

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE**

Marília de Castro Sturaro

Presidente Prudente/SP  
2017

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE**

Marília de Castro Sturaro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Glauco Roberto Marques Moreira.

## **RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE**

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

Glauco Roberto Marques Moreira  
Orientador

Mário Coimbra  
1º Examinador

Ana Paula Zago Gonçalves  
2º Examinador

Presidente Prudente \_\_\_\_\_.

Sejam fortes e corajosos. Não tenham medo nem fiquem apavorados por causa delas, pois o Senhor, o seu Deus, vai com vocês; nunca os deixará, nunca os abandonará".  
Deuteronômio 31:6

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiro a Deus, que me dá forças e ilumina meu caminho sempre e principalmente durante esse período.

A Nossa Senhora Aparecida, que intercede por mim em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, por todo amor e dedicação.

Ao meu namorado, por toda força e compreensão.

Ao meu orientador, Dr. Glauco, pela confiança e dedicação a este trabalho.

Aos examinadores Dr. Mario Coimbra e Ana Paula Zago, pela atenção.

Aos meus amigos e familiares, pelo apoio.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização desta pesquisa.

## RESUMO

O presente estudo trata dos direitos fundamentais em relação à reserva do possível no direito à saúde. É tema que, em um país que se discute muito sobre sua condição, ou seja, se o Brasil possui recursos suficientes para todas as demandas relacionadas à saúde, tem demandado inúmeras discussões e controvérsias. Há quem entenda que sim, e por conta disso se mostra totalmente contra a reserva do possível. Até aos que entendem aceitável a reserva do possível, já que o Brasil não possui condições de atender a todas as demandas, faz-se uma ressalva, pois se sabe que o Estado tem utilizado de maneira desregrada esse princípio, que tem como principal característica a excepcionalidade. Ao seu surgimento, o que não é pacífico para a doutrina. Há diferentes posições se os direitos fundamentais são mesmo direitos humanos. O trabalho define o que é saúde, pois não é apenas ausência de doença, a saúde como um direito social fundamental de segunda dimensão e a devida explicação para isso, e o pensamento minoritário de que pode não ser fundamental. Além disso, a saúde em seu aspecto positivo e negativo, ou seja, de prestação e de defesa.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Direitos humanos. Direitos sociais. Saúde. Defesa.

## **ABSTRACT**

The present study deals with the fundamental rights in relation to the reserve of the possible in the right to health. It is a topic that, in a country that is much debated about its condition, that is, if Brazil has enough resources for all health-related demands, has demanded numerous discussions and controversies. There are those who understand that yes, and because of this it shows totally against the reserve of the possible. Even those who understand that the reservation of the possible is acceptable, since Brazil is not in a position to meet all the demands, a caveat is made, since it is known that the State has used in an unregulated way this principle, whose main characteristic is the exceptionality. At its emergence, which is not peaceful to doctrine. There are different positions if fundamental rights are even human rights. The work defines what is health, because it is not only absence of disease; health as a fundamental social right of second dimension and the proper explanation for it, and minority thinking that may not be fundamental. In addition, health in its positive and negative aspect, that is, of provision and defense.

**Keywords:** Fundamental rights. Human rights. Social rights. Health. Defense.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde.

TJ – Tribunal de Justiça.

TJ-MS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

TJ-PA – Tribunal de Justiça do Pará.

TJ-PE – Tribunal de Justiça de Pernambuco.

TJ-RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

TRF – Tribunal Regional Federal.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>O DIREITO SOCIAL À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	<b>10</b>
2.1	Surgimento Dos Direitos Fundamentais: .....	10
2.2	Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	13
<b>3</b>	<b>PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	<b>21</b>
3.1	Fundamentalidade do Direito à saúde. ....	23
3.2	O Direito à Saúde Como Direito Social de Defesa e Direito de Prestação em Relação a Sua Fundamentação.....	26
3.3	Limites dos Direitos Fundamentais .....	29
<b>4</b>	<b>RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	<b>34</b>
4.1	Conceito.....	34
4.2	Excepcionalidade da Reserva do Possível .....	36
4.3	Reserva do Possível e Mínimo Existencial. ....	37
4.4	Posições .....	38
4.4.1	Contra a reserva do possível.....	39
4.4.2	A favor da reserva do possível .....	41
4.5	Reserva do Possível no Direito à Saúde .....	43
4.6	Reserva do Possível e o Estrangeiro.....	47
<b>5</b>	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE</b> .....	<b>50</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>55</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi realizado como objeto de avaliação do curso de direito do Centro Universitário, cujo tema é referente à reserva do possível no direito à saúde, tema extremamente relevante diante da situação enfrentada por milhares de brasileiros em relação à saúde, devido às demandas que o Estado não consegue suprir.

O primeiro capítulo tratou sobre os direitos fundamentais, desde sua origem, analisando a emblemática de seu surgimento, ainda indefinido pela doutrina. Analisou-se também a questão dos direitos fundamentais e direitos humanos. O direito à saúde, definido como direito social, é um tema de extrema importância, visto que a preservação deste direito garante ao homem viver com dignidade, princípio este protegido pela própria Constituição Federal.

No terceiro capítulo foi abordado a previsão dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico, bem como o seu caráter prestacional e de defesa, e aprofundando um pouco mais na questão da fundamentalidade, além, claro, dos limites que os direitos fundamentais possuem.

Sabendo que todos possuem direitos e que muitas vezes é necessário exigir do Estado uma ação para que possa efetivá-los, o capítulo quarto avaliou a reserva do possível, que é uma matéria de defesa estatal.

Por fim, no último capítulo foi abordado às políticas públicas para benefício da população, um estudo sobre o Sistema Único de Saúde e algumas análises no sentido de melhorias.

O presente trabalho adotou uma pesquisa de caráter dedutivo, com base nas doutrinas, jurisprudências, o referido trabalho se aprofundou especificadamente nos direitos sociais, melhor dizendo, no direito social à saúde. Abrangeu a questão da saúde no Brasil.

## 2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Este capítulo trata dos surgimentos dos direitos fundamentais, mas antes disse estuda-se o que é um direito. Além disso, sabendo que os direitos fundamentais são divididos em cinco dimensões, aprofundou-se nos direitos fundamentais de segunda dimensão, que é onde está elencado o direito à saúde. E uma breve análise sobre direitos fundamentais e direitos humanos.

### 2.1 Surgimento dos Direitos Fundamentais:

Antes de entender como surgiram os direitos fundamentais, precisa-se saber o que é direito. Direito não é um termo tão simples de ser definido, mas Carlos Roberto Gonçalves o conceitua de uma maneira bem compreensível, no sentido de que direito é estabelecido por normas e o direito nasceu com o homem, já que ele é um ser que necessita viver em um meio social e, portanto, o direito assegura que se viva de maneira pacífica, equilibrada nesta relação social.<sup>1</sup>

Confere-se então que o direito é algo que já nasceu com o indivíduo, sendo necessário para sua convivência com outros indivíduos. Desse modo, direitos fundamentais são os direitos mínimos que o cidadão deve ter para que possa viver com dignidade em seu meio social. Vidal Serrano Nunes Junior diz que os direitos fundamentais são um sistema de princípios e regras que protegem o ser humano, sempre observando o meio ambiente em que vive o cidadão.<sup>2</sup> Previstos principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, em um rol exemplificativo, que define que todos são iguais perante a lei, afirmando então que garante aos brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade etc. Com base nisto, é fácil evidenciar que qualquer atitude contrária ao caput deste artigo, constitui violação aos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.20. v. 1.

<sup>2</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 22.

Para Dalmo Dallari, “Cada pessoa deve ter a possibilidade de exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento daquelas necessidades básicas”.<sup>3</sup>

Diante deste raciocínio, privar um cidadão de seu direito fundamental é privá-lo de conviver em um meio social. Os direitos fundamentais possuem a característica da incindibilidade, ou seja, não é possível que o Estado pense apenas em proteger um direito fundamental, sem que seja necessário proteger os demais. Compartilha deste pensamento Vidal Serrano Nunes Júnior, que menciona em seu livro “A Cidadania Social Na Constituição de 1988” um exemplo sobre o que foi dito acima, sobre a incindibilidade, no sentido de “como se cogitar a proteção à vida, sem que se proteja a saúde ou que se proíba a tortura?”.<sup>4</sup>

Só se pode falar em direitos fundamentais na relação entre pessoas, e entre pessoas e o Estado, em razão disto os direitos fundamentais são divididos em verticais ou horizontais. Os direitos fundamentais verticais possuem a finalidade de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelo próprio Estado, que deveria proteger este cidadão. Já os direitos fundamentais horizontais possuem a finalidade de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelo próprio cidadão.

Em outras palavras, os direitos fundamentais podem ser subjetivos, no âmbito de ser uma prerrogativa do que pode o cidadão exercer ou podem ser objetivos, no sentido de guiar o Estado para uma melhor atuação. Geisa de Assis Rodrigues também entende que:

Com efeito, não há como se pensar em direitos fundamentais fora de um contexto generalizante, em que, de um lado, são concebidos como direito subjetivos e, de outro, como instituição sedimentada no tecido social e que devem condicionar ações individuais e coletivas.<sup>5</sup>

Para Nestor Sampaio Penteado Filho, os direitos fundamentais são autoaplicáveis, não necessitando assim da intervenção do Estado, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana, conforme normatiza ao dizer que os direitos fundamentais impõem uma não ingerência do Estado na esfera de

---

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.7.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Direito Sanitário**. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (Coord.). In: Manual de direitos difusos. São Paulo, Verbatim, 2009, p. 19.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Direito Sanitário**. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (Coord.). In: Mnual de direitos difusos. São Paulo, Verbatim. 2009, p. 13.

intimidade da pessoa, como corolário do respeito à dignidade do ser humano, respeito este elevado à condição de norma Constitucional autoaplicável em diversos países<sup>6</sup>. Para completar o raciocínio, Dalmo Dallari, afirma ainda que:

A simples declaração da existência dos direitos é insuficiente. Para que esses direitos tenham significação prática é necessário que as pessoas possam exercê-los. Em sentido mais amplo, é necessário que as condições políticas, econômicas e sociais garantam a todas as pessoas as mesmas possibilidades de ter e de usar os direitos.<sup>7</sup>

Pois bem, diante disto verifica-se o uso do princípio da igualdade, para que todas as pessoas tenham as mesmas condições de utilizar esses direitos. Como a igualdade é um princípio que aponta qual é o seu objetivo, quer seja, que todos tenham as mesmas condições políticas, econômicas e sociais, por ser um princípio, não norteia como atingir esses objetivos e eis que surge a desigualdade, pois o Estado segue um caminho que acha ideal, mas não tem uma base jurídica para tanto.

O surgimento destes direitos é muito impreciso e gera uma discussão na doutrina. De um lado, temos o entendimento que os direitos fundamentais surgiram com o Cristianismo, visto que se o homem é filho de Deus, este necessita viver com dignidade e para tanto, é o que entende Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>8</sup>, utiliza-se dos direitos fundamentais. Para um segundo pensamento da doutrina, os direitos fundamentais surgiram com a carta Magna, no ano de 1215, momento em que o Rei, João sem Terra, assinou a carta com o intuito que os barões parassem de cobrar abusivos impostos de seus trabalhadores, permitindo então, que estes possuíssem condições para viver com mais dignidade. Em relação a isto, a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, positivaram tais direitos, fazendo com que estes ganhassem mais força.

Ainda que seja conturbado o momento que surgiu efetivamente os direitos fundamentais, há um fato muito importante que foi a "Declaração de Direitos de Virgínia", que prevê os direitos à vida, liberdade etc. e segundo José Afonso da

---

<sup>6</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 40.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.63.

<sup>8</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p.36.

silva, “a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia.”.<sup>9</sup>

Independente de como surgiram os direitos fundamentais, o que precisa ser levado em conta, é que os direitos fundamentais representaram um grande avanço para o ordenamento jurídico e por isto tais direitos são universais, irrenunciáveis, intransferíveis, invioláveis, imprescritíveis e limitados. Estes direitos são universais, pois são válidos em qualquer lugar do mundo, são irrenunciáveis, pois cada pessoa terá estes direitos, não podendo o indivíduo não querer tê-los. Estes direitos também são intransferíveis, visto que não poderão ser transferidos para outras pessoas. São invioláveis, devendo haver total respeito perante tais direitos. São também imprescritíveis, mesmo que não sejam utilizados, eles não prescreverão. E por fim, são direitos limitados, pois eventualmente um direito pode colidir com outro e aí se faz necessário saber qual prevalece, limitando então um dos dois direitos. Traz a Constituição em seu artigo 5º, que o direito à vida não pode ser violado, mas ao refletir sobre milhões de pessoas que se encontram em uma situação grave, onde corpo físico e a mente não possuem mais condições de lutar para sobreviver, seria lícito o ordenamento jurídico permitir que esse bem tão valioso, que é a vida, fosse renunciado?

## **2.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**

Os direitos humanos e direitos fundamentais se aproximam muito em relação ao conceito, não havendo uma possível hierarquia sobre esses direitos. Sabe-se que na doutrina, direitos fundamentais recebem muitas denominações, como direitos civis subjetivos, direitos individuais, direitos humanos fundamentais etc.

De maneira genérica, como entende uma grande parcela da doutrina, direitos fundamentais são os direitos positivados na Constituição Federal, ou seja, estão previstos no âmbito interno.

Ao falar de direitos humanos, significa dizer que são os direitos que estão positivados em tratados internacionais, ou seja, no âmbito externo.

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153.

Observa-se abaixo um conceito demonstrado por Ingo Wolfgang, concluindo que:

O termo 'direitos fundamentais' se aplicada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>10</sup>

Além disso, Alexandre Moraes, em seu livro sobre direitos humanos fundamentais, nos demonstra a evolução dos direitos na própria Constituição Federal, ao afirmar que “a existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1ª Constituição republicana, de 24-2-1891”<sup>11</sup> Com base nisto, a ideia é que os direitos humanos fundamentais já existiam e estavam sendo declarados novamente. Assim se deu até a Constituição atual. Diante disto, cabe concluir que direitos humanos fundamentais estão previstos também no ordenamento jurídico e não apenas nos tratados internacionais.

Nesta mesma linha de raciocínio, Alexandre de Moraes é claro ao dizer que com a necessidade de uma proteção efetiva aos direitos humanos, estes ganham um poder a nível internacional, conforme afirma ao mencionar:

O surgimento de uma disciplina autônoma ao direito internacional público, denominada direito internacional dos direitos humanos, cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais.<sup>12</sup>

Surgiu então a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que orienta os países a seguir com o plano de garantir a dignidade da pessoa humana. Esta declaração é muito bem aceita em todo o mundo. “A partir disso, a proteção internacional dos Direitos Humanos passou a intensificar-se, com a

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

aprovação de inúmeras declarações e tratados internacionais.”<sup>13</sup> A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Diante deste artigo, entende-se que a Constituição admite também os direitos fundamentais em um plano externo, nos tratados internacionais. Esta ideia era que se um tratado fosse melhor que a Constituição, o tratado seria aplicado. Esta questão era consequência do Pacto de San José da Costa Rica, que surgiu em 1969, mas só fez parte do ordenamento jurídico em 1992, visto que na época anterior o Brasil estava em regime militar.

Mas não foi tudo tão simples assim. Havia uma grande problemática no sentido de o tratado ser contrário à Constituição, qual iria vigorar? Pois se o tratado trouxesse uma condição pior do que a Constituição, este seria considerado inconstitucional, mas e se a condição fosse melhor, qual iria prevalecer? Eis que surgiu o grupo dos internacionalistas, que defendiam que se o tratado trouxesse uma situação melhor, iria prevalecer o tratado. Mas a doutrina geral não manteve este pensamento e afirmou que a Constituição, de acordo com a hierarquia das normas, está acima de todas as outras, e caso fosse aceito o que o tratado previa, estaríamos diante de uma Constituição flexível, o que não é o caso da Constituição de 1988. Segundo Flavia Piovesan:

Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado poderá: a) Coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) Integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno.<sup>14</sup>

O Supremo Tribunal Federal se mostrou totalmente contra os internacionalistas, julgando que não seria possível uma norma infraconstitucional ser suprema do que a própria Constituição. Por outro lado, os internacionalistas,

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93.

atuando como se fosse de maneira recursal, através da emenda nº 45, incluiu o Art. 5º §3º CF – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Pois bem, diante disto, cabe ressaltar que os tratados de direitos humanos, aprovados como emenda à Constituição, serão equivalentes às emendas, e como têm força de emenda, caso contrarie à Constituição, prevalecerá o que for mais benéfico. Por outro lado, os tratados aprovados sem o rito de emendas, caso contrarie à Constituição, mesmo sendo mais benéfico, não prevalecerão.

Discorda deste assunto o professor Valério Mazzuoli, afirmando que “Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independente do seu eventual quórum qualificado de aprovação”.<sup>15</sup> Ao analisar a relação do Brasil com os tratados, Flavia Piovesan afirma que “Desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos<sup>16</sup>”.

Com esta afirmação, é nítido ver o esforço do Brasil em participar de cada avanço em relação aos Direitos Humanos, onde demonstra um Estado Democrático e uma população que se beneficia, ao menos na teoria, de tais proteções. Em 1992 o Brasil se aderiu a Convenção Americana e dois Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas e por esta razão teve que tomar medidas adicionais, para que pudesse estar completamente alinhado aos direitos humanos, conforme afirma Flavia Piovesan como, por exemplo, “a revisão de reservas e declarações restritivas feitas pelo Estado Brasileiro quando da ratificação de Convenções voltadas à proteção dos direitos humanos”.<sup>17</sup>

Com outra visão sobre o assunto, Vidal Serrano Nunes Júnior demonstra a importância de saber se tais direitos estão previstos ou não na

---

<sup>15</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.416.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 286.

Constituição ou nas Declarações de direito humanos, é em razão da consequência que o não cumprimento destes direitos acarreta.

Previsto pela ordem interna, consagrará um direito, uma prerrogativa ou uma liberdade, podendo inclusive, ser judicializado. Hospedado em uma declaração ou em uma convenção internacional, caso se evidencie o desrespeito a seu conteúdo, o Estado cuja Constituição o reconhece poderá ser condenado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>18</sup>

Por fim, resta concluir, segundo a citação acima, que a grande diferença está nas consequências que podem ocorrer, caso um direito seja definido como fundamental ou como direitos humanos. Diante disto, parece mais gravosa a consequência ao desrespeitar um direito classificado como direitos humanos.

### 2.3 A Saúde Como Direito Social de Segunda Dimensão

Os direitos fundamentais são divididos em cinco dimensões. A primeira dimensão, diz respeito à liberdade, que configura em um aspecto negativo, visto que para que alguém possa ter a liberdade, o Estado não pode realizar uma ação. Este direito que foi o pontapé inicial para que todos os outros direitos fossem conquistados, encontrou muita dificuldade para ser efetivado, visto que, ao voltar um pouco na história, havia a figura dos escravos, que ao ganharem a liberdade e não terem como se sustentar, acabaram voltando às condições de escravos, só que de uma maneira implícita.

A segunda dimensão diz respeito aos direitos sociais. Estes direitos começaram a ser buscados após a Revolução Industrial, pois os trabalhadores buscavam melhores condições de trabalho, para terem melhores condições de vida. “Cogitando desta segunda geração de direitos, falamos dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, tendentes, como apontado, a resgatar a noção de igualdade entre os seres humanos”.<sup>19</sup> Ingo afirma que a expressão direitos sociais, é justificada pelo fato de ser considerada uma densificação do princípio da justiça

---

<sup>18</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.24.

<sup>19</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.45.

social.<sup>20</sup> Os direitos de terceira dimensão, relacionados à fraternidade e de acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior, estes direitos não estão voltados exatamente ao homem e seu convívio social, mas sim no homem como parte da humanidade.<sup>21</sup>

Como foco deste subitem, analisa-se o direito de segunda dimensão, que são os direitos sociais. Estes direitos surgiram após um grande período de liberdade estatal, melhor chamado de liberalismo. Para Vidal Serrano Nunes Júnior, “o chamado liberalismo original, implicava, portanto, uma fuga do direito”.<sup>22</sup> Nesta época, as pessoas possuíam tanta liberdade, que acabaram se escravizando por essa razão, visto que não havia um Estado para impor limites. O primeiro documento a constar com grande importância sobre os direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848. Após este fato, a Constituição do México, em 1917 também trouxe grandes significados em relação aos direitos sociais. Conforme o tempo passava, o mundo estava ingerindo cada vez mais os direitos sociais, que tiveram grande ápice com a Constituição de Weimar, em 1919, pois esta Constituição inovou em muitos pontos, ressaltando, inclusive, a importância das relações de saúde.<sup>23</sup> Atualmente, tais direitos estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal e são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Para Magalhães:

Os direitos sociais são, portanto, aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais.<sup>24</sup>

Ao verificar tais ponderações, entende-se que o Estado deve se esforçar para garantir uma vida digna à sua população. Cabe ressaltar, que ao dizer que os direitos devem ser oferecidos a toda população para que cada pessoa possa

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

<sup>21</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 46-47.

<sup>22</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009., p. 49.

<sup>23</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 51-53.

<sup>24</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000, p. 221.

viver de maneira livre, José Luiz Quadros de Magalhães remete novamente ao direito de primeira dimensão, que é o de liberdade. Sabe-se que muito se foi utilizado o termo geração, ao realizar esta divisão dos direitos fundamentais, mas atualmente o termo dimensão é o mais apropriado, visto que a ideia é de evolução dos direitos. Pois bem, após esta breve conclusão, cabe ressaltar então que ao aplicar os direitos de segunda dimensão, o Estado está a garantir também os direitos de primeira geração.

Menciona-se ainda, que os direitos sociais ao atenderem às necessidades individuais do ser humano contemplam seu caráter social, pois, uma vez não atendidas às necessidades de cada um, seus efeitos/causa recaem sobre toda a sociedade.<sup>25</sup> Diante deste excelente raciocínio de Maliska, é nítido observar que é dever do Estado, garantir a todos, sem exceções, o cumprimento dos direitos sociais, para que não prejudique toda uma sociedade, que voluntariamente ou involuntariamente deposita sua confiança e esperança em um Estado digno<sup>26</sup>.

O artigo 6º da CF, ao definir o que são direitos sociais, define também de maneira explícita, o que vem a ser viver com dignidade, pois se torna impossível afirmar que o Estado deve garantir que toda pessoa viva com dignidade, sem que garanta, através de recursos, o mínimo necessário. O artigo 5 § 1º diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Significa dizer que:

Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.<sup>27</sup>

Isto se dá ao fato da relevância dos direitos fundamentais e da necessidade de eficácia destes.

Em relação à saúde, a Constituição normatiza em seu artigo 196, saúde como direito fundamental, e segundo o artigo, é essencial, é o mínimo que o cidadão necessita para viver com dignidade e é um dever do Estado. Mas ao dizer

---

<sup>25</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 46-58.

<sup>26</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 58.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

sobre saúde, é necessário saber que não apenas a saúde física deve estar em pauta, mas também a saúde psíquica. Havia o entendimento que saúde era ausência de doença, conforme demonstram Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno.

Conceituar saúde como ausência de doença era um bom modelo para abordar as infecções, mas não se mostrou um bom modelo com o aparecimento de doenças crônicas e no período pós-guerra, quando buscou-se qualidade de vida e bem-estar.<sup>28</sup>

Após esta reflexão, pode-se notar que o conceito saúde, não é apenas o indivíduo não ter literalmente nenhum problema de saúde, pois se fosse isso, seria um conceito muito superficial e errôneo, visto que limitaria muito a visão do Estado sobre a população ter ou não boas condições de saúde. Partindo de uma visão mais ampla, deve-se analisar o modo como o indivíduo vive e as circunstâncias que decorrem para que ele tenha uma boa saúde.

Compartilham desta opinião, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior ao afirmar que “parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois diversos outros aspectos devem ser considerados”.<sup>29</sup>

Bem se sabe que a realidade no Brasil não é tão plana assim, há muitos altos e baixos em relação à saúde. Milhares de pessoas sofrem com a falta de recursos para seus tratamentos e outros milhares de pessoas trabalham para que seus tratamentos possam ser pagos. Se esta situação ocorre no Brasil é porque algo está sendo desrespeitado na Constituição Federal, haja vista que o dever é do Estado e não da população, como diz o artigo 196 da Constituição Federal.

---

<sup>28</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011, p. 5.

<sup>29</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 7.

### 3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste capítulo estuda-se a evolução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, definindo qual Constituição mais protegeu esses direitos. Foi abordada a questão da fundamentalidade dos direitos fundamentais, bem como o seu aspecto positivo e negativo de defesa. Considerando que os direitos fundamentais possuem limites, este capítulo visa definir quais são esses limites.

Voltando um pouco ao passado, conclui-se que nem todas as Constituições brasileiras trataram tão bem dos direitos sociais. Na história do país encontram-se apenas três Constituições com características de Estado Social.

Ainda de modo bem precário, pois a escravidão era prevista na Constituição de 1824, a Constituição do Império, trata em seu artigo 179 (XXIV) sobre direitos sociais e ainda afirmava que era permitida a proibição de certas atividades se estas fossem contra a segurança e a saúde. Desde aquela época, mesmo se tratando de um período monarquista, a Constituição previa o exercício de direitos sociais, como estes que retratam o artigo. Era ainda declarada que todos eram iguais perante a lei, trazendo a ideia de que todos mereciam especial atenção, propondo então que o estado tomasse medidas que visassem uma garantia de cumprimento de tais direitos. Com enfoque à saúde, estabelecia em seu artigo 179 (XXXI), que todo cidadão era digno de socorros públicos, ou seja, digno de uma saúde em que o Estado deveria ser o responsável por proporcionar isto. Estabelecia alguns direitos e garantias, como trata a seguir:

Por forte influencia das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de constitucionalismo liberal”. Afirma Celso Bastos que “o liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o sistema social.”<sup>30</sup>

A Constituição de 1891, primeira Constituição da República, vigorou até 1930, sofrendo algumas reformas em 1926. Foi somente após a Emenda Constitucional de 1926, que o artigo 72 passou a assegurar aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. “Houve prevalência de proteção

---

<sup>30</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos do que vai ser sentido no texto de 1934”.<sup>31</sup>

A próxima Constituição é a de 1934, com Getúlio Vargas no poder, após o golpe, trazendo uma abrangência de direitos sociais. Foram pensados após o movimento de 1929, momento de crise econômica para o Brasil e o mundo, fazendo com que a população vivesse com dificuldades financeiras.

Vários direitos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da ordem econômica e social (título IV), da família, educação e cultura (título V) e da segurança nacional (título VI). Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista.<sup>32</sup>

A Constituição de 1937, apenas para uma breve explanação, não possuiu qualquer tipo de direitos sociais, muito pelo contrário, os que já existiam foram barrados, permitindo até mesmo o uso da tortura para repreender. “Foi declarado estado de emergência (art.186), que, suspendendo direitos e garantias individuais, só veio a ser revogado pela Lei n. 16, de 30.11.1945”.<sup>33</sup>

A Constituição de 1946, criada após a Ditadura Vargas, buscou-se inspiração na Constituição de 1934 e os direitos sociais voltaram ao texto Constitucional. Vigorou por vinte e um anos, até o golpe militar, em 1964 e foi substituída pela Constituição de 1967. Esta Constituição de 1967 não trouxe nada inovador para o país, apenas uma maior eficácia dos direitos dos trabalhadores, conforme afirma Pedro Lenza.<sup>34</sup>

Finalmente, a Constituição de 1988 é caracterizada pelo Estado Social, onde ocorre a intervenção estatal nas relações particulares da sociedade, com finalidade de garantir a igualdade material entre os indivíduos, não bastando apenas a igualdade formal, que é suficiente para satisfazer o Estado Liberal. Os direitos sociais estão previstos essencialmente no artigo 6º da Constituição Federal.

Após esta análise, vê-se então, que o direito fundamental à saúde está previsto entre os mais importantes textos consagrados na Constituição Federal de

<sup>31</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

<sup>32</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125.

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

<sup>34</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

1988. Conforme afirma Pedro Lenza<sup>35</sup> a Constituição de 1988 traz uma grande e importante separação de ordem econômica e social. A ordem econômica está prevista no título VII e a ordem social foi deslocada para o título II.

Ainda sobre a Constituição Federal de 1988, em relação aos direitos fundamentais, são divididos em objetivos e subjetivos. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser subjetivos, no âmbito de ser uma prerrogativa do que pode o cidadão exercer ou podem ser objetivos, no sentido de guiar o Estado para uma melhor atuação.<sup>36</sup>

Os direitos fundamentais evoluíram de acordo com o momento histórico em que se encontravam, visando a prevalência de uma vida humana digna. Com a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais novamente foram marcados historicamente, haja vista a incumbência agora atribuída ao Estado de zelar e proteger a vida de todos, sem distinção, já que era possuidor de aparelhagem para concretização dos direitos da sociedade.<sup>37</sup>

Conforme se observa, os direitos fundamentais são necessários para o indivíduo ter uma vida digna, visto que nem sempre isto foi possível. E observa-se também a extrema relevância da atuação do Estado, para concretizar os direitos fundamentais.

### 3.1 Fundamentalidade do Direito à Saúde

Em um breve levantamento histórico sobre a evolução do direito à saúde, é válido ressaltar que na idade média, a doença era tida como um castigo divino, cabendo aos padres, responsáveis por realizarem os milagres, curar os doentes. Este era o entendimento.<sup>38</sup> Continuou-se ainda com este entendimento, pois pouco antes da época industrial, os enfermos eram mantidos em hospitais, mas não para se curarem e sim para ficarem isolados, visto que dessa forma não haveria

---

<sup>35</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

<sup>36</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 13.

<sup>37</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011, p. 2.

<sup>38</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011, p. 4.

risco de contaminação. Com a Revolução Industrial, tudo foi alterado, e ocorreu a mudança do trabalho artesanal para o assalariado e o uso de máquinas.

Todavia, o que mais motivou esta revolução, foram às péssimas condições que viviam os trabalhadores, sendo obrigados a trabalharem por muitas horas e ganhando um salário extremamente baixo. Diante desse cenário lamentável, os trabalhadores se revoltaram e deram início às manifestações, e com isso “a Revolução industrial deve ser considerada marco histórico no tocante do desenvolvimento do direito à saúde, o que perdura até os dias atuais, sempre em busca da efetividade e reconhecimento desse direito”.<sup>39</sup> Após a Revolução, os trabalhadores passaram a ter melhores condições de vida, se preocupando então com a saúde, e diante disto, ocorreu o desenvolvimento dos hospitais, retirando a ideia de que hospital era para isolar os doentes e não tratá-los.

O direito à saúde, direito de segunda dimensão, positivado principalmente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, como direitos sociais, causam uma divergência no tocante a fundamentalização. Sem sombra de dúvidas a Constituição de 1988 é a que prevê expressamente os direitos fundamentais “especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.<sup>40</sup> Em relação ao aspecto formal, considerando os que estão previstos no artigo 5º da CF, Canotilho os define como:

i) enquanto normas consagradoras de direitos fundamentais, as normas fundamentais são colocadas em um grau hierárquico superior em relação às demais normas da ordem jurídica; ii) encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; iii) passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; iv) gozam de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituindo parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.<sup>41</sup>

Em relação ao aspecto material, deve-se observar o seu conteúdo<sup>42</sup>. A Constituição prevê em seu parágrafo segundo que os direitos ali previstos não

---

<sup>39</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011, p. 5.

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 376

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75

excluem outros decorrentes de princípios ou tratados internacionais que o Brasil faça parte. Ou seja, não importa onde está previsto, desde que vise à garantia da dignidade da pessoa humana.

Com base nisto, Cibele Gralha Matheus afirma:

Ora, se a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, como objetivos da República Federativa do Brasil, são todos princípios fundamentais no âmbito brasileiro, não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam materialmente fundamentais. Assim sendo, tanto formal como materialmente, os direitos sociais merecem a qualificação de fundamentais.<sup>43</sup>

Tanto formal como materialmente, os direitos sociais são fundamentais, pois como a própria autora citou, se a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, como dizer o contrário sobre os direitos sociais, que visam à efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há um entendimento minoritário e que não deve ser seguido, no sentido de que os direitos sociais não são fundamentais, isso porque os direitos sociais necessitam de uma intervenção do Estado para se tornarem efetivos, o que iria contra a ideia do Estado Liberal, defendido pelo grande jurista Hayek, conforme menciona Cibele Gralha Mateus.<sup>44</sup> Mas, vale ressaltar, este entendimento não predomina no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, é pertinente uma breve análise sobre o que vem a ser dignidade da pessoa humana, pois é um assunto que todos conhecem, mas ainda assim gera uma complexidade para a doutrina conceitua-la.

Em relação ao que significa a dignidade da pessoa humana, a Cf/88 não diz expressamente o seu significando, limitando-se apenas em mostrar a importância. Veja-se no artigo 1º, inciso III que diz que um dos fundamentos da Constituição é a proteção à dignidade da pessoa humana. É realmente garantir uma vida digna à pessoa humana, e Fredie Didier Jr. diz ainda que não somente a pessoa humana, mas também a pessoa jurídica, ao nascituro etc. Este princípio é

---

<sup>43</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57-58.

<sup>44</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53.

tão necessário para os outros princípios, visto que a proteção à dignidade da pessoa humana deve estar acima no momento da construção de um princípio.<sup>45</sup>

### **3.2 O Direito à Saúde Como Direito Social de Defesa e Direito de Prestação em Relação a Sua Fundamentação.**

Os direitos sociais, como a saúde, correspondem a um aspecto negativo e positivo. Ou seja, de defesa e de prestação.

Os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado.<sup>46</sup>

Ingo, com base na proposta feita pelo germânico Dieter Murswiek, dividiu as prestações estatais em quatro grupos:

a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino. b) subvenções materiais em geral. c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social, como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água... d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido da quota-parte), em recursos naturais de domínio público.<sup>47</sup>

O direito à saúde é classificado como prestações sociais em sentido estrito. E isto quer dizer que o Estado deve se programar para que apresente melhorias e boas condições que garantam à população viver com a dignidade necessária. O direito à prestação pode ter várias classificações e uma delas é em relação ao seu objeto. Isto se deve ao fato de que os direitos às prestações podem ser materiais ou fáticos e podem ser normativos ou jurídicos. Em relação aos primeiros “são os direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de que lhes

<sup>45</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v.1. p. 79.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 283.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 284.

forneça determinadas prestações materiais. Tal é o caso, por exemplo, quando se fala de direitos ao trabalho, habitação, cuidados médicos, intervenção policial”.<sup>48</sup>

Partindo deste entendimento, presume-se que as prestações materiais são aquelas em que o Estado disponibiliza regulamentos para que o indivíduo possa alcançar a sua dignidade, através de cuidados médicos, por exemplo. Já em relação à segunda, “são direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de que este elabore normas ou pratique atos jurídicos”.<sup>49</sup>

Com isso, não basta que esteja previsto que o cidadão possua direitos a cuidados médicos, é necessário que o cidadão tenha isso em suas mãos, que ele utilize estes benefícios, através de normas, por exemplo.

Alguns autores, como Ingo, trazem em suas doutrinas a expressão direito de prestação, que de tal modo se entende como direitos positivos. “Los derechos de prestaciones son derechos de los titulares de derechos fundamentales frente al Estado, para que éste lo proteja”<sup>50 51</sup>. Antes de saber o que vem a ser direitos prestacionais, é necessário afirmar que esta não é a única terminologia, existindo quem a chame de direitos de participação ou direito de quota-parte, conforme afirma Ingo.<sup>52</sup>

Ainda na mesma linha de raciocínio, afirma que os direitos prestacionais são os direitos ao acesso e à utilização das prestações fornecidas pelo Estado e ao utilizar a terminologia de direitos de participação, amplia o seu conceito, pois além de serem direitos ao acesso e à utilização das prestações do Estado, são também direitos que incluem a participação na vontade Estatal.

Além disso, é imprescindível a participação de particular para a efetivação do direito à saúde, visto que sozinho talvez o Estado não consiga controlar todas as demandas, que diariamente merecem atenção, pois vale ressaltar que o Estado precisa de muitos “olhos”.

---

<sup>48</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 89.

<sup>49</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 87.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 435.

<sup>51</sup> Os direitos prestacionais são direitos dos titulares de direitos fundamentais frente ao Estado, para que este o proteja (tradução nossa).

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 186.

A dimensão prestacional implica uma atitude positiva, por parte, em regra, do poder Estatal, que tem o dever de realizar prestações ou possibilitar que elas sejam realizadas com o intuito de proporcionar uma vida digna para a população. Nesse passo, é mister adentrarmos na questão de que muito embora o Estado seja, por assim dizer, sujeito passivo desta relação, os particulares e entidades privadas não ficam indiferentes a esta realização, podendo e, até mesmo devendo, colaborar para a efetividade do direito à saúde.<sup>53</sup>

A Constituição é muito clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito, que corresponde ao princípio da inafastabilidade do judiciário. Daniel Amorim afirma que o interessado em provocar o poder judiciário em razão de lesão ou ameaça de direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito.<sup>54</sup> Ademais, os direitos prestacionais, principalmente os direitos em sentido estrito, também possuem eficácia imediata, o que significa que:

Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.<sup>55</sup>

Os direitos prestacionais em sentido estrito devem seguir a lógica do mínimo existencial, o que significa dizer que os direitos jamais podem ser concedidos abaixo do mínimo existencial. Se estes direitos não forem realizados no âmbito interno, eles poderão, em caráter subsidiário, ser requeridos através da Convenção Internacional, por exemplo.<sup>56</sup> Em relação aos direitos de defesa, ou seja, direitos negativos, a doutrina não é muito pacífica ao concluir quais são estes direitos de defesa, já que de um lado temos que o direito à saúde é um direito de defesa<sup>57</sup> e, de outro lado temos, “que os direitos de defesa são os direitos de

<sup>53</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 78.

<sup>54</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodium, 2017, p. 89.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

<sup>56</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83.

<sup>57</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 72.

primeira dimensão, como é o caso da liberdade, da vida, da propriedade”.<sup>58</sup> Ingo Wolfgang Sarlet afirma ainda que:

Importa consignar que estes não se limitam apenas às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos.<sup>59</sup>

Analisa-se então o outro ponto de vista em relação ao direito de saúde, portanto, considera-se aqui que ele seja direito de defesa.

Cibele Gralha Mateus afirma que:

A dimensão negativa do direito à saúde pode ser verificada a partir do impedimento, abstenção de ações que possam resultar em algum prejuízo à mesma. Exemplificamos: no âmbito fático, iremos chamar assim, ou seja, no que diz com a conduta a ser adotada, pode-se considerar como manifestação da dimensão negativa do direito à saúde a proibição de tratamentos experimentais sem a expressa anuência do paciente.<sup>60</sup>

Pois bem, esta parcela da doutrina acredita que os direitos negativos são aqueles em que o Estado não pode agir, não pode realizar uma ação que possa por em risco o direito à saúde. Os direitos de defesa são “derecho frente al estado para que este se encargue de que terceros omitan intervenciones”.<sup>61</sup> “O Estado realiza prestações (processo judiciário, lei) no sentido de garantir a esfera negativa dos direitos, o que, conforme já foi tratada, a existência da dimensão negativa”.<sup>63</sup>

Com isso, cabe concluir que o direito negativo, de defesa, necessita da intervenção de um direito positivo, de prestação, para que possa obter eficácia.

### 3.3 Limites dos Direitos Fundamentais

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Edit.). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 143.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 169.

<sup>60</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 72.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 441.

<sup>62</sup> Direito frente ao estado para que este se encarregue de que terceiros omitam intervenções (tradução nossa).

<sup>63</sup> MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71.

Os direitos fundamentais, por serem essenciais à dignidade da pessoa humana, remete a ideia de que são absolutos. Mas não, os direitos fundamentais possuem limites. Por estes limites violarem os direitos essenciais ao ser humano, eles devem ser restringidos pela própria Constituição, pois somente ela pode restringir através de normas legais ou por força de colisão.<sup>64</sup>

A colisão pode ser entre os próprios direitos fundamentais, entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Uma breve análise sobre como acontece à colisão e como resolvê-las. “A colisão entre os próprios direitos fundamentais está em analisarmos o direito à vida privada e o direito à imagem, como ocorre com os grandes artistas da televisão, por exemplo. Qual direito prevalece?”<sup>65</sup>

Em relação à colisão dos direitos fundamentais com outros valores constitucionais, esses “outros valores” devem ser de tal modo valores expressamente protegidos pela própria Constituição, que decorrem muitas vezes dos direitos fundamentais, como o fato de o direito à propriedade poder colidir com o bem jurídico que é o patrimônio cultural.<sup>66</sup>

Sobre a restrição por normas legais, Alexy em seu livro teoria dos direitos fundamentais, demonstra que “as restrições de hierarquias constitucionais são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais”.<sup>67</sup>

Em relação às restrições diretamente constitucionais, conclui-se que estas restrições estão internamente previstas em cada direito, sendo o caso da exceção, via de exemplo. Se verificar, à título exemplificativo, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, em relação à liberdade, o individuo pode sim ser privado, como ocorre no caso da prisão temporária.

---

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 392.

<sup>65</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 93-94.

<sup>66</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 94.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

No campo das restrições indiretas, que são as restrições infraconstitucionais, estabelecidas por lei, há de se enfrentar o problema das reservas legais.

As reservas legais por sua vez costumam ser classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição [...] As reservas legais qualificadas têm como traço distintivo a fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Ou seja, no caso das reservas legais simples, é quando a Constituição apenas exige que a restrição seja prevista em lei. Um exemplo no artigo 5º VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Em relação às reservas qualificadas, a Constituição não apenas exige que a restrição esteja prevista em lei, mas também estabelece condições especiais para estas restrições, como exemplo, o artigo 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em relação à reserva de lei, Edilson Pereira de Farias conceitua que:

Os direitos fundamentais, que possuem pelo menos uma reserva de lei, podem ser tranquilamente comprimidos sobre outro direito. Aos direitos fundamentais que não possuem reserva de lei, fica a critério dos juízes e tribunais resolverem tais questões.<sup>69</sup>

Diante dessa situação, é necessário saber se as normas de direitos fundamentais são princípios ou regras, pois diante de uma colisão, os juízes e tribunais saberão como agir.

Ao considerar que as normas de direitos fundamentais são regras, é preciso entender que “o conflito entre estas só poderá ser solucionado se introduzir

---

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 401.

<sup>69</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 95.

uma cláusula de exceção em uma das regras, de modo a eliminar o conflito ou por meio da declaração de invalidade de uma das normas”.<sup>70</sup> Isto porque as regras são fundamentadas no “tudo ou nada”.

Há quem entenda também que para resolver um conflito de regras utilizam-se os critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. Ao critério cronológico, deve ser utilizada a norma posterior, mas não há esta diferenciação em relação aos direitos fundamentais, visto que todos os direitos estão previstos na Constituição Federal em um mesmo momento. Em relação ao critério hierárquico, ou seja, hierarquia das normas, não existe um direito fundamental superior ao outro, todos estão no mesmo nível.

Por fim, o critério da especialidade também não se enquadraria aqui, haja vista que a especialidade é definir qual a norma geral e qual a norma especial e aplicar a norma especial ao caso concreto, mas isto não é possível no caso dos direitos fundamentais, onde todos são definidos como gerais.<sup>71</sup>

Para os que entendem que os direitos fundamentais são princípios, ocorrendo à colisão entre eles:

Um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem predominância em face do outro sobre determinadas condições.<sup>72</sup>

Isto se deve ao fato dos princípios serem mais flexíveis, diferente das regras, possibilitando ao analisar o caso concreto, ponderá-los. “Los principios son normas de un grado de generalidade relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidade”.<sup>73 74</sup>

Muito embora existam vários entendimentos contrários, segue-se a definição de que os direitos fundamentais são classificados como princípios, em que

---

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92

<sup>71</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 97.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

<sup>74</sup> Os princípios são normas de um grau elevado de generalidade, e regras são normas com um grau relativamente baixo de generalidade (tradução nossa).

é possível ponderá-los, pois ocorrendo colisão, um direito fundamental pode sim predominar sobre outro.

## 4 RESERVA DO POSSÍVEL

Este capítulo visa definir o que é a reserva do possível, o modo que deve ser utilizado e claro, nunca se esquecendo do mínimo existencial, que é imprescindível para se viver com dignidade.

### 4.1 Conceito

A reserva do possível surgiu na Alemanha, após dois estudantes tentarem estudar em uma Universidade Pública e não conseguirem, revoltando-se ao fato de que existia limitação de vagas. A partir disto, o Estado Alemão alegou que o Estado não possuía recursos para atender a demanda de todos os alunos. A teoria da reserva do possível deita raízes nas formulações do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, especificamente em acórdão que cuida de reclamação de cidadão alemão quanto às restrições quantitativas de acesso ao ensino superior da medicina.<sup>75</sup> A Alemanha, após a segunda guerra mundial, nasceu pensando em atender as condições mínimas da população. Então, a Alemanha ao alegar a reserva do possível, elimina os abusos, excessos, pois possuem condições mínimas para isto.

A reserva do possível é uma matéria de defesa alegada pelo Estado, exclusivamente. Não cabe ao particular alegá-la para se defender de uma dívida.<sup>76</sup> Além do mais, existem duas espécies de reserva do possível, como observa-se abaixo:

Tem-se falado de duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio de cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo.<sup>77</sup>

Após esta breve análise sobre as duas espécies de reserva do possível, é necessário avaliar cada uma das espécies.

---

<sup>75</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009, p. 173.

<sup>76</sup> 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, p. 58.

<sup>77</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A defesa da saúde em juízo.** São Paulo: Verbatim, 2009, p. 94.

Sobre a reserva do possível fática, em que não existe nenhum recurso para que determinado direito seja consolidado, é preciso observar que o Estado possui limites em relação aos seus gastos, pois se sabe que ele não pode cobrar impostos sem consentimento da população, ou solicitar de maneira desregular seus bens,<sup>78</sup> e conforme este entendimento, por possuir limites aos gastos, não é possível que se fale que há dinheiro nos cofres públicos para impor despesas que não estavam previstas. Fabiana Okchstein Kelbert afirma em seu livro sobre a reserva do possível, que se deve observar como os recursos são distribuídos.

Além disto, o vazio nos cofres públicos caracteriza ausência de recursos econômicos, existindo também a ausência de recursos humanos, materiais, como a falta de médicos.<sup>79</sup>

Desse modo, a reserva do possível fática é aceita, partindo da premissa que o estado possui limites e não tem como extrapolar-lo. Mas é necessário observar em como o Estado distribui os recursos, pois muitas vezes situações desnecessárias consomem os recursos que poderiam ser mais úteis para o cumprimento de determinados direitos fundamentais.

A reserva do possível jurídica, que verifica a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo, como disse o referido autor, aponta que não deve ser motivo para uma defesa do Estado, pois significa que os recursos existem, mas por algum motivo não estão disponíveis e não podem ser utilizados.<sup>80</sup>

É a situação da falta de previsão orçamentária para um determinado gasto, e isso não pode ser motivo para que os direitos fundamentais não prevaleçam. “Não se trata de menosprezar o orçamento, mas tão somente de não deixar argumentos formais de sobreporem à materialização da essência da Constituição.”<sup>81</sup>

Nesta mesma linha de raciocínio, Ingo Wolfgang entende que a reserva do possível possui uma natureza tríplice, pois abrange a disponibilidade fática, jurídica e a questão da proporcionalidade.

<sup>78</sup> 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, p. 160.

<sup>79</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79.

<sup>80</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

<sup>81</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

Veja-se:

- 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 [...];
- c) já na perspectiva 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”.<sup>82</sup>

Quando um autor entra com uma ação contra o Estado, pleiteando alimentos, por exemplo, cabe ao Estado, ao alegar a Reserva do Possível, provar que não possui recursos, segundo a Súmula TJRJ Nº 241 “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas Constituição”. Ao observar esta Súmula, é nítido que não ocorre aqui a inversão ao ônus da prova, isto porque não caberia ao autor provar se o Estado tem condições para arcar com um tratamento de saúde, por exemplo. É inviável. “Ao Estado compete provar a presença de situação casuística ensejadora da “reserva”, sem qualquer possibilidade de se inverter ou de se distribuir de maneira dinâmica este ônus probatório”.<sup>83</sup>

#### 4.2 Excepcionalidade da Reserva do Possível

A reserva do possível possui em grau máximo a excepcionalidade, podendo o Estado ser prejudicado ao alegá-la, no sentido de que se alegasse a reserva do possível sem nenhum fundamento, não sendo cabível ao caso em questão, ele seria considerado revel.<sup>84</sup> Infelizmente no ordenamento jurídico brasileiro, a reserva do possível tem sido arguida com muita frequência, diminuindo a credibilidade estatal, pois como é uma alegação que se tornou habitual, há resquícios de dúvidas sobre sua veracidade. Em situações urgentes o cidadão deve requerer as tutelas provisórias, especialmente a tutela provisória de urgência antecipada. Então, no caso de necessitar de remédios ou de uma cirurgia, o cidadão

<sup>82</sup> 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, p. 30.

<sup>83</sup> 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, p. 59.

<sup>84</sup> 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, p. 60.

alega a tutela antecipada e provavelmente terá acolhido seu direito. A questão é que um requisito específico da tutela antecipada é justamente a reversibilidade, ou seja, voltar ao estado anterior, caso a alegação seja inverídica. Ocorre que existem situações em que não há tempo para verificar se o caso é grave ou não, pois há o risco do cidadão falecer. Para estes casos a justiça concede a tutela antecipada, sem que haja a possibilidade da reversibilidade, sofrendo o Estado a consequência de ter gastos irrelevantes para o momento, pois em muitos casos a situação não era tão urgente como parecia.

### 4.3 Reserva do Possível e Mínimo Existencial

Para que possamos entender qual a ligação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, é necessário entender o que é o mínimo existencial.

É fato relevante que o mínimo existencial surgiu diante da dificuldade de efetivação dos direitos sociais.<sup>85</sup> Entende-se como mínimo existencial o conjunto de condições que o homem possui para que seja assegurada a sua dignidade, sem que a faixa limite do Estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.<sup>86</sup> O mínimo existencial é extremamente necessário para garantir a dignidade da pessoa humana, princípio muito consagrado na doutrina. Além do mais, a ideia de “mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser realizado ou protegido, de modo que sobre ele não recaiam os limites impostos pela reserva do possível”.<sup>87</sup>

Rafael José Nadim de Lazari discute sobre a possibilidade de o Estado alegar o mínimo existencial ao invés da reserva do possível, em uma situação de procedência parcial, em que o erro foi que o particular pleiteia o excedente ao limite de subsistência.<sup>88</sup> A resposta para a referida questão é que este instituto é exclusivo do particular, pois o mínimo existencial pertence ao ser humano, no sentido de que todo cidadão tem consigo um mínimo de direitos para sobreviver. Uma questão interessante é se o Judiciário poderia agir de ofício ao reconhecer o mínimo existencial. Ao analisar a situação, Rafael demonstra que excepcionalmente o juiz

<sup>85</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p.44

<sup>86</sup> 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, p. 92.

<sup>87</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 102.

<sup>88</sup> 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, p. 92.

poderia agir de ofício, com base no ativismo judicial.<sup>89</sup> “O mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana”.<sup>90</sup>

Ana Carolina Olsen, de maneira muito simples e clara relaciona o mínimo existencial com os direitos sociais.

Nestes termos, como já observado, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo, na sua esfera jurídica subjetiva, direitos correspondentes às necessidades básicas de todo homem, como saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos relacionados à sua dignidade social, como a educação, os direitos de natureza trabalhista, dentre outros. Todos estes direitos, em maior ou menor grau, relacionam-se com a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe uma materialidade concreta e específica.<sup>91</sup>

O mínimo existencial protege a dignidade da pessoa humana, através dos direitos sociais prestacionais, quais sejam, aqueles que exigem uma prestação do Estado para se realizarem. É fato que o mínimo existencial é inerente ao homem e, “a teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram a possibilidade de restrição válida”.<sup>92</sup>

Como o mínimo existencial protege a dignidade da pessoa humana, não são direitos que podem ser restringidos e o Estado, mesmo diante de uma reserva do possível fática, deve inclui-los dentro das limitações estabelecidas.

#### 4.4 Posições

Este próximo tópico abordará os posicionamentos de alguns autores, que se mostram contra e a favor da reserva do possível.

<sup>89</sup> 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, p. 97.

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24.

<sup>91</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 357.

<sup>92</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 176.

#### 4.4.1 Contra a reserva do possível

Como já foi dito anteriormente, o Brasil não possui condições para a reserva do possível, pois não nasceu preparado para isto, e ao alegar a reserva do possível, poderia deixar de fazer algo que fosse necessário para a população. Eis também o entendimento de que a reserva do possível é utilizada como impedimento à concretização dos direitos sociais e o Estado só poderia oferecer tais direitos, como a saúde, se houvesse recurso.<sup>93</sup> O fator importante é que a “a reserva do possível não pode servir de óbice à concretização de direitos fundamentais, já que a Constituição Federal não deixou ao administrador margem para a discricionariedade quanto à matéria”.<sup>94</sup>

Sobre o entendimento acima, Vidal Serrano Nunes Júnior pontua que, “assim, se a lei, em sua acepção lata, prescreve a seus destinatários determinados direitos fundamentais sociais, que, de sua vez, correspondem a uma determinação de agir ao Estado, este, em princípio, deve, por seus agentes, cuidar de realiza-la”.<sup>95</sup>

O que os autores querem dizer é que se a Constituição de 1988, em seu artigo 6º prevê os direitos fundamentais, é dever do Estado, sem reservas, cumpri-los.

Vidal Serrano Nunes Junior ainda complementa que ao pensar na ideia de que os recursos públicos são limitados e não poderiam atender a todas as demandas, ficaria a população a mercê da discricionariedade administrativa do Estado, pois, a população buscaria, por meios judiciais, a prestação de determinado direito social e deveria esperar a boa vontade do Estado.<sup>96</sup>

É de se pensar que o Brasil não se encontra em uma situação de pobreza extrema, possuindo recursos para outras situações, que, para um olhar crítico, se mostram desnecessárias. O que acontece é que talvez o Brasil apenas não está sabendo analisar proporcionalmente no momento de distribuir tais recursos.

---

<sup>93</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012, p. 116.

<sup>94</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012, p. 116.

<sup>95</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 171.

<sup>96</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 173.

Américo Bedê Freire Junior destaca que:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.<sup>97</sup>

O Tribunal de Justiça do Pará possuiu entendimento semelhante ao que o referido autor possui.

TJ-PA - MANDADO DE SEGURANÇA MS 201330110771 PA (TJ-PA)

Data de publicação: 11/11/2014

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - HIPERPLASIA DE PRÓSTATA - TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - NÃO INCIDÊNCIA - GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL - PRECEDENTES DO STJ - EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA - ARTIGOS 5º, 6º E 196 DA CF/88 .

1) Devidamente comprovada, por prova pré-constituída, a existência de direito líquido e certo postulado de ser submetido ao procedimento cirúrgico de que necessita para tratamento da patologia diagnosticada como Hiperplasia de Próstata, através dos documentos carreados aos autos; 2) Não incidência da Teoria da Reserva do Possível, posto que a questão enfrentada versa sobre proteção à saúde, a dignidade da pessoa humana e à vida, situando-se esta acima de qualquer outro bem jurídico. Precedentes do STJ. Segurança concedida para confirmar a liminar deferida.

Complementa ainda o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

TJ-MS - Apelação APL 08005252720158120029 MS 0800525-27.2015.8.12.0029 (TJ-MS)

Data de publicação: 09/11/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO – DIREITO À SAÚDE – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 196 DA CF – LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E TEORIADA RESERVA DO POSSÍVEL – TESES AFASTADAS – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, é dever dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) prestar de forma solidária (art. 23, II, CF) a assistência integral à saúde de toda coletividade, devendo disponibilizar consulta, tratamento e medicação própria ao perfeito cumprimento desta obrigação. Comprovada a necessidade do substituído submeter-se a tratamento fisioterápico, deve o Estado fornecê-lo, porquanto todas as pessoas têm direito à saúde. A alegação de limitação orçamentária e cláusula da reserva do possível, não justifica a omissão do Poder Público, sem demonstração objetiva da impossibilidade, uma vez que se trata de direito subjetivo fundamental constitucionalmente previsto, que deve ser atribuído o sentido de maior eficácia a fim de conferir o mínimo existencial.

O que as ementas acima mencionam, é que se determinada questão versa sobre a proteção da saúde, possui relação direta com o direito à vida, que é

<sup>97</sup> FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê, **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 280.

um bem jurídico acima de qualquer outro, e o Estado não poderia alegar a reserva do possível. Além do mais, ao utilizar a tese da reserva do possível, seria necessário se pautar em demonstrações objetivas, explicativas, para que pudesse convencer o judiciário, diante de uma situação extrema.

Por fim, Sarlet menciona que:

O direito à segurança jurídica, por sua vez, constitui apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança, já que este, para além da segurança jurídica, abrange um direito à segurança pessoal e social, mas também um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares.<sup>98</sup>

Ou seja, Constituição zela pelos direitos fundamentais, pela proteção preferencial aos direitos fundamentais, pois uma vez concedido um direito fundamental, é proibido retroceder, ou seja, retirar este direito do cidadão e, ao alegar o princípio da reserva do possível, o Estado contrapõe o princípio da proibição do retrocesso.<sup>99</sup>

#### 4.4.2 A favor da reserva do possível

Ao pensar por outro lado, conforme Fabiana Okchstein Kelbert demonstra a necessidade de alegar a reserva do possível diante de uma desproporcionalidade, ao que chama de dimensão negativa da reserva do possível. Pois veja, o Estado não possui recursos para satisfazer todos os direitos fundamentais e ao satisfazer algum destes direitos, poderia comprometer todos os outros.

Portanto, para a autora é perfeitamente possível alegar a reserva do possível diante de uma situação em que para satisfazer uma prestação, prejudicasse todas as outras. É um típico caso de desproporcionalidade<sup>100</sup>, caracterizando uma limitação de direitos individuais em face da coletividade.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433.

<sup>99</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97.

<sup>100</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

<sup>101</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

Como foi visto, a reserva do possível segundo a referida autora, deve atender a proporcionalidade, então, não é correto conceder direitos que possam prejudicar outros, em relação à coletividade. Além da proporcionalidade, é válido destacar que os direitos fundamentais, precisamente os direitos sociais de segunda dimensão, uma vez concedidos, não podem ser retirados das pessoas, pois garante a segurança jurídica.

Veja-se o que diz algumas ementas:

TRF-5 - Agravo de Instrumento AGTR 67336 PB 0008842-80.2006.4.05.0000 (TRF-5)  
 Data de publicação: 14/03/2007  
 Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MAL DE PARKINSON. MEDICAMENTOS ESPECIAIS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. REGULARIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA POSSÍVEL. INCIDÊNCIA. SEQÜESTRO DE VERBA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. IMPROVIMENTO. 1. Comprovada pelo ente federativo estadual a atual regularização no fornecimento da medicação excepcional para os portadores do Mal de Parkinson, incabível o seqüestro de verba pública para atender a esse propósito. 2. O atendimento aos direitos sociais se sujeita ao princípio da reserva do possível, estando o seu adimplemento limitado às possibilidades orçamentárias do Estado.

A ementa possibilitou a aplicação da reserva do possível, estando o cidadão sujeito às possibilidades orçamentárias do Estado. Percebe-se que esta ementa está voltada à coletividade, pois visualiza os limites orçamentários de modo que possa atender a todos:

TJ-PE - Agravo AGV 3568930 PE (TJ-PE)  
 Data de publicação: 11/03/2015  
 Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGENTE DE SEGURANÇA PATRIMONIAL. MUNICÍPIO DE PETROLINA. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA E SAÚDE. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECUSO DE AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A municipalidade não questionou a existência do direito do autor, limitando-se apenas a advertir a escassez de recursos públicos para honrar o pagamento da gratificação pleiteada. [...]

Não é que o Estado não reconheça a existência do direito do autor, é que embora reconheça, não possui recursos para efetivá-los. Isso pode ser motivado por diversas questões, como uma inversão de necessidade, em que embora o Estado saiba que a concessão de um direito é necessária, como já concedeu outros direitos que julgou serem mais necessários, encontra-se nos limites

dos seus gastos. Além disso, há situações que em o cidadão se recorre da tutela antecipada de urgência, e ocorre o mesmo problema já mencionado, pois o Estado investe em uma cirurgia, por exemplo, que julgou ser imprescindível para o momento e no fim, verifica-se que a cirurgia poderia esperar mais ou nem precisaria ter ocorrido.

O que pretende concluir com o parágrafo acima, é que embora em algumas situações o Estado reconheça o direito do autor, este realmente não possui recursos suficientes e, sendo assim, nada será feito.

#### 4.5 Reserva do Possível no Direito à Saúde

Conforme demonstra Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno

Conceituar saúde como ausência de doença era um bom modelo para abordar as infecções, mas não se mostrou um bom modelo com o aparecimento de doenças crônicas e no período pós-guerra, quando se buscou qualidade de vida e bem-estar.<sup>102</sup>

Diante desta citação, analisa-se que a saúde abrange toda uma situação de bem estar, e, vivendo com saúde, em todos os sentidos, vive-se melhor e com uma maior expectativa de vida.

O direito a saúde é entendido como uma disciplina autônoma<sup>103</sup> e não é correto dizer que se encontra entre o direito público e privado, pois as suas normas e princípios visam fornecer tutela a um determinado bem jurídico que é a saúde, independe da população a quem é destinada estes direitos ou da existência ou não de um direito público ou privado.<sup>104</sup>

Sueli Gandolfi Dalari e Vidal Serrano Nunes Junior vão muito além e afirmam que o direito a saúde necessita de outros ramos do direito, como o direito ambiental e o direito ao consumir. Isto porque, a qualidade do ar, ter parques bem cuidados, os rios limpos, influenciam significativamente para uma população mais rica em saúde, com menos doenças respiratórias e menos necessidades de uma

---

<sup>102</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011, p. 5.

<sup>103</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 30

<sup>104</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito sanitário. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 290-291.

demanda do Estado com remédios de alto custo, por exemplo. Além do direito ambiental, tem-se ainda o direito ao consumidor, que visa proteger integralmente o consumidor, sempre priorizando a saúde, como se pode ver em vários artigos, como, por exemplo, no artigo 8º do CDC.<sup>105</sup>

A saúde tem princípios, e como sendo um direito autônomo, tais princípios devem ser observados e seguidos. São eles: a fundamentalidade, a responsabilidade estatal, o acesso universal e gratuito, a gratuidade e a integralidade. Sobre a fundamentalidade do direito a saúde, é válido ressaltar que é uma fundamentalidade extrínseca<sup>106</sup>, pois está previsto de maneira muito clara no artigo 6º da Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais.

O próximo princípio do direito à saúde é sobre a responsabilidade estatal, previsto no artigo 196 da Constituição Federal. Ao poder público cabe criar medidas para que seja efetivado o direito à saúde, através de políticas públicas, o Estado deve garantir que ao necessitar de um tratamento, de um remédio, o cidadão terá.

O que agrava ainda mais a responsabilidade do Estado, é que ao pensar na saúde, remete-se a ideia de direito à vida e de como a vida é um presente do Senhor, cada qual com sua religião, pretende cuidar deste presente, necessitando muitas vezes de tratamentos para manter a vida, que somente o Estado pode conceder. Além do mais, sem saúde, o cidadão não consegue exercer seus outros direitos fundamentais, quais sejam os previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como a educação, a liberdade [...]. Além de garantir que o cidadão tenha direito à saúde, o Estado deve garantir que sempre sejam efetivados estes direitos, conforme o artigo 197 da Constituição Federal.

Ao pleitear do Estado o direito à saúde, deve-se analisar se o cidadão realmente possui o direito. Que todos possuem direito à saúde é nítido, mas a situação é muito mais complexa e acaba-se discutindo a questão se o cidadão realmente necessita daquela forma de tratamento mais cara ou até mesmo menos eficaz, comparados a tantas outras maneiras que o Estado disponibiliza. Então aqui temos uma clara hipótese de conflito entre o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. Para Ana Paula de Barcelos, a questão é sobre as prestações

---

<sup>105</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 31.

<sup>106</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 67.

de saúde disponíveis pelo Estado e não sobre as condições de saúde da população, até porque, muitas vezes o Estado não tem um controle sobre o resultado final que aquela prestação produziu no paciente”.<sup>107</sup>

Ainda sobre a reserva do possível, Ingo traz uma grande observação sobre a saúde, no sentido de que para o Estado, não basta que observe os recursos financeiros para conceder ou não determinados tratamentos, é necessário ainda que tenha macas, quartos disponíveis, aparelhos médicos, bons profissionais.<sup>108</sup> Ingo ainda ressalta que outro motivo que contribui para a complexidade do problema são as várias condenações do Estado a prestações de medicamentos e tratamentos não previstos na lista do sistema de saúde, ou seja, medicamentos e tratamentos indicados por profissionais médicos particulares, que não estão incluídos neste rol do sistema de saúde.<sup>109</sup>

O terceiro princípio é o acesso universal e igualitário. Apesar dos conceitos serem muito próximos, há que se diferenciar no sentido de que acesso universal, é dizer que o direito à saúde deve se destinar ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar limitado a um grupo, categoria e classe de pessoas.<sup>110</sup> Já sobre a igualdade, digamos que é uma consequência do acesso universal, ao dizer que:

Pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive no que tange a exames de apoio, diagnóstico, prazos, acomodações etc. a ideia de igualdade perante os serviços públicos de saúde, aliás, não é diferente daquela exigida pelo princípio republicano em relação a qualquer órgão ou serviço público.<sup>111</sup>

Sobre o princípio da gratuidade, em hipótese alguma o serviço público poderá ser cobrado. Nelson Nery e Rosa Maria Nery, afirmam que “no Estado democrático de direito, a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais tem

<sup>107</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 326.

<sup>108</sup> 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, p. 46.

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010p. 47.

<sup>110</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 72.

<sup>111</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 73.

seu suporte financeiro nos impostos”.<sup>112</sup> Sendo assim, de certo modo todos pagam a saúde pública, através dos impostos, ou seja, de maneira indireta. Mas de modo algum, pode-se cobrar uma consulta em um posto de saúde, em um hospital público [...]. Por fim, o último princípio da saúde é a integralidade. O direito à saúde não pode ser mitigado, dividido. Ele deve ser integral, no sentido de que tudo que puder ser feito pelo paciente, pela sociedade, deverá ser feito. Geisa de Assis Rodrigues diz que “todas as medidas, de natureza preventiva e reparadora que estejam ao alcance de nossa atual geração, devem ser disponibilizadas”.<sup>113</sup> Já Ana Paula de Barcelos conceitua que:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.<sup>114</sup>

Ana Paula de Barcellos pontua que ao mesmo tempo em que o Estado deve realizar os objetivos da Constituição, o mesmo Estado não possui recursos ilimitados, ocorrendo em algum momento à necessidade de limitá-los. Os artigos 195 e 204 da Constituição Federal estipularam as fontes que originam os recursos, guiando o Estado para que ele possa atingir um caminho organizado e calculado em relação aos recursos:

Nestas condições, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado (seja na obtenção de recursos, seja na realização de despesas) encontra-se em conformidade com as normas constitucionais.<sup>115</sup>

Ana Carolina Olsen leva-nos a pensar que as diversas defesas do Estado sobre a reserva do possível podem ser muitas vezes, uma deficiência no que tange a administração dos recursos.

<sup>112</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 610.

<sup>113</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (Coord.). In: Manual de direitos difusos. São Paulo, Verbatim, 2009, p. 291.

<sup>114</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

<sup>115</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 209.

Por fim, a saúde pode ser dividida em cinco fatias: “saúde preventiva, a saúde restauradora, a saúde pós-restabelecimento, a saúde experimental e demais questões atinentes à saúde”.<sup>116</sup> Como saúde preventiva, tendo como base o pensamento de Rafael Nardim, entende-se como a saúde que visa evitar que o mal aconteça, ocorrendo às prevenções, como a prevenção ao suicídio, com a campanha do setembro amarelo.

A saúde restauradora pode ser entendida como o momento em que o cidadão encontra-se doente, debilitado e então, necessitando de medicamentos, internações, cirurgias. A saúde pós-restabelecimento é o momento pós-doença, em que a cura ou o controle já se mostram eficaz, mas o cidadão depende ainda de certos medicamentos, para que a doença não volte ou não regreda.

É o caso de uma pessoa que está curada do câncer mas ainda deve tomar medicamentos por longos cinco anos, para que só então possa ser considerada efetivamente curada. A saúde experimental é o que ocorreu com a fosfoetanolamina, que não teve sua eficácia comprovada, não garantindo então a cura do câncer. Por fim, as demais questões atinentes à saúde são em relação às cirurgias estéticas, cirurgias para mudança de sexo.<sup>117</sup>

Ao observar o parágrafo a cima, conclui-se facilmente que o Estado não gasta apenas com os pacientes realmente doentes e debilitados, mas sim, com a saúde em caráter amplo, atingindo até mesmo as pessoas sadias fisicamente.

Por esta razão, não basta o Estado possuir recursos, é necessário verificar a proporcionalidade, ao admitir que um medicamento de alto custo, que nem é certeza absoluta que produzirá os efeitos desejados, seja concedido a um único paciente, comprometendo a segurança no sentido da saúde, a todos os demais.

É muito difícil entender que o Estado não possa alegar a reserva do possível em uma determinada situação para o fornecimento de medicamentos, quando em uma fila extensa do SUS existem milhares de pessoas aguardando uma cirurgia para mudança de sexo, sofrendo preconceito, com vários distúrbios psíquicos.

#### 4.6 Reserva do Possível e o Estrangeiro

---

<sup>116</sup> 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, p. 122.

<sup>117</sup> 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, p. 123.

Ao estrangeiro residente no Brasil, a Constituição Federal concede direitos, tais como se fossem brasileiros natos. Conforme demonstra abaixo:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e **aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ao verificar o artigo 5º, ainda que o direito à saúde não esteja previsto de maneira explícita, é possível compreender que ele existe. E dessa forma a discussão sobre a aplicabilidade da reserva do possível aos brasileiros natos, se estende aos estrangeiros residentes.

Sobre os estrangeiros não residentes no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª região se posicionou:

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006).

Verifica-se então que, o princípio da universalidade do direito à saúde é respeitado, portanto, “o turista estrangeiro que apresentar problemas de saúde pode procurar atendimento na rede de atenção às urgências do Sistema Único de Saúde (SUS)”.<sup>118</sup>

Além do mais, a Constituição Federal criou uma facilidade em relação a entrada do estrangeiro no Brasil, bem como sua permanência e naturalização, devendo zelar por todos, de acordo com o Tratado de Declaração Universal de Direitos Humanos que preconiza que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar”, segundo seu artigo XXV.

---

<sup>118</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde do Viajante. **Portal Saúde**. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/component/content/article?id=9642>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Para reforçar a ideia e tratar de uma questão essencial, o artigo 4º do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 13.445/2017) diz que:

Art. 4º. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

[...]

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

Ao afirmar que possui acesso aos serviços públicos de saúde, implicitamente, o artigo afirma que o estrangeiro pode pleitear este direito, alegando o mínimo existencial sempre que necessário, visto que para que se viva com dignidade, também necessita de um cumprimento mínimo por parte do Estado.

## 5 POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

As políticas públicas são medidas para efetivar os direitos fundamentais e por essa razão, deve-se ter um cuidado especial com elas. Este capítulo contém uma comparação da saúde de outro país, além de algumas sugestões sobre melhorias.

Entendem-se como políticas públicas as ações que precisam ser realizadas pelo Estado, para que ocorra o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. “Sendo o Estado responsável não só pela prestação de serviços, como também pela continuidade destas”.<sup>119</sup> Mas nem sempre foi assim.

Ao voltar na história, verifica-se que o Estado atuava de maneira muito limitada, se importando apenas com os interesses da burguesia o que resultava em uma segurança individual e não coletiva.<sup>120</sup> Sueli Gandolfi pontua que somente após o século XIX é que a higiene se tornou um saber social, em que o Estado passa a se preocupar com a coletividade, realizando investimentos nessa área.<sup>121</sup>

A saúde não é apenas ausência de doença, pois se fosse assim, o Estado só iria se preocupar em curar os debilitados. O que ocorre é que “parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois, diversos outros aspectos devem ser considerados”.<sup>122</sup>

Pela expressão “outros aspectos devem ser considerados” é que se conclui que a participação do Estado sobre a saúde das pessoas, visa garantir o mais completo bem estar, providenciando uma melhor qualidade de vida.

Apesar de existirem outros direitos sociais, a saúde talvez seja o direito que mais deve ser cuidado, pois sem ele, dificilmente outros direitos sociais serão realizados. A Constituição de 1988, que protege os direitos sociais, inovou com a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, que é uma modalidade de política pública, desenvolvida pelo Estado para melhor atender a população. O artigo 199

---

<sup>119</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 60.

<sup>120</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi, **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 18.

<sup>121</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi, **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 18.

<sup>122</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 7.

CF, prevê que a iniciativa privada pode participar de forma complementar do Sistema único de Saúde, sempre respeitando suas diretrizes.

Em relação ao SUS, este é uma política pública, que foi criado para superar a desigualdade na assistência à saúde no Brasil.<sup>123</sup> regulamentado através da lei nº 8.080/90.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros.<sup>124</sup>

Como visto no capítulo anterior, a saúde entendida como uma ciência autônoma possui princípios próprios, e o SUS, como uma política pública da saúde deve se basear em tais princípios. O artigo 198 da Constituição Federal, em seu parágrafo 1º diz que o Sistema único de saúde será financiado com os recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes, o que quer dizer que, até o setor privado poderá contribuir, gerando então uma competência concorrente, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 29 de 2000, que estabelece ainda que os gastos da União com a saúde devem ser iguais do ano anterior, corrigidos apenas com o PIB.

O gasto que cada Estado deve disponibilizar com a saúde deve ser de 12% de suas receitas e por fim, cada município deve garantir o total de 15% de suas receitas.<sup>125</sup> Dispõe o parágrafo 3º do artigo 198 da Constituição Federal que a lei complementar nº 141 de 2012, que regulamenta os valores, deve ser reavaliada a cada cinco anos.

Além do mais, os recursos não podem ser gastos de maneira ilimitada, devendo sempre respeitar o teto financeiro, que é um cálculo em relação à população e a região, para saber o quanto de recursos será disponibilizado.

---

<sup>123</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. SUS 20 anos: a saúde do Brasil. **Centro Cultural Ministério da Saúde**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/deverdecasa.html>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>124</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>125</sup> BRASIL. Ministério Saúde. Cartilha Entendendo o SUS. Brasília, DF: **Ministério da Saúde**, 2006. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Veja-se abaixo:

Antes da criação do SUS, com a lei 8.080 de 1990, o sistema de saúde no Brasil era insuficiente, mal distribuído, inadequado, ineficiente e ineficaz. Na realidade, o SUS continua, sob vários aspectos, ineficiente e inadequado, mas apesar das críticas que se pode fazer ao sistema de saúde pública no Brasil, é exato dizer que nestes mais de 25 anos de existência, o SUS já atendeu milhões de pessoas por todo o país, a atenção básica foi ampliada para praticamente 100% da população brasileira; redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida da população, além de uma oferta de serviços mais complexos, como transplantes para cirurgias cardíacas

126

Como o SUS atende milhares de pessoas, com certeza o sistema fica insuficiente e é necessário sempre inovar, havendo até mesmo um órgão responsável pela elaboração dos planos e políticas públicas, que é o Ministério da Saúde, com função essencial para manter a organização “O Ministério da Saúde é o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros.”.<sup>127</sup> O Ministério da Saúde foi instituído pela Lei nº 1.920/53 e passou por várias alterações, para que se adeque cada vez mais à realidade atual do Brasil. Mas, como se sabe, apesar de todos possuírem direito ao SUS, os que possuem condições financeiras, recorrem aos planos de saúde ou médicos particulares, em razão daquele não atender a todas as demandas e na maioria das vezes, ter um atendimento bem precário. Situação oposta é o que acontece no Canadá:

A vantagem de ter um sistema único realmente único (como acontece no Canadá) e não ter um sistema paralelo, como o sistema privado ou o plano de saúde, é que todo mundo tem que ser tratado, e bem tratado, sob aquele sistema (público). [...].<sup>128</sup>

Talvez esta fosse uma solução para o Brasil, pois embora exista o Sistema Único de Saúde, quem possui melhores condições recorre ao sistema

<sup>126</sup> MEDEIROS, Alexsandro M. Políticas Públicas de Saúde. **Portal Consciência Política**. 2014. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%AAncia-politica/politicas-publicas/saude/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>127</sup> BRASIL. Ministério da saúde. O ministério. **Portal da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio#58>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>128</sup> CORREA, Alessandra. 'Pobres e ricos têm tratamento idêntico em sistema único no Canadá', diz médico brasileiro. **BBC Brasil**, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922\\_medico\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_canada\\_ac\\_cq](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922_medico_salasocial_eleicoes2014_canada_ac_cq)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

privado, porque o Sistema Único possui inúmeros falhas, como uma precariedade na qualidade dos serviços. Outra solução seria se o governo investisse mais no SUS, a ponto de melhorar os equipamentos, o atendimento, os salários e fizesse com que fosse um processo mais célere, de modo que a população se sentisse confiante em buscar esse atendimento.<sup>129</sup> Por fim, analisa-se outra perspectiva, a fim de que a melhoria possa ocorrer no próprio judiciário. O CNJ é o órgão responsável por fiscalizar o poder judiciário, sobre a sua efetividade ou não. Como se sabe, são muitas demandas que correm pelo judiciário e, muitas vezes, este não consegue julgar da maneira mais benéfica para a população, sem prejudicar o Estado, principalmente no que envolve a saúde. Além do CNJ, a população pode contar com o Ministério Público que através de inquérito civil reforça as ações da ANVISA, cuja finalidade é proteger a população no que diz respeito aos produtos e serviços sujeitos ao regime de vigilância sanitária.<sup>130</sup> Em 18 de maio de 2015 ocorreu a II Jornada de Direito da Saúde, em que 23 enunciados foram aprovados com novas propostas sobre temas relevantes, que com certeza serão ótimas para a melhora da saúde no Brasil.

A II Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos dias 18 e 19 de maio em São Paulo, aprovou 23 enunciados interpretativos que trazem informações técnicas para subsidiar os magistrados na tomada de decisões em ações judiciais sobre direito à saúde. Um deles trata dos processos com pedidos por medicamentos, próteses ou procedimentos não padronizados pelo Ministério da Saúde. Nesses casos, o enunciado recomenda a intimação judicial do médico responsável pelo paciente para que ele preste esclarecimentos sobre a pertinência e a necessidade da prescrição. O médico também deverá assinar declaração informando se há conflito entre sua atuação profissional e outros interesses, sejam pessoais, comerciais ou financeiros.<sup>131</sup>

O enunciado demonstra com clareza uma medida que auxiliaria em muito o judiciário e a população, proporcionando mais certeza sobre as decisões. Isso porque, com a necessidade de intimação do médico responsável pelo pedido de

---

<sup>129</sup> CORREA, Alessandra. 'Pobres e ricos têm tratamento idêntico em sistema único no Canadá', diz médico brasileiro. **BBC Brasil**, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922\\_medico\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_canada\\_ac\\_cq](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922_medico_salasocial_eleicoes2014_canada_ac_cq)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>130</sup> DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2002, p.136.

<sup>131</sup> VASCONCELOS, Jorge. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). II Jornada da Saúde aprova enunciados para subsidiar juízes. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Brasília, DF, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

medicamento, prótese ou procedimento não padronizado pelo Ministério da Saúde, haveria a possibilidade de uma análise mais ampla sobre a situação. Como enunciados não geram obrigatoriedade, o país fica esperando uma medida com caráter vinculativo, ou seja, que gere obrigatoriedade aos magistrados nestes casos complexos sobre a saúde.

## 6 CONCLUSÃO

Depois de encerrada a pesquisa, conclui-se:

I- Que, conforme teorias jusnaturalistas, há direitos que são inerentes ao próprio homem e com avanço das ciências jurídicas, passou-se a hierarquizar estes direitos.

II- Que Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não se confundem, pois o primeiro tem aplicação externa e, o segundo, interna; Ou seja, enquanto aqueles são reconhecidos internacionalmente, estes são reconhecidos apenas no âmbito nacional, de modo que ambos se prestam à defesa da dignidade da pessoa humana.

III- Que os direitos fundamentais, foram gradualmente reconhecidos durante a história, classificando-os, a doutrina, em cinco dimensões. A saúde, direito social de segunda dimensão, não se baseia apenas pela ausência de doença e sim, pelo bem-estar físico e psíquico.

IV- Que direitos sociais, ainda que implicitamente, foram previstos por todas as Constituições, ganhando força com a Constituição Cidadão de 1988, que é dentre as Constituições brasileiras, a que mais protege esses direitos.

V- Que o direito à saúde não corresponde apenas a uma ação positiva do Estado, mas também está presente no aspecto negativo, ou de defesa, de modo que, aliado ao princípio da legalidade, o Estado não pode ser impedido ou forçado a realizar algo que a lei não permite.

VI- Que os direitos fundamentais, apesar de estarem no topo da hierarquia constitucional, não são absolutos, de modo que a própria Constituição acaba por mitiga-los, evidenciando ainda mais a característica da limitabilidade.

VII- Que a reserva do possível deve ser analisada a partir da premissa fática e jurídica.

VIII- Que na reserva do possível fática, o Estado limita todos os recursos, não possuindo recursos extras para situações excepcionais.

IX- Que na reserva do possível jurídica, o Estado possui recursos, mas muitas vezes eles não são utilizados, pois não estavam previstos nos gastos orçamentários.

X- Que o mínimo existencial, não deve ser invocado como matéria de defesa do Estado, pois é o mínimo de direitos que todo indivíduo possui para viver com dignidade.

XI- Que a reserva do possível é inaplicável em âmbito nacional, em razão da má distribuição de recursos pelos gestores brasileiros.

XII- Que o país não se encontra em uma situação de pobreza extrema, podendo contribuir em muito para sua população no que tange ao direito à saúde. Por conta disso, alegar a reserva do possível é se abster de uma obrigação que o país tem condições de realizar.

XIII- Como se sabe, o Sistema Único de Saúde é muito ineficiente e inadequado para atender às necessidades de toda a população brasileira.

XIV- Por fim, o enunciado do Conselho Nacional de Justiça é uma opção certa para desinchar o judiciário sobre questões relacionadas à saúde, pois havendo mais fiscalizações nas decisões dos médicos e também nas alegações do Estado, é certo que as decisões judiciais seriam mais justas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde do Viajante. **Portal Saúde**. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em:  
<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/component/content/article?id=9642>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. SUS 20 anos: a saúde do Brasil. **Centro Cultural Ministério da Saúde**. Brasília, DF, 2009. Disponível em:  
<<http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra2009/deverdecasa.html>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde**. Disponível em:  
<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Saúde. **Cartilha Entendendo o SUS**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em:  
<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da saúde. O ministério. **Portal da Saúde**. Disponível em:  
<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio#58>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Agravo nº AG 2005040132106/PR. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 29 de agosto de 2006. Disponível em:  
<[https://leticiammelo.jusbrasil.com.br/artigos/176637472/o-sus-deve-garantir-atendimento-ao-estrangeiro-nao-residente?ref=topic\\_feed](https://leticiammelo.jusbrasil.com.br/artigos/176637472/o-sus-deve-garantir-atendimento-ao-estrangeiro-nao-residente?ref=topic_feed)>. Acesso em: 24 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Agravo de Instrumento nº 0008842-80.2006.4.05.0000. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, Recife, 14 de março de 2007. Disponível em:  
<[http://www4.trf5.jus.br/data/2007/03/200605000088424\\_20070314.pdf](http://www4.trf5.jus.br/data/2007/03/200605000088424_20070314.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CORREA, Alessandra. 'Pobres e ricos têm tratamento idêntico em sistema único no Canadá', diz médico brasileiro. **BBC Brasil**, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922\\_medico\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_canada\\_ac\\_cq](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140922_medico_salasocial_eleicoes2014_canada_ac_cq)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10. ed., rev. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi, **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed., rev., ampl. e atual. v.1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 08005252720158120029. Apelante: Município de Navirai. Apelado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Desembargador Eduardo Machado Rocha. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, 9 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=DC777A97DC3F87AB3D20BBBA0D797083.cjsg3?conversationId=&nuProcOrigem=08005252720158120029>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS, Alexsandro M. Políticas Públicas de Saúde. **Portal Consciência Política.** 2014. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%Aancia-politica/politicas-publicas/saude/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 9ªed. Salvador: JusPodium, 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Mandado de Segurança nº 201330110771 (Processo nº 2013.3.011077-1) Impetrante: Ministério Público do Estado do Pará. Impetrados: Secretário de Saúde Pública do Estado do Pará e Secretário de Saúde do Município de Altamira. Relatora: Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro. **Tribunal de Justiça do Pará**, Belém, 11 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://gsa-index.tjpa.jus.br/sm/download?name=txtpeca&id=20140464271355>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo nº 0356893-0. Agravante: Município de Petrolina. Agravado: Regimar Raimundo Gomes. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**, Recife, 11 de março de 2015. Disponível em: < <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173420606/agravo-agv-3568930-pe?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito sanitário. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. (Edit.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Con São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui, SP: Boreal, 2011.

VASCONCELOS, Jorge. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). II Jornada da Saúde aprova enunciados para subsidiar juízes. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Brasília, DF, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>>. Acesso em: 11 jul. 2017.