Para se delimitar o perfil constitucional de um Estado é essencial observar a natureza dos Direitos Fundamentais nela previstos de forma sistemática e teleológica, haja vista que esses Direitos impõem ao Estado uma forma de agir, limitando sua atuação em uns momentos e exigindo que atue em outros.

Ao analisar o conteúdo da Carta de Outubro, é de se notar que diversos dispositivos constitucionais trazem princípios e direitos consagrados no Estado Social.

Nesse sentido, fixou a Constituição como objetivos fundamentais da república, além de outros: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação de qualquer natureza.

Ainda, ao tratar da ordem econômica e financeira (Título VII), a Carta Magna manteve a ideologia social e incorporou à economia regras e princípios que objetivam alcançar a justiça social.

Além disso, os direitos sociais à saúde e à educação foram inseridos no Título II do texto constitucional, alcançando o *status* de Direito Fundamental, o

que implica dizer que possuem aplicabilidade imediata, por força do artigo quinto, parágrafo primeiro.

Como se vê, a busca pelo bem estar social está claramente presente na Constituição, trazendo ao Estado a obrigação de ter condutas positivas para que esse fim seja alcançado.

Sobre o tema, leciona Araújo (2008, p. 100) que “a busca do bem-estar social permeia toda a Constituição Federal de 1988, de tal modo que esse aspecto não pode ser desconsiderado na tarefa de delimitar o perfil Constitucional do Estado brasileiro”.

Destarte, conclui-se das considerações expostas acima que o perfil estatal estabelecido pela Constituição Federal é o Estado Democrático Social de Direito.

Vale mencionar que este perfil estatal fixado constitucionalmente institui consigo o princípio do não retrocesso, de modo que se torna inconstitucional qualquer interpretação, aplicação ou alteração das normas jurídicas que provoque retrocesso dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever de promover progressivamente a concretização destes direitos.

6.1 Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu texto inúmeros direitos sociais – direito ao trabalho (artigo 7º), à saúde (artigo 196), à previdência social (artigo 194), à assistência social (artigo 203), à cultura (artigo 215) e ao desporto (artigo 217) – com efetividade prática aquém da almejada.

Conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), da Organização das Nações Unidas (ONU), relativo a 2013 e publicada no dia 24 de julho de 2014, o Brasil ocupa somente o 79º lugar no *ranking* de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), índice este que leva a consideração, entre outros itens, a saúde das pessoas em cada país.

Este dado demonstra como no Brasil ainda há muito a ser feito para que seja cumprido o previsto na Constituição, procedendo à devida efetivação dos

direitos e garantias nela estabelecidos. Se o mandamento constitucional fosse efetivamente obedecido, o Brasil estaria entre os Estados mais desenvolvidos do globo.

Contudo, o que se vê na realidade brasileira é uma imensa dificuldade de se efetivar os direitos de primeira dimensão, como a liberdade e a vida. Constatase tal situação fática pela simples leitura de um jornal, pelo noticiário do rádio, da televisão etc, os quais informam diariamente, por exemplo, sobre menores abandonados e assassinados por traficantes no Rio de Janeiro ou moradores de rua mortos no centro de São Paulo e até mesmo esporádicos casos de censura de imprensa.

Se nem mesmo os direitos de primeira dimensão, caracterizados em sua maioria pela conduta negativa do Estado, estão sendo efetivados, menos ainda estão os chamados direitos de segunda dimensão (se inserem aqui os direitos sociais), que exigem uma conduta positiva, pois somente se efetivam por intermédio do Estado.

7 SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

O sistema de tripartição de poderes pensado por Montesquieu traz a fórmula ideal de poder, sintetizando essa concepção em sua obra “O espírito das Leis”. Esse pensamento político era o dominante em toda Grécia Antiga e se perpetuou em várias civilizações, gerando até o presente momento discussões acirradas acerca da interdependência entre os Poderes que formam os pilares de um Estado.

O Estado mudou, teve seus fins dilatados, tornando-se cada vez mais imprescindível a inter-relação e fiscalização mútua entre os poderes, por isso se faz necessária, também, uma nova leitura da tradicional concepção de Montesquieu.

7.1 Terminologia

Antes, de iniciar a explanação acerca do Princípio da Separação de Poderes no Estado Liberal e em seguida no modelo de Estado Social, é preciso destacar que alguns doutrinadores criticam o uso da expressão “Poderes”, uma vez que, o “Poder” é uno, conforme preceitua o art. 1º, § único, da CF¹, que determina que “todo o Poder” emana do povo, traduzindo a ideia de unidade, traduzindo a ideia de que não suporta divisão, partilha, fracionamento.

Dessa forma, o correto seria a denominação “Princípio da Separação de Funções”.

Nesse sentido, como bem explica Santin (2013, p. 138):

(...) o mais adequado é a divisão de funções entre os órgãos públicos, para melhor desempenho das atividades estatais, sem que possa ser erigida a sistemática em exclusão de controle entre os órgãos, porque os controles recíprocos são próprios da atividade estatal. A separação e harmonia entre os poderes não são óbices para o acesso a justiça, especialmente porque há interdependência no exercício da função pública.

¹ Art. 1º, Parágrafo único, CF - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dessa forma, comunga-se da explanação acima descrita que atribui adequada terminologia à concepção clássica da separação de poderes o denominando, mais adequadamente, de “divisão de funções” entre os órgãos públicos.

Referida terminologia leva em consideração, portanto, a distribuição de funções dentre de determinado Estado, onde o poder é uno, e emana única e exclusivamente de seu titular: o povo. Formando, dessa forma, a materialização da República em um modelo Democrático de Direito.

7.2 Princípio da “Separação de Poderes” no Estado Liberal e no Estado Social

Após esse aparte referente à questão terminológica adentra-se a análise do referido princípio sob a égide do Estado Liberal.

Ressalta-se que, o modelo tradicional de separação de poderes surge no Estado Liberal, com a finalidade precípua de combater o arbítrio estatal, nas três esferas de poderes.

Cada um dos três poderes encontrava-se engessado pela sua função típica. Trata-se do modelo elaborado por Montesquieu, abordado por Dallari (2007, p. 219) nos seguintes termos:

Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra “De L’Esprit des Lois”, aparecida em 1748, Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.

Sendo assim, ao Poder Legislativo cabia a função de legislar, isto é, elaborar normas gerais e abstratas regulamentadoras da conduta individual, voltadas, portanto, para o futuro, uma vez que, era tarefa do Poder Legislativo antever possíveis conflitos e as soluções respectivas.

Nas palavras de Silva (2009, p. 108):

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse.

Já o Poder Executivo desenvolvia uma atividade *sub legem*, ao passo que administrava “aplicando a lei de ofício”, conforme preleciona Miguel Seabra Fagundes (1984, p. 3). Isso significa que gerenciava a coisa pública de acordo com o que encontrava previsto em lei. Desse modo, sua atividade é voltada ao presente. Frisa-se que sua atividade encontra-se vinculada de maneira indissociável ao interesse público primário, ou seja, ao interesse da coletividade.

Por fim, ao Poder Judiciário incumbe a função de atuar de acordo com a vontade concreta da lei, ou seja, aplicar a lei ao fato concreto. Trata-se de uma tarefa de subsunção do fato à norma.

Nesse modelo tradicional, desenvolvido e aplicado no Estado Liberal, os juízes deveriam pautar suas decisões na lei.

Os magistrados não poderiam, de forma alguma, criar novos direitos, pois esta era a função do Poder Legislativo.

A finalidade desse modelo tradicional de separação rígida de poderes é a de limitar o arbítrio estatal e garantir ao cidadão o exercício de seus direitos de maneira livre. Todo esse esquema de separação de poderes visa, então, eliminar os obstáculos impostos pelo Estado que impeça que cada cidadão exerça seus direitos livremente.

A busca pela liberdade individual é justificada pelo momento que precede ao Estado Liberal. Muitas foram às atrocidades impostas pelo Estado contra a liberdade individual de seus cidadãos. Antes de se limitar o Estado, as primeiras experiências, foram de violência contra a liberdade individual do cidadão.

Nesse sentido, indaga Canotilho (1999, p. 11): “Será isto uma fatalidade: primeiro a injustiça e o não direito e, só depois, no caos destas experiências, a gestação da justiça e do direito”?

Como se vê, a experiência anterior norteia o modelo político superveniente.

Em resposta a violação das liberdades individuais é que se buscou limitar os poderes (funções) do Estado, como meio de impedir que este cria-se obstáculos para o exercício livre dos direitos de seus cidadãos.

Daí a explicação desse modelo engessado de Poderes, onde a separação era rígida e controlada.

Nesse período de proteção das liberdades individuais a autonomia da vontade ganha destaque e a intervenção do Estado, principalmente, nas relações privadas era excepcional, só ocorrendo quando houve vícios de consentimento.

A ideia central era de direitos negativos, onde o estado deveria se abster e não invadir a esfera de liberdade de seus cidadãos.

A ideia de direitos positivos ou prestacionais que exigiam do Estado um agir positivo, no sentido de, efetivar direitos veio em seguida e está mais atrelada ao modelo de Estado Social, o que será abordado na sequência.

No Estado Liberal a promoção do bem-estar social e efetivação de direitos fugia do dever estatal e estava mais atrelada a deveres morais. Não se caracterizava como uma obrigação jurídica do Estado.

O modelo clássico da separação de poderes surgido e disseminado no Estado Liberal tornou-se decadente, principalmente, com o surgimento do modelo de Estado Social, devido à dilatação dos fins atribuídos à competência do Estado. Enfim, o Estado Social propõem-se bem mais do que apenas se abster e não invadir a esfera de liberdade de seus cidadãos. Pelo contrário, assume a tarefa de efetivar direito, complementando os direitos individuais com os direitos sociais.

Essa transposição do modelo liberal para o modelo social, principalmente, no que se refere à separação de poderes deflagra a Desneutralização dos Poderes, sobretudo, do Poder Judiciário, tecendo uma juridificação da justiça distributiva.

A ideia central de separação de poderes rígida começa a ruir. Surge à interdependência entre os poderes, que se fiscalizam mutuamente e dividem a tarefa de promover o bem-estar social.

Passa-se a preconizar os direitos e garantias fundamentais como “direitos subjetivos públicos”.

Nasce, portanto, a necessidade do Estado de promover políticas públicas voltadas a efetivação dos direitos à saúde, educação, moradia, alimentação, emprego etc.

A igualdade meramente formal preconizada pelo modelo liberal é substituída pela igualdade material.

Conforme afirma Sundfeld (2004, p. 55):

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Inicia-se, então, a luta pelos chamados direitos de segunda dimensão, onde sua efetivação contribui para melhoria na qualidade de vida dos cidadãos.

Do Estado Liberal para o Estado Social o princípio da separação de poderes passou a ter uma nova leitura. A separação rígida ganha contornos flexíveis e a ideia de separação dá espaço para a ideia de cooperação entre os poderes.

Tudo atrelado à ideia de efetivação de direitos que antes não era tarefa do Estado. Com essa dilatação de fins tornou-se necessária uma flexibilização na separação dos poderes de maneira que um coopere com o outro na efetivação de direitos visando sempre o bem comum.

Como se vê, a mudança do modelo liberal para o modelo social de Estado dilatou os fins a serem concretizados pelo Estado, no que se refere a efetivação de direitos. Isso, por si só, culminou na necessidade de uma nova leitura da concepção clássica de Montesquieu no que se refere a separação rígida de poderes.

Mais do que nunca passou a ser imprescindível um diálogo cooperativo entre as três funções desempenhadas pelo Estado na busca do bem estar da sociedade. Esse bem estar depende da excelência na execução das políticas públicas, da elaboração de normas gerais e abstratas que além de regular a vida dos indivíduos lhes garanta direitos e garantias capazes de proporcionar uma vida digna e quando violando tais direitos há de estar presente um Poder Judiciário forte o bastante para garantir a fiel execução das leis.

Por esse motivo que se fala em cooperação entre os poderes e não mais em separação rígida.

Os valores foram alterados juntamente com a mudança de perfil do Estado em que estão inseridos.

Em um Estado Liberal, onde a grande preocupação gira em torno de limitar o arbítrio estatal, a separação rígida entre os poderes suficiente para o fim que se destina, ou seja, limitar o Estado para que este não invalide a esfera de liberdade de seus cidadãos. Nesse caso, um pode limitar o outro para que nenhum ultrapasse sua função de maneira a não exceder-se ao ponto de invadir a esfera de individualidade de cada cidadão.

Sob esse pensamento é que se fortaleceu as liberdades clássicas como, por exemplo, a liberdade de pensamento, de crença, de expressão, de culto, de locomoção, de reunião, de associação. As inviolabilidades: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência, etc. E por fim, as chamadas novas liberdades, tendo como exemplo, o direito de greve e a liberdade sindical.

Ocorre que, não bastava apenas se abster, passou a ser necessário um agir prestacional por parte do Estado, no sentido de efetivação de direitos. Isso significa que o Estado deveria efetivar os chamados “direitos sociais”. Daí a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado.

Aquela concepção clássica e rígida de separação de poderes não responde a tais expectativas. Se a política pública não for de qualidade ou a for a mais adequada, se a elaboração de leis não corresponder com a vontade do povo ou for contrária com direitos já conquistados, etc. Estaremos diante da má execução das funções realizadas por cada poder.

Isso configura nada mais, nada menos que um afastamento ao interesse público primário, ou seja, ao interesse da coletividade. Havendo, portanto, um desvio de finalidade (violação do que preceitua a lei) dando ensejo a apreciação por outro poder, que no caso, seria o Poder Judiciário.

Nesse sentido, é fundamental analisar a questão da interdependência entre os poderes, nos moldes atuais previstos na Constituição Federal, que em seu artigo 2º prevê que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A intenção do legislador constituinte no Art. 2º, CF foi a de criar um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, conhecido por sistema dos *checks and balances* (freios e contrapesos), para permitir uma convivência dos poderes, mediante fiscalização entre um e outro, para, que em todos os atos estatais vise

resguardar a consecução do interesse público primário, ou seja, o interesse da coletividade.

Frisa-se, que o Estado está atrelado a um interesse público qualificado, isto é, não se trata de qualquer interesse público, mas de um interesse público primário, que segundo Santin (2001, p. 192):

O “interesse público” a ser zelado pelo Ministério Público é o primário, interesse do bem geral, identificado como o interesse social (da sociedade ou da coletividade, designados como interesse coletivo e difuso). Não passível de confusão com o interesse público secundário, de interesse da administração.

Conforme dito alhures, trata-se de um interesse que recebe um *plus*, ou seja, não se está diante de qualquer interesse público, mas sim do interesse público primário, que se consubstancia no interesse público da própria coletividade, da sociedade em geral. Não podendo ser confundido com o interesse público da administração, chamado de interesse público secundário. Este visa o interesse patrimonial do Estado, e justifica a demora do pagamento de precários, onde o Estado age de acordo com seu interesse financeiro, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Santin (2001, p. 193), visando esclarecer o tema, afirma que:

Para diferenciar o interesse público da Administração e da Sociedade, este defendido pelo Ministério Público, poderia ser denominado “interesse comunitário” ou “interesse social” ou “interesse público-social” ou “interesse da sociedade” ou “interesse da coletividade”, nomenclaturas que melhor expressariam esse aspecto do interesse público.

São terminologias que traduzem a similitude da ideia central acerca do interesse público primário designando o interesse da coletividade.

O fechamento deste tópico deixa como ideia central a mudança de paradigma preconizada pela substituição do modelo liberal para o modelo social de Estado, que trouxe uma dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado e a conseqüente e imperiosa mudança da leitura do princípio da separação de poderes que dá espaço para a cooperação e interdependência entre os poderes.

8 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DOS PODERES

A concepção clássica preconizada por Montesquieu teve encaixe perfeito com o modelo de Estado Liberal, enquanto técnica de limitação do Poder Soberano, como foi explicitada no tópico anterior.

Nesse sentido, Alves (2013, p. 283):

A separação de poderes em Montesquieu e na tradição política clássica, com exceção do constitucionalismo (considerado como movimento específico), é tomada em sua dimensão negativa, para evitar que todas as magistraturas sejam reunidas em uma mesma pessoa.

O referido autor identifica de maneira clara a finalidade da separação de poderes, principalmente, no modelo de Estado Liberal, que é a de limitação, no sentido, do evitar o arbítrio estatal, ferindo, dessa forma, a esfera de individualidade e liberdade de cada cidadão.

Em trecho seguinte Alves (2013, p. 285) observa que:

A não concentração de poder em uma mesma magistratura, bem como o controle de um poder sobre o outro afiguram-se como condições de desenvolvimento dos direitos individuais, constituindo-se nas principais conquistas do liberalismo.

Dessa forma, é clara a noção de controle mútuo entre os poderes como forma de garantir a não violação de direitos individuais (concepção liberal) e, atualmente, se fala também na efetivação de direitos sociais (concepção social).

Principalmente, em um modelo social de Estado, mas também presente no modelo liberal, está a importância do princípio da legalidade busca acima de tudo o interesse público primário.

Qualquer que seja a função do Estado sob análise, está jamais poderá se afastar do interesse público primário, isto é, do interesse da coletividade.

Portanto, a atuação estatal sempre estar atrelada ao interesse da coletividade, e quando dela se afasta há a configuração de desvio de finalidade com a conseqüente ameaça de violação ou violação à direitos, passível, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Santin (2013, p. 138):

A harmonia entre os Poderes ou órgãos públicos não fica afetada pelo controle judicial, porque o Judiciário está em consonância com a primazia do direito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF) e cumprindo integralmente com a sua função jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso à Justiça.

Sendo assim, sempre que houver lesão ou ameaça a direito é legítima a intervenção do Poder Judiciário na função, mesmo que típica, dos demais poderes.

Desse modo, qualquer restrição à apreciação pelo Poder Judiciário de atos administrativos ou legislativos que se afastem do interesse público primário, é inconstitucional, pois afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nessa seara, cabe adentrar na temática da discricionariedade atribuída aos Poderes, principalmente, ao Poder Executivo no que tange ao gerenciamento de políticas públicas.

8.1 Da Discricionariedade

A lei, em determinados casos, permite que a atuação estatal seja discricionária, ou seja, haverá a avaliação do administrador público acerca da conveniência e oportunidade de se praticar ou não determinado ato administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (p. 48):

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Desse modo, quando da lei não se puder retirar uma solução única para determinado caso concreto, confere-se ao Poder Público certa margem de

liberdade, para que, observando critérios de razoabilidade (conveniência e oportunidade) adote a solução mais adequada à satisfação do interesse da coletividade.

Portanto, a discricionariedade encontra fundamento na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar. Justifica-se essa margem de liberdade conferida ao Poder Executivo, diante da impossibilidade do Poder Legislativo de prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concorrente.

Verifica-se que o Poder Legislativo, quando da sua atuação, encontra limitação cognitiva.

Não é possível prever todos os possíveis conflitos e suas respectivas soluções através das normas gerais e abstratas, ficando o Administrador Público, nesses casos, livre para decidir de acordo com a conveniência e oportunidade.

A finalidade da discricionariedade, é portanto, proporcionar que o Poder Executivo tome a decisão que melhor se alinhe com o interesse público, já que a lei não aponta de maneira peremptória solução unívoca para determinado caso concreto, abrindo margem de liberdade para que o administrador público, escolha a que melhor se coaduna com o interesse da coletividade.

Como ensina Bartolomè Fiorini citado por Hely Lopes Meirelles (2001, p.151):

É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades sociais de cada momento. Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada à um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.

Como se vê, pelas palavras de Fiorini, o administrador público mesmo tendo margem de liberdade há um vínculo imutável entre seu agir e o interesse da coletividade, não podendo, de modo algum dele se afastar, sob pena de se configurar ameaça ou lesão a direito passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

8.2 Do Controle

A realidade social e jurídica atual possibilita cada vez mais o controle de atos discricionários, tornando-a, até mesmo imprescindível para o bom funcionamento e concretização de direitos em um Estado Democrático de Direito.

O primeiro fundamento que possibilita o controle judicial de atos administrativos discricionários é o fundamento político, extraído, diretamente da nossa Carta Constitucional.

Trata-se do vínculo imutável do Estado com o interesse público primário, como visto anteriormente, e nos faz concluir que, quando o interesse público for desrespeitado esse fato será passível de correção por meio do Poder Judiciário.

No inciso XXXV, do artigo 5º, a Constituição Federal é categórica ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Referido artigo materializa o princípio da inafastabilidade do Judiciário, bem como a garantia fundamental de acesso à justiça.

Assim, a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não há, portanto, no Estado nacional qualquer lesão ou ameaça de direito imune ao controle judicial.

A situação torna-se mais delicada se estivermos diante de direitos fundamentais como vida, liberdade, segurança, saúde, educação, moradia. Não é possível afastar a apreciação judicial se houver violação a tais direitos, mesmo que o agressor seja o próprio Estado, por seu agente no uso do poder discricionário.

Assim afirma Santin (2013, p. 143):

Portanto, tudo está sob controle, sendo essencial para a legitimação do ato administrativo a conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de todos, de forma que todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção, incumbindo ao administrador a busca da melhor decisão, a escolha ótima, em consonância com as normas e princípios constitucionais, vinculantes de toda atuação administrativa.

Sendo assim, os atos administrativos sejam eles vinculados ou discricionários estão, imutavelmente, vinculados ao interesse público primário e aos princípios constitucionais, tais como: legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade, etc. E toda vez que destes se afastar ou ser contrário haverá desvio de finalidade sujeito a apreciação pelo Poder Judiciário.

Os princípios, na atual ordem social e jurídica, não apresentam mais a mera função de colmatar lacunas, pelo contrário, apresentam força normativa e como qualquer disposição constitucional deve ter aplicabilidade e eficácia garantidas. Por isso, sua inobservância deve ser equiparada a qualquer lesão ou ameaça de direitos, passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Ainda relação ao controle, Santin (2013, p. 145) descreve o caso específico das agências reguladoras:

O controle de excessos ou desvios normativos de agência reguladora pode ser feito pelo próprio Executivo, por sua vinculação institucional e para cumprimento da política pública do setor, pelo Legislativo, no exercício da competência exclusiva de sustação dos atos normativos exorbitantes do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, da Constituição Federal) e, pelo Judiciário, na prestação jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Trata-se de um fiel exemplo de controle de um Poder sobre o outro, o que demonstra a interdependência trabalhando em prol da efetivação de direitos e do bem-estar da sociedade.

Impossível, dentro dessa temática, se afastar da seguinte indagação: Em que medida o judiciário poderia intervir no planejamento e execução das políticas públicas sem, no entanto, invadir a esfera de competência do Poder Executivo?

O Poder Judiciário deve se ater a decidir acerca de direitos inseridos no sistema constitucional e não sobre como se promove o bem-estar geral, pois isso fica adstrito ao Poder Executivo no que tange ao gerenciamento das políticas públicas.

Nossa Constituição traça parâmetros para a concretização dos direitos fundamentais, predeterminando, portanto, a necessidade de políticas públicas para concretização desses direitos.

Cabe aos juízes apenas dar força normativa à Constituição, sem invadir a competência de natureza política referente às deliberações sobre as Políticas Públicas.

Nesse sentido, não se compara a função do juiz com a do legislador ou do administrador público.

Os magistrados visam, tão somente, concretizar a Constituição Federal, sem com isso utilizar de argumentos de política partidária, onde o objetivo é o alcance de votos para se eleger ou reeleger.

Do contrário, ou seja, negar essa legitimidade ao Poder Judiciário é o mesmo que ignorar os mandamentos da Constituição Federal.

Sem a permanente vigilância do Poder Judiciário em relação a efetivação e proteção de direitos não há que se falar em Estado Democrático de Direitos.

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário intervir no controle das políticas públicas, sempre que a decisão tomada pelo administrador público não se coadunar com o interesse público primário e ameaçar ou lesionar direitos inseridos na Constituição Federal.

Trata-se de mera aplicação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que preconiza o princípio da “Inafastabilidade da Jurisdição”. Assim sempre, que houver ameaça ou lesão a direito deve ser garantida a apreciação pelo Poder Judiciário.

Importante destacar que essa intervenção deve ser feita com ressalvas, não podendo ser irrestrita e irresponsável. Ocorrendo apenas quando houver direitos ameaçados ou lesionados.

É preciso, portanto, encontrar o “caminho do meio”. Nem tanto a inércia absoluta característica da separação rígida entre os Poderes, nem tanto ao excesso, intromissão exagerada de um Poder em outro.

É preciso, sim, a cooperação entre os Poderes no sentido de se concretizar direitos e garantir o bem-estar da sociedade, seja por meio da fiscalização mútua ou da intervenção em casos de ameaça ou lesão à direitos.

9 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde (compreendido como o bem estar físico, espiritual e mental) está previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, incluso no Capítulo II, intitulado “Dos direitos sociais”, sendo, pois, integrante do rol dos Direitos Fundamentais.

Ainda que ali não estivesse previsto, jamais perderia o *status* de direito fundamental, por ser um desdobramento do direito à vida, bem jurídico maior do ser humano e mais tutelado do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, segue lição do Min. Celso de Mello, no Recurso Especial nº 271286:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (Federal, Estadual ou Municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.

Por complemento, adiante no texto constitucional, no artigo 196, consta que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, estabelecendo um direito subjetivo público que deve ser tutelado e efetivado pelo Estado.

Observa-se de plano o caráter programático desta norma, norteadora de todas as demais inferiores, não implicando em dizer que sua aplicabilidade depende de regulamentação por lei, de modo que produz efeitos práticos e cria a obrigação do Estado em garantir a saúde do destinatário da norma desde sua entrada em vigor.

Explica Bulos (2008, p. 1289) o que se segue:

Embora o art. 196 esteja vazado em norma *programática*, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo.

Deste modo, percebe-se a aplicabilidade imediata do mandamento constitucional, impondo ao Estado que garanta e efetive a saúde a todos.

9.1 Acesso à Saúde e Princípios Previstos no Artigo 196 da Constituição Federal de 1988

Institui expressamente o artigo 196 da Carta Política dois princípios aplicáveis à saúde, qual sejam o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário.

Decorre do primeiro a ideia de que o destinatário do direito à saúde é a coletividade, o gênero humano, não podendo ser restrito a um determinado grupo de pessoas, de forma que todos, indistintamente, devem ter acesso à rede de saúde e aos serviços públicos.

Por outro lado, o segundo nada mais é do que a aplicação do princípio da igualdade no direito à saúde, o que significa dizer que aos iguais deve ser dado o mesmo tratamento, no tocante, por exemplo, a fornecimento de medicamento, prazos para consulta, exames etc.

Sobre o tema, doutrina Araújo (2008, p. 486) que “é incompatível com o atual sistema constitucional, por diversas razões, o atendimento privilegiado em hospitais públicos, daqueles que remunerem diretamente o serviço”.

Ao prescrever que a saúde é dever do Estado, por uma interpretação teleológica da lei, tem-se que essa obrigação é compartilhada entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

É o ensinamento de Bulos (2008, p. 1288), nos seguintes termos:

Dizer que a saúde é *dever do Estado brasileiro*, ou seja, da República Federativa do Brasil, não significa eximir a responsabilidade dos entes federativos. Em tese, cumpre aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios primar pela consecução de políticas públicas úteis à manutenção da saúde integral do indivíduo.

Em consonância com julgado do Supremo Tribunal Federal, *ipsis litteris*, segue o Recurso Especial nº 195192:

Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios.

Pacífico, portanto, que União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios são responsáveis por efetivar o direito à saúde.

9.2 Sistema Único de Saúde

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente no artigo 197 que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e impôs ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Logo adiante, estabelece que essas ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, cujas diretrizes estão previstas nos incisos do artigo 198² da Constituição Federal de 1988.

Conforme visto, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios devem agir em comunhão de esforços, cooperando entre-si, para levar saúde à população; contudo, a despeito de, em tese, a ação dessas esferas serem em concurso e de maneira solidária, complementando uma a outra, a Lei nº 8.080/90 definiu a competência administrativa de cada uma.

São três as diretrizes norteadoras do Sistema Único de Saúde, quais sejam, a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e a participação da comunidade.

O princípio da descentralização significa que os Municípios são responsáveis pelo atendimento básico da população e os Estados pelas situações

² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

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

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

III - participação da comunidade.

mais complexas, enquanto a União administra a rede. Isto é, implica em uma transferência de atribuições, recursos e poder do âmbito federal (uno) ao âmbito municipal (múltiplo), principalmente.

Desta forma, municipalizou-se grande parcela dos serviços e ações relacionados à saúde, por motivo de mais fácil coordenação e gerência em âmbito local, atendendo-se melhor, assim, as necessidades e os anseios dos usuários.

Sobre o encargo dos poderes públicos quanto às ações e serviços da saúde, decidiu o STF, no julgamento do Recurso Especial nº 195192, que:

Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estado, o Distrito Federal e os Municípios.

Os gestores do Sistema Único de Saúde em âmbito federal, estadual e municipal, são, respectivamente, o Ministro da Saúde, s Secretários Estaduais de Saúde e os Secretários Municipais de Saúde.

Por sua vez, o princípio do atendimento integral implica impor ao Estado que assista a saúde desde a prevenção de doenças até o providenciamento de atendimentos médico-hospitalares e fornecimento de remédios.

Sobre a prevenção de doenças, doutrina Araújo (1997, p. 46), no seguinte sentido:

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, conseqüentemente, parte do direito à saúde.

O terceiro princípio, da participação da comunidade, se concretizou com o advento da Lei nº 8.142/90, que criou os Conselhos de Saúde.

Conforme previsão do artigo 198, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde tem como fonte de financiamento principal, nos termos do art. 195, os recursos do orçamento da seguridade social de todas as esferas de poder executivo, que têm a obrigação de destinar anualmente verba mínima para mantê-lo.

Por fim, verifica-se que o artigo 200³ da Constituição fixou, em rol não exauriente, as competências e atribuições do sistema único.

Como se vê, a Política Pública concernente na efetivação do direito à saúde se pauta no tripé: descentralização, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e a participação da comunidade. A descentralização tendo o escopo de facilitar o acesso ao atendimento à saúde para a população, uma vez que, todos os entes federativos encontram-se solidariamente responsáveis por este atendimento. O Município, por vezes, por ser o ente mais próximo do cidadão é competente para solucionar o atendimento básico de demandas mais simples e recorrentes, ficando ao Estado e a União demandas de maior complexidade.

O atendimento integral visa à garantia da saúde de modo pleno a todo e qualquer cidadão, abrangendo o tratamento preventivo, além do tratamento médico-hospitalar, bem como o fornecimento de medicamentos.

Por fim, a participação da comunidade é vista como uma forma de permitir o engajamento do cidadão na fiscalização e execução de políticas públicas voltadas à efetivação do direito à saúde.

Apesar de toda estruturação do Sistema único de Saúde visando à efetivação do direito à saúde, por vezes, esse sistema não consegue efetivá-lo sobrevivendo o embate do mínimo existencial com a reserva do possível, que serão detalhadamente delineados a seguir.

³ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

10 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Como discorrido *supra*, a saúde é direito fundamental do ser humano, estando no mesmo patamar do direito à vida, sendo aquele considerado um desmembramento deste.

Integrante que é desde rol de direitos tidos como essenciais, há um limite mínimo do mesmo que deve ser efetivado, sob pena de inconstitucionalidade, ainda que por omissão, do Poder Público.

Ainda, pode-se dizer que o direito à saúde é também um braço do direito à dignidade da pessoa humana, haja vista ser impraticável uma vida digna sem saúde de qualidade.

Diante disso, considera-se a saúde como parte do mínimo existencial do ser humano, perante o qual não deve se admitir retrocesso⁴, ou seja, qualquer redução de seu conteúdo deve ser rechaçado, afastando-se portanto, a teoria da reserva do possível.

10.1 Mínimo Existencial

No modelo de estado Social, é dever do Poder Público ter uma postura ativa e concretizadora dos direitos sociais, buscando a igualdade material da população.

Dentre todos os direitos fundamentais, merece destaque a dignidade da pessoa humana, que, em certos casos polêmicos, pode até mesmo prevalecer sobre a vida, como por exemplo o caso de pacientes Testemunhas de Geová que preferem a morte à uma transfusão de sangue, alegando, acima da liberdade religiosa, o direito à dignidade, pois, para eles, perde-se a mesma ao submeter-se a tal procedimento.

⁴ Princípio da Vedação ao Retrocesso: segundo o qual, um direito declarado e aceito como universal ou inerente ao homem não pode dele ser subtraído. Além disso, nem mesmo restrição interpretativa é possível. Deve haver progressão dos direitos, não retrocesso.

De toda forma, é em torno desse direito central que orbitam os direitos essenciais do ser humano, os quais possibilitam a este uma existência digna. É esse conjunto de direitos que a doutrina denomina de mínimo existencial.

Nas palavras de Torres (1999, p. 141), mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Adotando o termo “piso vital mínimo”, doutrina Firorillo (2013, p. 190) que:

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna. (sublinhou-se).

Por sua vez, expõe Barcellos (2002, p. 255) que o mínimo existencial é “formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica”.

Enfim, Lazari (2012, p. 92) entende que “pelo ‘mínimo’ entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.

Interessante mencionar que o mínimo existencial não tem previsão expressa na legislação constitucional ou infraconstitucional, mas deriva de uma série de regras e princípios, conforme explica Torres (2009, p. 36):

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos do Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Verifica-se, portanto, que o mínimo existencial está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e, via de consequência, ao direito à saúde.

Em se falando da extensão do mínimo existencial, vale anotar que este não tem conteúdo específico, deste modo, “abrange qualquer direito, ainda que

originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc), considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial” (TORRES, 2009, p. 13).

Enfim, dada sua essencialidade e necessidade para a que o ser humano não perca sua condição de humanidade, os direitos envolvidos no mínimo existencial são subjetivos públicos, passíveis de ter sua satisfação exigida em face do Estado.

Assim, o Estado tem a obrigação de efetivar esses direitos, especialmente os previstos no artigo 6 da Constituição⁵, conferindo à sociedade condições mínimas de uma vida digna.

Ocorre que, na prática, inúmeras vezes o indivíduo se vê tolhido desses direitos por omissão do Estado e não vê outra alternativa senão socorrer-se do Judiciário para ter sua garantia constitucional efetivada.

10.1.1 Mínimo Existencial à Saúde

Nesse trabalho, dar-se-á enfoque, dentre os direitos inseridos no mínimo existencial, principalmente, ao direito à saúde.

Como exposto, a saúde está intimamente ligada aos dois direitos máximos do ser humano, quais sejam, o direito à vida e o à dignidade; pois, sem vida, impossível se torna o exercício de qualquer outro direito, sem dignidade mínima, a vida perde sentido, e, sem saúde, prejudica-se tanto a dignidade quanto a vida.

Afora do direito à vida digna, a saúde está relacionada a outros fatores determinantes e condicionantes, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o

⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

acesso aos bens e serviços essenciais, conforme previsto no artigo 3º da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde)⁶.

Verifica-se, desta forma, que o direito à saúde vai além da prevenção e tratamento de enfermidades, envolvendo o bem estar físico, mental e social do indivíduo, conforme o parágrafo único do dispositivo *supra* citado.

Nesse sentido, explica Araújo (1997, p. 47):

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

Destarte, mediante interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, de forma especial dos artigos 6º e 196 da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), extrai-se que o direito à saúde compõe um conjunto de direitos denominado de mínimo existencial, garantidor de condições mínimas para uma vida humanamente digna, que deve ser concretizado pelo Estado e sobre o qual, eventual violação, fere os direitos humanos.

10.2 Reserva do Possível

Políticas públicas, como as necessárias à efetivação do direito à saúde, são custosas e, portanto, encontram seu maior óbice na escassez de recursos materiais.

A teoria da reserva do possível preconiza que, apesar de previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio e internacional no sentido do dever do Estado de efetivar integralmente os direitos sociais, somente dentro do orçamento disponível é que o Estado poderá implantá-los.

⁶ Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A respeito do tema, transcreve-se lição de Canotilho (2002, p. 477), nesses termos:

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos.

Desta forma, o Estado poderia se abster de executar atos que visam a concretização dos direitos fundamentais a depender da disponibilidade de recursos econômicos.

Doutrina Caliendo (2008, s.p.), sobre reserva do possível, no seguinte sentido:

A doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental o respeito à chamada "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen"), como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações. Este princípio foi originalmente apresentado pela doutrina constitucionalista alemã ao tratar do caso de um estudante que exigia o acesso ao ensino superior ("numerus-clausus Entscheidung"), em que a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu que neste caso não se podia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito.

Sustentam Sarlet e Timm (2010, p. 30), que:

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Há duas espécies da reserva do possível: a fática, ligada ao recurso público disponível, e a jurídica, referente a questões orçamentárias e à ponderação necessária para resolver eventual conflito de princípios naquele caso em concreto.

Analisando as duas reservas do possível, o administrador público deve guiar suas ações buscando a efetividade máxima possível. Isto é, após observar as limitações materiais e as determinações jurídicas, o administrador deve aplicar a alternativa que apresente a melhor relação entre custo e benefício, valendo-se de seu poder discricionário.

O Min. Celso de Mello, ao julgar a ADPF nº 45, brilhantemente fixou critérios e limitações para a aplicação da, por ele denominada, “cláusula da reserva do possível”:

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 irreduzível 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. (Sublinhou-se).

Entretanto, ainda que respeitado esse parâmetros, entende-se que a reserva do possível não pode ser aplicada quando confrontada com o mínimo existencial, conforme se discorrerá a seguir.

10.3 Inaplicabilidade da Reserva do Possível Frente ao Mínimo Existencial

Há, contudo, uma parcela de direitos fundamentais essenciais do ser humano sobre a qual é inaplicável a teoria da reserva do possível. Ou seja, em certas situações é defeso ao Estado deixar de agir, arguindo indisponibilidade de recursos públicos ou interesse público diverso.

Ainda os direitos não sejam absolutos – pois todos comportam mitigação e exceções –, quando se fala em direitos essenciais, há um limite a ser respeitado quanto à restrição passível de ser aplicada a estes, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana ou até mesmo da vida em si.

Nas palavras de Torres (2009, p. 36), “a dignidade da pessoa humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

Essa parte nuclear dos direitos fundamentais que não pode ser atingida é o mínimo existencial.

Pertinente o entendimento de Barroso (2003, p. 38), no sentido de que:

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Prossegue adiante, afirmando que “se um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado” (BARROSO, 2003, p. 41).

Tal efeito é o que produziria a reserva do possível caso fosse aplicada em algum caso concreto onde o embate é contra o mínimo existencial.

Ora, conforme Maciel e Souza, (2008, p. 12):

[...] pensar de modo contrário, ou seja, na aplicabilidade do referido princípio, seria o mesmo que possibilitar a criação ou a manutenção dos direitos fundamentais já existentes (frisa-se, os mais importantes de todo o ordenamento e que se sobrepõe a esse próprio), sem que nunca pudessem vir a produzir efeitos, ou seja, sem que fossem efetivados, por impossibilidade fático-financeira.

Analisando um caso concreto de conflito entre mínimo existencial (saúde e vida) e reserva do possível (orçamento), o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu na Apelação nº 0016716-34.2011 que:

O bem maior a ser preservado, no caso dos autos, é a vida. E contra este não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa, ou reclamo que possa ser interposto. Nenhuma vida humana vale menos do que um orçamento público ou privado, e, sendo dever do Poder Público garantir a vida do cidadão, tem ele o dever de fornecer integral atendimento ao cidadão.

Resta claro, portanto, que o mínimo existencial sempre prevalecerá sobre a reserva do possível em eventual embate.

11 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷, tem sido invocado recorrentemente no Poder Judiciário.

O texto do art. 6º da Constituição Federal⁸, que inicia o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) da mesma, já foi alterado duas vezes desde sua entrada em vigor, a primeira pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000 e a segunda pela Emenda Constitucional nº 64 de 2010, mantendo-se, sempre, o direito à saúde nesse rol de direitos sociais, trazendo a este direito o inédito status de direito constitucional fundamental.

Sendo um desdobramento do direito à vida, o direito à saúde seria considerado um direito fundamental do ser humano ainda que o legislador constituinte não o tivesse incluído no rol constitucional.

O escopo dos autores da Constituição é nobre ao estabelecerem a saúde como direito de todos e dever do Estado. A ideia é que, como determinado pela Carta Magna, o direito à saúde não tenha seu acesso dificultado por autoridades administrativas e seja plenamente efetivado.

Entretanto, por vezes, o indivíduo encontra inúmeros obstáculos por parte do Estado quando tenta fazer valer o “acesso universal” que lhe foi garantido constitucionalmente, seja por falta de regulamentação, seja por indisponibilidade de medicamentos e estrutura, etc.

Dessa violação à garantia constitucional é que surge o papel do Poder Judiciário para efetivar o direito à saúde, que era para ser concretizado pelos Poderes Executivo e Legislativo. Este fenômeno é chamado de judicialização do direito à saúde.

Barroso (2008, p. 03) define o termo judicialização, em sentido amplo, da seguinte maneira:

⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

A judicialização é consequência, primeiramente, do fortalecimento do Poder Judiciário, que, com a redemocratização pela qual o Brasil passou – culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988 –, deixou de ser um órgão estritamente técnico e se tornou capaz de realmente fazer valer as leis, até mesmo confrontando os demais Poderes. Neste diapasão, contribuíram também a forte atuação do Ministério Público no campo extrapenal e a crescente participação da Defensoria Pública.

Além disto, outro fator fundamental para o processo de judicialização foi o perfil constitucional adotado ao avocar para a Carta Maior inúmeras garantias e direitos que antes estavam previstos em legislação infraconstitucional. O fato de constitucionalizar esses direitos fez com que Política se tornasse Direito. Isto é, se a Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o descumprimento desse mandamento enseja ação judicial por parte do lesado.

O extenso rol de direitos constitucionalmente positivados não pode ser mera promessa à população, devendo ser efetivado pelo Poder Público.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello discorreu com maestria ao julgar o RE nº 271286. Segue trecho da decisão:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional insequente, 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.

Como um terceiro fator para a judicialização, está o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, o qual admite o controle difuso – qualquer juiz pode deixar de aplicar uma norma por entender que esta contraria a

Constituição Federal – e o direto – análise da constitucionalidade da norma pela Corte Máxima. Junte-se a isto os amplos direitos de ação e de acesso à Justiça presentes no ordenamento pátrio.

Percebe-se, deste modo, que não é difícil exigir a efetivação de um direito no Judiciário, ainda que previsto somente em norma programática, como é o caso do artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Além do mais, essa exigência se torna possível pelo modelo de Estado atualmente adotado no Brasil, qual seja, o Social Democrático de Direito, e pelo enquadramento do direito à saúde no que tange ao mínimo existencial, o que afasta eventual alegação de reserva do possível.

11.1 Efetivação do Direito a Saúde no Tocante ao Fornecimento de Remédios

Como exposto alhures, o Sistema Único de Saúde tem como um de seus princípios o atendimento integral, criando o dever do Estado de atender, de forma igualitária e universal, todas as pessoas que necessitarem de assistência à saúde, qualquer que seja o grau de complexidade.

Dada a aplicabilidade imediata e a eficácia plena dotadas pelo inciso II do artigo 198 da Constituição Federal de 1988, seu cumprimento independe de regulamentação do legislador ordinário.

Ainda assim, a Lei nº 8.080/90, artigo 6º, inciso I, alínea “d”, trouxe expressamente que está incluída do campo de atuação do Sistema Único de Saúde a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Na maioria das vezes, a necessidade do cidadão é atendida nas próprias Unidades Básicas de Saúde (UBSs), em âmbito municipal, onde se realizam procedimentos mais simples. É principalmente em âmbito local que ocorre o fornecimento de remédios.

A Divisão Regional de Saúde, de responsabilidade estadual, entra em ação em casos de maior complexidade, que demandam nível técnico e estrutura especializada, além da utilização de remédios de alto custo, normalmente não disponíveis nas UBSs.

Ocorre que, por vezes, o cidadão necessita urgentemente de remédios que, embora já padronizados pela rede pública, não estão disponíveis

imediatamente e apresentam longa fila de espera, ou que ainda sequer estão padronizados pelo Poder Público, impossibilitando seu fornecimento gratuito.

São nestes casos, na grande maioria das vezes, que o cidadão se socorre do Poder Judiciário, para ter efetivado seu direito à saúde, no tocante à consecução de medicamentos aos quais necessita e não possui condições de comprá-los sem prejuízo de sua subsistência.

Aos olhos do Judiciário não há diferença de competência entre os âmbitos municipal, estadual e federal, quanto ao fornecimento de medicamentos, não sendo incomum a condenação das três esferas de forma solidária, a prestar a devida assistência ao necessitado.

12 CASUÍSTICA

Não cumprindo o Poder Executivo seu dever de conferir saúde, em sua plenitude, à população, desaguando-se milhares de ações no Poder Judiciário, este vê-se movido a responder indagações relevantíssimas, como se demonstrará a seguir.

12.1 Quem Deve Figurar no Pólo Passivo de Ações Judiciais nas quais se Invoca a Assistência à Saúde Prevista no Artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Em ação ordinária de obrigação de fazer ajuizada por pacientes, deve figurar no pólo passivo a Fazenda Pública de quaisquer de seus âmbitos (municipal, estadual, federal).

Em se tratando de mandado de segurança, deve figurar a autoridade administrativa com competência para a liberação do medicamento/tratamento, como o Diretor do Departamento Regional de Saúde, no âmbito estadual, e o Secretário de Saúde, no âmbito municipal.

12.2 É Possível o Juiz Determinar o Sequestro (Bloqueio) de Valores dos Cofres Públicos em Caso de Descumprimento de Decisão Judicial que Obriga o Poder Público a Assistir o Necessitado na Área da Saúde?

O sequestro de numerário dos cofres públicos por determinação do juiz é possível e se mostra medida coercitiva importantíssima para a efetivação da tutela jurisdicional já concedida e não cumprida.

Pode-se dar tanto em caso de descumprimento de sentença, como de decisão que antecipa a tutela.

Normalmente, ocorre quando há urgência no cumprimento daquela decisão que impõe, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou intervenções cirúrgicas, hipóteses nas quais, o descumprimento do prazo determinado pode ocasionar danos irreparáveis ao paciente, sendo necessária medida de coação o Poder Público a cumprir a determinação judicial.

O bloqueio de valores dos cofres públicos é medida tomada reiteradamente nos tribunais, como se demonstra a seguir no Agravo de Instrumento nº 0125790-43.2013, recentemente julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Execução de sentença. Fornecimento de medicamentos. Descumprimento reiterado da obrigação. Bloqueio de valores depositados em instituição financeira. Possibilidade. O rito próprio de execução contra a Fazenda Pública estabelecido pelos artigos 730 do Diploma Processual e 100, § 2º da Constituição Federal disciplina a forma pela qual a Fazenda Pública deve pagar quantia decorrente de sentença judicial transitada em julgada e, nos autos, o bloqueio determinado pelo magistrado não se presta a isso, é medida coercitiva necessária à efetivação da tutela judicial de fornecer o fármaco. De outra banda, mesmo se assim não fosse, no caso de conflito entre o direito fundamental à saúde e o sistema de pagamento das condenações judiciais pela Fazenda Pública, deve sempre prevalecer o inquestionável direito à saúde. Agravo de instrumento improvido.

Entendimento este também sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, expressado no julgamento do Agravo Regimental 42.249, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO/TRATAMENTO MÉDICO. MULTA DIÁRIA. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção do STJ, no rito do art. 543-C do CPC, decidiu que, "tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação" (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 06.11.2013).

2. Agravo regimental não provido.

Logo, o sequestro (bloqueio) de valores dos cofres públicos é autorizado com o fim de coagir o Poder Público a cumprir determinação judicial na área da saúde.

12.3 É Dever do Poder Público Custear Tratamento com Equipamentos e Insumos de Marca Específica para Portador de Diabetes, como por exemplo Bomba de Infusão de Insulina?

Uma vez demonstrado que o equipamento de marca específica é insubstituível para aquele tratamento e que o paciente não possui condições financeiras para custar os insumos pleiteados (demonstrando seu interesse processual), surge a obrigação do Poder Público de fornecê-lo gratuitamente, ainda que não padronizado pela rede pública, tendo em vista seu dever constitucional de assistência integral à saúde.

Neste sentido, cita-se trecho do Agravo de Instrumento nº 2047230-19.2014.8.26.0000 apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Obrigação de fazer. Fornecimento de tratamento para portadora de diabetes. Bomba de infusão de insulina de marca específica e insumos necessários à sua utilização. Pessoa hipossuficiente. Dever de assistência à saúde constitucionalmente protegido. Requisitos do art. 273 do CPC preenchidos. Decisão mantida. Recurso não provido.

Deste modo, observados os mencionados requisitos, vê-se que o Estado tem a obrigação de fornecer equipamento de marca específica.

12.4 Pode o Paciente Escolher o Local em que Deseja Receber Tratamento/Atendimento, ou seja, Admite-se o Tratamento/Atendimento Eletivo Custeado pelo Estado?

Não tem o paciente, sendo atendido pelo Poder Público, direito de exigir tratamento em clínica particular, salvo na hipótese da rede pública não disponibilizar objetivado tratamento dentro de sua rede ou quando a locomoção do paciente para determinado centro que preste o atendimento público mostre-se de risco ou a implicar em grau de sofrimento acima do mediano.

A centralização de certos procedimentos médicos em determinados lugares é justificável, sem que implique falta de assistência ao paciente. É compreensível que não possa ter o Poder Público toda assistência médica em toda cidade.

No processo nº 10071-44.2014, da Vara da Fazenda Pública de Presidente Prudente, determinou o respectivo juízo que um postulado tratamento de oxigenoterapia hiperbárica pudesse ser feito na cidade de Ilha Solteira, onde o Poder Público mantém um centro desse tratamento. Houve interposição de Agravo de Instrumento nº 2104798-90.2014.8.26.000 para o Tribunal de Justiça de São Paulo, pedindo-se que o tratamento fosse realizado na cidade da parte autora, qual seja, Presidente Prudente, decidindo o Relator Desembargador Cláudio Augusto Pedrassi, ao apreciar o pedido de liminar do respectivo agravo de instrumento, que “inviável que a paciente escolha o local e a clínica onde deverá receber o tratamento”.

12.5 Insere-se na Prestação de Assistência à Saúde Pelo Poder Público o Fornecimento De Cadeira de Rodas Motorizada?

O direito à saúde não se consubstancia apenas no fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Poder Público, cabendo ao Estado fornecer equipamentos que possam aliviar os efeitos da deficiência do paciente.

Neste sentido, seguem, respectivamente, as apelações nº 0948528-60.2012, 0150780-98.2013 e 0241791-48.2012, apreciadas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autora portadora de amiotrofia da espinha progressiva tipo II. Fornecimento gratuito de cadeira de rodas. Necessidade comprovada. Hipossuficiência financeira. Obrigação de fornecimento pelo SUS. Art. 196 da CF. Sentença de procedência. Recursos oficial e voluntário dos réus não providos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada. Presentes os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC. Hipótese em que se assegura a qualidade de vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meios dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Decisão mantida. Recurso improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Deficiente físico tetraplégico. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada. Possibilidade. Pretensão que tem fundamento constitucional e está de acordo com a jurisprudência majoritária desta Câmara. Necessidade econômica. Obrigação dos entes públicos. Recurso não provido.

Observa-se portanto que, em casos específicos e justificáveis, o direito de assistência integral à saúde engloba o fornecimento de cadeira de rodas motorizada.

12.6 É Dever do Estado Fornecer Atendimento *Home Care* (Assistência Domiciliar), que Consiste na Prestação de Serviços na Área da Saúde de Forma Contínua em Domicílio?

Não é incomum pleitos desta natureza no Poder Judiciário, relacionando-se, por exemplo, os seguintes equipamentos: “cama e colchão hospitalar”, “colchão paramidal”, “aspirador”, “sonda de aspirador de traqueostomia”, “luva estéril”; bem como da nutrição enteral “*trophic fiber*”; e “fraldas geriátricas” .

Entende-se que o atendimento domiciliar, quando realmente necessário e desde que o paciente seja economicamente hipossuficiente, deve ser custeado pelo Estado, pois inserido está na assistência integral à saúde.

Transcreve-se, respectivamente, trechos das apelações nº 0033565-87.2010, 0106372-33.2008 e 0027794-80.2013, julgadas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante idosa portadora da Doença de Alzheimer, necessitando de Suporte Hospitalar Domiciliar (Home Care). Hipossuficiência para o custeio. A assistência integral à saúde é dever dos três entes estatais. Artigos 23, II, e 196 ambos da CF. Existência de convênio médico particular que não afasta a responsabilidade estatal. Estatuto do idoso que também dá suporte à demanda. Segurança concedida. Recursos, oficial que se considera interposto e voluntário, não providos.

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO - Obrigação de Fazer. Fornecimento de Tratamento domiciliar – Home Care. Equipamentos, assistência médica multidisciplinar e medicamentos - Afastadas as preliminares de falta de interesse processual, ilegitimidade passiva - Dever do Estado de prestar atendimento integral à saúde (art. 198, II, da CF). Tutela constitucional do direito à vida (artigo 196 da CF). A obrigação do Estado deve compreender

o fornecimento dos medicamentos discriminados na exordial, bem como quaisquer outros que venham a ser necessários ao seu tratamento, sempre mediante prescrição médica. Sentença de Procedência parcial da ação - Recurso da autora provido e Improvido o da ré.

AÇÃO ORDINÁRIA. ATENDIMENTO MÉDICO DOMICILIAR "HOME CARE". VIABILIDADE. Acolhimento do pedido do autor a fim de que a Fazenda do Estado providencie modalidade de atendimento domiciliar, na forma já prevista nos artigos 19-I e 19-M da Lei Federal 8.080/1990. A restrição constante da portaria 2.529/2006, de que pacientes com necessidade de acompanhamento intensivo de enfermagem estariam excluídos do programa não encontra ressonância na lei. Sentença reformada. Recurso provido.

Demonstrada, portanto, a obrigação do Estado de fornecer mencionado tratamento.

12.7 É Dever do Estado Fornecer Medicamentos Não Padronizados pela Rede Pública?

A padronização de medicamentos é necessária para melhor administração no fornecimento pelo Poder Público, tendo por objetivo assegurar uma maior segurança e melhor controle no fornecimento do fármaco, com observância da comprovação de sua eficácia e de eventualmente não dispor o SUS de algum outro, com menor preço, que possa atender ao paciente com a mesma eficiência.

Em se demonstrando (por parecer médico), porém, que o medicamento é insubstituível por algum outro padronizado pela rede pública, vem o Poder Judiciário obrigando o Poder Público à fornecê-lo.

Segue parte da Apelação nº 0021332-52.52.2011, decidida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, como se vê:

A necessidade da padronização do medicamento para fornecimento pela rede pública de saúde para a enfermidade da impetrante não pode ser acoimada de entrave burocrático, pois tem por objetivo assegurar uma melhor eficácia e melhor controle no fornecimento do medicamento. Tal obstáculo talvez até pudesse ser superado desde que prova técnica demonstrasse inequívoca necessidade do produto

Haja vista, a padronização de medicamento é permitida e necessária; contudo, não pode ser óbice para a consecução de medicamento não padronizado que se mostre insubstituível no caso concreto.

12.8 Deve o Paciente Demonstrar Prévia Resistência Administrativa para Justificar o Interesse Processual em Juízo?

Se, por um lado, não se exige o esgotamento das vias administrativas, por outro, requer-se, para a demonstração do interesse processual, ao menos uma resistência inicial pela Administração Pública.

Em recentíssima decisão da Vara da Fazenda Pública de Presidente Prudente, processo nº 1013525-56.2014, o Meritíssimo Juiz de Direito Darci Lopes Beraldo, indeferiu a inicial, julgando extinta a ação, num caso no qual não houve prévio pedido administrativo. Eis trecho da sentença:

Afastou a CF de 1988 a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, que era um obstáculo ao livre acesso ao judiciário. Não há, então, necessidade de se esgotar as vias administrativas. Mantém-se, contudo, a exigência do atendimento às condições da ação, como a necessidade de se servir do Poder Judiciário somente quando não atendida a pretensão na esfera administrativa. O que não se exige é que se esgote os recursos na esfera administrativa. Deve-se, porém, demonstrar uma prévia resistência administrativa.

Aplica-se ao caso o enunciado nº 03 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de maio de 2014, ocorrido em São Paulo. Ei-lo:

“Recomenda-se ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

E o Superior Tribunal de Justiça, no RE 1.310.042-PR (2012/035619-4), julgado de 15/05/2012, tendo como relator o Min. Herman Benjamin, assentou que não há interesse processual em ingressar com ação judicial para obter benefício previdenciário sem que haja resistência administrativa prévia à pretensão, no caso concreto ou de forma notória.

Conforme decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Judiciário é via de resolução de conflitos, não havendo prestação jurisdicional útil e necessária sem que haja a prévia resistência do suposto devedor da obrigação.

A essência da decisão, reconhecendo prévia resistência administrativa, aplica-se no caso presente.

Infere-se, desta forma, a necessidade do paciente demonstrar prévia resistência administrativa, a fim de justificar seu interesse processual na lide.

12.9 Tem o Paciente Direito a Reembolso por Tratamento Realizado por sua Conta, Sem Prévio Processo Administrativo ou Judicial?

Em hipóteses tais, para se impor ao Estado a obrigação de reembolso, teria a parte que tê-lo acionado previamente, isso pela impossibilidade do Estado assumir pagamento de dívida privada que não assumiu.

Ilustra-se este entendimento com trecho da Apelação nº 0023730-61.2011 apreciada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. Ressarcimento de despesas com cirurgia realizada em hospital particular. Autora realizou cirurgia fetal para correção de anomalia em nascituro em hospital particular, sob alegação de que este tratamento não era fornecido pela rede pública. Procedimento médico realizado na UNIFESP e na UNICAMP, não havendo prova de recusa para sua realização. Opção por realizar a cirurgia no hospital Santa Joana. Impossibilidade de reembolso pelo ente estatal. Ausência de responsabilidade do Estado pelo pagamento de dívida privada que não assumiu. Falta de amparo legal. Sentença reformada. Recurso provido.

Portanto, não é possível o paciente ser reembolsado por tratamento realizado por sua conta e à sua escolha, sem que haja prévio processo administrativo ou judicial no qual tenha requerido tal procedimento e lhe tenha sido negado ou estipulado prazo demasiadamente extenso frente à urgência do caso, justificando-se o reembolso do tratamento particular pela falha do Estado em prestar a devida assistência à saúde.

12.10 É Necessário o Peticionário de Medicamentos ou Tratamentos de Saúde Comprovar sua Hipossuficiência Econômica para que Obtenha a Tutela Jurisdicional?

Estabelece a Constituição Federal no artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Não traz, assim, exigência de demonstração de hipossuficiência do paciente. De outro lado, a própria Constituição Federal traz, no Título I, em seus Princípios Fundamentais, constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária.

Não quer parecer que seja solidário conferir medicamentos para quem tenha pleno recursos de obtê-lo e em detrimento de quem efetivamente necessita da assistência do Poder Público.

Observa-se que a jurisprudência vem entendendo ser necessário a demonstração de hipossuficiência.

A conferir, respectivamente, nas Apelações nº 0031104-65.2011, 0063162-93.2011 e 0000610-35.2012, julgadas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento de medicamento gratuito pelo Estado (Temodal). Concessão da segurança. Inconformismo. O impetrante comprovou sua enfermidade, necessitando do fornecimento do medicamento indicado para o seu adequado tratamento, bem como a sua hipossuficiência financeira. Princípios constitucionais que garantem o direito de recebimento de medicamentos gratuitamente. Direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal. Norma constitucional diretamente aplicável. Obrigação dos entes públicos Recursos improvidos. (Sublinhou-se).

APELAÇÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Pretensão do requerente, portador de "disacusia mista bilateral", de receber dois aparelhos auditivos. Possibilidade. Preliminar de falta de interesse de agir afastada - Artigo 196 da Constituição Federal Direito constitucional à saúde. Dever do Poder Público de fornecer medicamentos e instrumentos àqueles que necessitam e se encontram em situação de vulnerabilidade econômica. Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à saúde. Necessidade e eficácia do instrumento médico demonstradas. Sentença de procedência reformada no tocantes ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Recursos voluntário e oficial providos em parte. (Sublinhou-se).

DIREITO À SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - MEDICAMENTO COLESTIRAMINA. FORNECIMENTO. Autora acometida de colescistectomia, com quadro de diarreia colérea pós-colecistectomia.

Necessidade do uso atestada em prescrição médica idônea, que não cabe ao judiciário contestar. Autora sem condições financeiras para arcar com as despesas médicas, sem privar-se do próprio sustento e de sua família. Incabível a negativa de atendimento da pretensão. Dever constitucional do Estado de garantir a saúde de todos os cidadãos. Diante da parcimônia ou omissão do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo. Responsabilidade solidária dos entes públicos, nos termos do art. 23, II, da CF. Inteligência do art. 196, da Constituição Federal. Honorários advocatícios bem fixados. Sentença de procedência confirmada. Negado provimento ao recurso voluntário e o oficial considerado interposto. (Sublinhou-se).

Constata-se, pois, que a comprovação da hipossuficiência econômica é requisito para a obtenção da tutela jurisdicional no tocante à assistência à saúde.

13 CONCLUSÃO

A saúde, justaposta à vida e à dignidade da pessoa humana, eleva-se ao bem jurídico mais valioso do ser humano, sendo indissolúvel desses conceitos.

Ciente disto, o legislador constituinte, fez constar o Direito à Saúde no rol dos direitos sociais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – adquirindo o *status* de Direito Fundamental e de cláusula pétrea – além de determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, como previsto no artigo 196 da mesma.

Esta diretriz está em conformidade com o modelo de Estado adotado no Brasil, qual seja, o Estado (Social) Democrático de Direito. Em síntese: Social, enquanto garantidor de direitos sociais (artigo 6º e seguintes da CRFB/1988); Democrático, ao estabelecer que “todo o poder emana do povo” (artigo 1º, parágrafo único da CRFB/1988); e de Direito, pois submete todos, governados e governantes, a uma Lei Maior.

Ao observar-se os princípios do acesso universal e igualitário e da assistência integral à saúde, previstos respectivamente nos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, tem-se que a situação ideal e utópica seria de nunca faltar amparo estatal à saúde da população, englobando distribuição de medicamentos e equipamentos, realização de consultas, cirurgias e tratamentos. Contudo, por limitações materiais e humanas, isto não ocorreu como idealizado.

Quando o Poder Executivo (via administrativa) falha em cumprir o mandamento constitucional de conceder integralmente a assistência à saúde, pode o cidadão se socorrer do Poder Judiciário (aplica-se aqui o princípio da inafastabilidade da jurisdição). Neste contexto é que surgem várias questões de alta indagação jurídica, às quais procurou-se responder neste trabalho, tanto ao longo do corpo principal, como no tópico final da casuística.

Viu-se que, uma vez demonstrado (por parecer médico) ao Judiciário que o medicamento, cirurgia, suplemento, equipamento e qualquer outro item de saúde, é imprescindível, insubstituível e que o autor não dispõe de recursos financeiros para a aquisição sem prejuízo de seu orçamento assistencial, nasce a responsabilidade do Poder Público de ampará-lo.

A Constituição Federal não exige que o postulante demonstre sua hipossuficiência econômica; contudo, estabelece em seus Princípios Fundamentais a construção de uma sociedade solidária e vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da razoabilidade; neste sentido, como os recursos públicos são escassos, não quer se parecer solidário e razoável que o Estado preste assistência gratuita à saúde a quem tiver condições financeiras de com elas arcar, em detrimento daqueles que realmente dependem do amparo estatal. É assim que se tem decidido nas cortes pátrias, como bem demonstrado no corpo deste trabalho.

Outro ponto relevante que se abordou é a inaplicabilidade da reserva do possível frente ao mínimo existencial no tocante à assistência à saúde, haja vista este direito – que, como já foi dito, guarda íntima relação com o direito à vida – prevalecer sobre qualquer disposição orçamentária e econômica. Neste conflito, o bem maior a ser tutelado é a vida, direta ou indiretamente, e não há orçamento público ou privado que tenha mais valor do que uma vida humana.

Destarte, tem-se que o Direito à Saúde é um dos mais bem amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem sido eficazmente concretizado pelo Estado, seja pela via administrativa, seja pela via judicial, de forma que o assistido sempre obtém a tutela necessária e adequada.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: CORDE, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática**. 22 dez. 2008. Disponível em:
<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014.

BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia**. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Senado, 1990.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de setembro de 1990**. 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 dá outras providências. Brasília: Senado, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no RMS 42.249/GO**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 26.11.2013, DJe 5.12.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 MC**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AGRG no RE nº 271.286-8/RS**. Voto do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJU, 24.11.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **REsp nº 195192 RS**, Rel. Marco Aurélio, j. 22.02.2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266)

_____. Supremo Tribunal Federal. **REsp nº 271286**. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12.09.2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIENDO, Paulo. **Duração Razoável do Processo em Matéria Tributária**. 26 junº 2008. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/277-artigos-set-2000/6022-ato-de-autoridade-e-consenso>>. Acesso em: 13 out. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COSTA, Ilton Garcia da (Org.). **Agências reguladoras como fator de inclusão social**. São Paulo: Verbatim, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORINI, Bartolomé. **La discricionalidad em la administración pública**. Buenos Aires, 1948.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário e ação arbitrária da administração**. RDA 14/53.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MACIEL, Álvaro dos Santos; SOUZA, Natasha Brasileiro de. **A reserva do possível e a dignidade da pessoa humana como fonte de não retrocesso social**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 3, 2008. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/46/46>>. Acesso em 14 out. 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Os clássicos da política**. 2. v. São Paulo: Ática, 1996-1997.

_____. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 8. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Crime econômico no comércio de combustível adulterado**. São Paulo: Verbatim, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ag. Inst. 0125790-43.2013**. 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Guerrieri Rezende, j. 03.02.14, reg. 05.02.14.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ag. Inst. 2047230-19.2014**. 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Peiretti de Godoy, j. 02.07.14.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ag. Inst. 2104798-90.2014**. 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. 02.07.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. nº 0000610-35.2012**. 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. 07.05.2014, reg. 12.05.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0016716-34.2011**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Renato Delbianco, j. 31.07.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0021332-52.52.2011**. 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Antonio Carlos Villen, j. de 05.03.12).

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0023730-61.2011**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Cláudio Augusto Pedrasso, j. 03/09.13, reg. 05.09.13.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0027794-80.2013**. 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Nogueira Diefenthaler, j. 29.9.14, reg. 01.10.14.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. nº 0031104-65.2011**. 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Castilho Barbosa, j. 13.08.2013, reg. 16.08.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0033565-87.2010**. 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Reinaldo Miluzzi, j. 09.5.11, reg. 11.5.11.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. nº 0063162-93.2011**. 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 12.05.2014, reg. 14.05.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0106372-33.2008**. 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Burza Neto, jul. 07.08.2013, reg. 09.08.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0150780-98.2013**. 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Vera Antrizani, j. 03.09.2013, reg. 03.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0241791-48.2012**. 1º Câmara de Direito Público, Rel. Luís Francisco Aguilár Cortêz, j. 23.04.2013, reg. 24.04.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ap. 0948528-60.2012**. 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Reinaldo Miluzzi, j. 30.06.2014, reg. 01.07.2014.

_____. Vara da Fazenda Pública de Presidente Prudente. **Processo nº 1013525-56.2014**. Juiz de Direito Darci Lopes Beraldo, j. 22.10.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados**. Revista de Direito Público. São Paulo, nº 75.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.