

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PRISCILLA CAMARGO ROZEGUINI

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA**

MARÍLIA  
2019

PRISCILLA CAMARGO ROZEGUINI

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Emerson Borges de Oliveira.

MARÍLIA  
2019

Rozeguini, Priscilla Camargo  
Responsabilidade do estado na prestação da saúde pública /  
Priscilla Camargo Rozeguini. - Marília: UNIMAR, 2019.  
124f.

Dissertação (Mestrado em Direito –  
Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e  
Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília,  
2019.

Orientação: Prof. Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira

1. Saúde Pública – Direito Social 2.  
Responsabilidade do Estado 3. Efetivação I. Rozeguini,  
Priscilla amargo

CDD

PRISCILLA CAMARGO ROZEGUINI

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação do Prof. Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em: 29/03/2019

---

Prof. Dr. Emerson Borges de Oliveira

---

Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari

---

Profa. Dra. Mariana Moron Saes Braga

Dedico este trabalho ao meu esposo David, aos meus pais, Clóvis e Glecir, às minhas irmãs, Pollyana e Patrícia, e ao meu sobrinho, Samuel, amores da minha vida. E ao Senhor Jesus Cristo, nosso Salvador, que nos justificou perante Deus e nos deu a Salvação, fonte de toda sabedoria e direção.

Agradeço aos meus pais por tudo o que representam em minha vida e pelo apoio e carinho dedicado por todos esses anos, fonte de exemplo e inspiração. Às minhas irmãs, que mesmo distante sempre torceram por meu sucesso. Aos meus sogros, pelo auxílio e carinho. Aos amigos e professores, por todo o conhecimento despendido. Agradeço também ao meu amado esposo, meu companheiro, pela ajuda e incentivo para a conclusão deste trabalho. Agradeço principalmente a Deus, por seu sustento diário para conclusão deste trabalho, o autor e consumidor da minha vida.

## RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso, para obtenção do título de Mestre, trata da responsabilidade do Estado na prestação da saúde pública em relação à precariedade da saúde pública. Nesse sentido, busca abordar quais os tipos de responsabilidade civil que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, frente à precariedade na prestação da saúde pública, bem como o fato da superlitigação das demandas Judiciais para dar efetividade à essa garantia Constitucional. O foco do presente estudo é verificar sobre as políticas públicas e o aspecto orçamentário relativo aos direitos sociais. Sendo que, para um desenvolvimento coerente e sequencial do tema proposto, faz-se necessário a abordagem de temas, como direito fundamental à saúde, a dignidade da pessoa humana, a eficácia dos direitos sociais, o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, o controle judicial das políticas públicas e do orçamento como efetividade do direito fundamental, e a responsabilidade civil do Estado na prestação do serviço público. Dessa maneira, o objetivo do trabalho é analisar o direito à saúde, sua conceituação e aplicação jurídica, além de adentrar à temática da ordem econômica, e investigando seus reflexos e direcionamentos na busca do pleno acesso e efetividade do direito social à saúde. A metodologia utilizada para atingir tal objetivo e para realizar o levantamento de dados são o método hipotético dedutivo e o histórico. O tipo de pesquisa utilizada para a realização do trabalho é a documental bibliográfica. Para a fundamentação teórica, são referenciadas obras doutrinárias de autores variados, como Sarlet, Torres, Alexy, Canotilho, dentre outros. Diante do exposto no presente trabalho, conclui-se que é direito de todos o acesso à saúde e é dever do Estado promover a sua efetivação, devendo o Poder Público se valer de medidas efetivas para o alcance dos direitos sociais.

Palavras Chave: Saúde Pública como Direito Social. Responsabilidade do Estado. Efetivação.

## RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE PROVISION OF PUBLIC HEALTH

Abstract: Abstract: The present work of completion of course, to obtain the title of Master, deals with the responsibility of the State in the provision of public health in relation to the precariousness of public health. In this sense, it seeks to address the types of civil liability that the Brazilian legal system has adopted, in view of the precariousness in the provision of public health, as well as the fact of overlitigation of the judicial demands to give effect to this constitutional guarantee. The focus of the present study is to examine public policies and the budgetary aspect of social rights. Being that, for a coherent and sequential development of the proposed theme, it is necessary to approach themes such as the fundamental right to health, the dignity of the human person, the effectiveness of social rights, the existential minimum and the clause of the reservation of the possible, judicial control of public policies and budget as the effectiveness of the fundamental right, and civil liability of the State in the provision of public service. In this way, the objective of the study is to analyze the right to health, its conceptualization and legal application, as well as to study the economic order and investigate its reflexes and directions in the search for full access and effectiveness of the social right to health. The methodology used to achieve this objective and to carry out the data collection are the hypothetical deductive and historical method. The type of research used to perform the work is qualitative. The research technique is indirect documentation. For the theoretical basis, are referenced doctrinal works of various authors, such as Sarlet, Torres, Alexy, Canotilho, among others. In view of the above, it is concluded that it is the right of everyone to have access to health and it is the duty of the State to promote its effectiveness, and the Public Power must use effective measures to achieve social rights.

Keywords: Public Health as Social Law. Responsibility Of the State. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL</b> .....	14
1.1 BREVE CONCEITUAÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1.1 A Evolução dos Direitos Fundamentais.....	16
1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS, EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E CONCEITO..	19
1.3 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	24
1.3.1 Sistema Único de Saúde no Brasil e o Direito ao Fornecimento de Medicamentos e Tratamentos .....	31
<b>2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SAÚDE PÚBLICA</b> .....	36
2.1 CONCEPÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	36
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	38
2.3 SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO.....	43
2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO .....	48
<b>3 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	51
3.1 EFICÁCIA DO DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL... ..	51
3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL: DEFINIÇÃO E EFETIVIDADE .....	54
3.3 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL, CONCEITO E APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL .....	60
3.4 CONFRONTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	66
3.5 VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL .....	69
<b>4 DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTOS PÚBLICOS COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	73
4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	80
4.2 ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS .....	83
4.3 DO ATIVISMO JUDICIAL: SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DE INTERVIR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE ...	88
4.4 DO PROBLEMA DA SUPERLITIGAÇÃO: DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS.. ..	96
4.5 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À PRECARIEDADE DA SAÚDE PÚBLICA.....	102
4.5.1 Responsabilidade Objetiva do Estado .....	108
4.5.2 Responsabilidade subjetiva.....	110
<b>CONCLUSÃO</b> .....	114
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	117

## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, não se pode pensar em um estudo sobre o direito fundamental à saúde sem se valer dos ensinamentos da dignidade da pessoa humana. Dignidade essa inserida no âmago do Estado Moderno que presa pela democracia, abandonando a figura de um Estado normativo, legalista e se insurge na figura de um Estado Social de Direito.

As nuances da Segunda Guerra Mundial, na qual seus idealizadores cometiam as atrocidades fundadas no estrito cumprimento da norma, fizeram com que emergisse um novo Estado que se esvaziaria de regimes ditatoriais e poder uno, evoluindo para a democracia. Além disso, na sua essência, teria em vista a plenitude dos direitos fundamentais do homem, sendo núcleo descentralizador dos demais direitos de uma nação. Assim, com a busca de um Estado Social Democrático de Direito, houve uma intervenção direta do Estado nas relações sociais.

Tal como aconteceu pelo mundo, e pelo fluxo natural de desenvolvimento humano, o Brasil se viu compelido a trazer essa realidade externa para o ordenamento jurídico pátrio, sendo que por meio da Carta Magna de 1988, tida como a Constituição Cidadã, incluiu o Direito Social como um fim a ser seguido e idealizado pelo Ordenamento pátrio.

Nessa perspectiva, o direito à saúde está inserido junto aos direitos fundamentais que a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 1º, inciso III, como a dignidade da pessoa humana. Esse é um dos direitos mais importantes para a pessoa, pois está atrelado ao direito à vida, uma vez que sem ele é impossível o ser humano perquirir outros direitos. Neste sentido, entra o dever do Estado em fornecer a saúde para todos.

No entanto, geralmente, o Estado não presta seu dever com a devida cautela, sendo omissos perante a este direito tão essencial que é a saúde. Deixando, assim, de dar prioridade em relação à verba orçamentária destinadas a esse fim, o que acarreta condições precárias para o atendimento eficaz do serviço de saúde.

Nesse contexto, o presente trabalho tem sua importância na medida que pretende expor as crescentes demandas ao Poder Judiciário com o intuito de dar efetividade ao Estado Social de Direito, bem como a responsabilidade do Estado referente a sua má prestação do serviço de saúde pública.

O mérito da pesquisa concentra-se na seguinte indagação: como o Poder Público pode dar efetividade ao direito fundamental à saúde, cumprindo, assim, com os objetivos do Estado Social?

Ao responder essa problemática, almeja-se demonstrar que a Saúde Pública é um direito social fundamental, previsto no ordenamento jurídico pátrio, e ainda quais as formas possíveis para dar efetividade a esse direito.

O Brasil é um Estado de Social de Direito, e seus objetivos e valores da República Federativa estão previstos no art. 3º do texto constitucional. Esses objetivos devem nortear as leis orçamentárias na busca da efetivação das políticas públicas, uma vez que o papel do Estado Social não é apenas a declaração dos direitos sociais, mas sim estabelecer formas para sua plena efetivação e alcance.

Assim, é por meio das políticas públicas que o Estado dá efetividade aos direitos sociais, passando a direcionar seus atos e orçamentos para alcançar suas finalidades comuns e o desenvolvimento social.

Em decorrência dessa abordagem, a pesquisa tem como objetivo a análise do direito à saúde, sua conceituação e aplicação jurídica. Além disso, explorar a temática da ordem econômica e investigar seus reflexos e direcionamentos no pleno acesso e efetividade do direito social à saúde.

O presente trabalho tem por procedimento metodológico somente a investigação documental, que envolve a pesquisa em instrumentos normativos e didáticos de origem histórica e nas principais bibliografias escritas sobre o assunto. Dessa forma, recorre-se aos métodos dedutivo, histórico e comparativo no desenvolvimento da análise. É importante destacar, portanto, que o presente trabalho não envolve a coleta de casos práticos sobre o instituto, mas apenas a pesquisa sobre as principais teorias e argumentos já documentados a respeito da temática.

Dessa forma, para atender os parâmetros e os objetivos formulados, faz-se necessário tomar este estudo por quatro frentes, sendo elas: Saúde Pública como Direito Social fundamental (capítulo 1); Dignidade da Pessoa Humana como Princípio dos Direitos Fundamentais à Saúde Pública (capítulo 2); A eficácia dos Direitos Sociais: Mínimo Existencial e a Cláusula da Reserva do Possível (capítulo 3); Do Controle Judicial de Políticas Públicas e Orçamentos Públicos como Garantia da Efetividade do Direito Fundamental à Saúde (capítulo 4).

O primeiro capítulo concentra ideias da saúde pública como um direito social fundamental. Para tanto, por meio dos métodos histórico, comparativo e dedutivo, delinea-se a conceituação do instituto e a evolução como direito fundamental. Utilizando-se da pesquisa doutrinária, nos ensinamentos de Comparato, Lunõ e Alexy, dentre outros, e da legislação pátria, apresenta-se uma análise pormenor sobre o tema, para demonstrar a aplicação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu enquadramento como direito social previsto na Constituição Federal de 1988, e ainda sua prestação universal e a integração de uma rede regionalizada que constituem um Sistema Único de Saúde.

Por sua vez, no segundo capítulo, faz-se uma abordagem específica sobre a dignidade da pessoa humana como princípio dos direitos fundamentais. Com auxílio da doutrina nacional e alienígena, tais como, Piovezan, Sarlet, e Ordaggy, e, por meio dos métodos dedutivo, histórico e comparativo traz-se o conceito e a evolução, desde o tenro início até o desenvolvimento moderno desse princípio.

No capítulo três, valendo-se dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, é abordado sobre a eficácia dos direitos sociais, e o mínimo existencial e reserva do possível. Baseando-se nas doutrinas pátrias como Barroso, Lazari, Sarlet, Torres, dentre outros, é dissertado sobre a eficácia dos Direitos Sociais, que são de cunho fundamental, e, por isso, tem aplicabilidade imediata e assegurada por todo o ordenamento jurídico, ao passo que sua dimensão subjetiva dá ao indivíduo a possibilidade de exigir sua efetivação quando não estiver sendo garantido, devendo o Poder Público garantir sua aplicação.

Nesse capítulo, será tratado sobre a ponderação em caso de conflitos entre as teorias do mínimo existencial e reserva do possível, e, que segundo as orientações doutrinárias, não se deve haver a exclusão de uma em detrimento da outra. Além da doutrina, é analisado a jurisprudência pátria sobre a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive com o estudo da ADPF nº 45.

Dando prosseguimento, no capítulo quatro, trata-se sobre o controle judicial de Políticas Públicas e o Orçamento Público como garantia da efetividade dos direitos fundamentais, sendo utilizadas a doutrina e jurisprudência pátria.

No último capítulo, discorre-se sobre as formas que o particular tem para buscar a efetividade do acesso à saúde, e o crescente número das demandas individuais acarretando a superlitigação do Judiciário. Baseado no princípio da separação dos poderes, é analisado até que ponto pode o Poder Judiciário agir para

garantir a efetividade dos direitos fundamentais e o cumprimento das políticas públicas. Dentre a doutrina utilizada para desenvolvimento do capítulo, pode-se citar: Hesse, Canotilho, Bucci, Piçarra.

Assim, esses são os pontos explorados sobre a problemática deste trabalho.

## 1 SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

A saúde é um dos elementos fundamentais e essenciais para o indivíduo, sem ela é impossível se viver uma vida digna, ou seja, é considerada um bem-estar da pessoa.

A saúde é um dos direitos previstos na Constituição Federal, estando elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, pois, sem ela de nada adiantariam os demais. Quando o cidadão paga seus impostos e elege um dos seus para representar e governar o Estado, automaticamente, cria uma obrigação de prever por vários institutos, tais como a saúde.

Neste capítulo, é abordado a saúde pública e seu aspecto como um direito fundamental, delineando sua conceituação e um breve histórico dos direitos fundamentais. Nesse contexto, pretende-se demonstrar a aplicação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu enquadramento como direito social previsto na Constituição Federal de 1988, e ainda sua prestação universal e a integração de uma rede regionalizada que constituem um Sistema Único de Saúde.

### 1.1 BREVE CONCEITUAÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A antropologia nem sempre conseguiu conceituar o que seria o ser humano, passando a chamá-lo, quando integrado a um povo de homem. Aos avessos a essa integralização, tentou atribuir uma significação distinta.<sup>1</sup>

Por muito tempo se perdurou essa ideia de distinção entre os seres ditos humanos, e foi apenas com a evolução da história que despontou uma ideia de igualdade entre todos os homens.<sup>2</sup> Porém, conforme se observa no decorrer deste trabalho, foram séculos, e ainda se está em constante construção para se alcançar o direito de que “[...] homens nascem livres e iguais em dignidade e direito”.<sup>3</sup>

Antes de se aprofundar na evolução histórica dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário, ainda que brevemente, explanar sobre sua conceituação.

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

<sup>2</sup> Op. cit. p. 24.

<sup>3</sup> Op cit. p. 24.

Segundo Robert Alexy<sup>4</sup>, o estudo dos Direitos Fundamentais teria como base três teorias: as históricas, que explicam como os direitos fundamentais existiram; as teorias filosóficas, que buscam a fundamentação dos direitos; e ainda, a teoria sociológica, que analisa como os direitos fundamentais funcionam dentro de um sistema social.

Por sua vez, Perez Luño<sup>5</sup> leciona que os direitos fundamentais não são elementos independentes, e não podem ser estudados isoladamente, mas que são respostas a determinados estímulos da história que refletem em princípios organizacionais comuns.

A conceituação de direitos fundamentais no âmbito interno e externo é por muito debatida e também definida por várias outras expressões, que, segundo Sarlet, pode ser: “[...] direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, e direitos humanos fundamentais”.<sup>6</sup>

Importante ainda se adentrar na seara das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, que frequentemente são utilizadas erroneamente como sinônimos. Para Sarlet, devem ser determinadas com diferenciação, na qual a expressão “direitos fundamentais” se refere aos “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”<sup>7</sup>. Assim, a expressão direito fundamental se refere aos direitos do homem garantido na própria Constituição, em seu âmbito interno.

Por sua vez, a expressão “direitos humanos” deve ser aplicada no âmbito externo, tendo alcance e validade universal, extensiva a todos os povos e nações, independente de vinculação à determinada ordem jurídica interna.<sup>8</sup> Nesse sentido, a expressão “direitos humanos” pode ser definida como internacionais, ao passo que “direitos fundamentais” como constitucionais.

Segundo Sarlet, ainda se faz necessário diferenciá-las da expressão “direitos do homem”, que é o “sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados”, tendo a ideia do jusnaturalismo, sendo a fase que foi anterior ao reconhecimento dos

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 64.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 27.

<sup>7</sup> Op. cit. p. 29.

<sup>8</sup> Op. cit. 29.

direitos positivados, tanto no âmbito interno como externo. Pode-se dizer, portanto, que enquanto os direitos humanos não forem positivados, eles não terão plena efetividade formal, porém isso não anula sua característica garantidora.<sup>9</sup>

É preciso ressaltar que essa distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, até então traçados, não há excludentes entre elas, pelo contrário, tem relação de interdependência uma como a outra. Nessa perspectiva, Sarlet pontua que os direitos humanos têm relação com o jusnaturalismo, por isso são inerentes à pessoa e a sua própria dignidade humana, ao passo que os direitos fundamentais ao positivismo, sendo incorporados apenas ao ordenamento jurídico interno.<sup>10</sup>

Diante de todo exposto, conclui-se que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não podem ter a mesma fundamentação e tidas como sinônimos, porém não se pode largar à sorte de que sejam situações antagônicas, pois conforme já explicitado, elas têm suas diferenciações, contudo devem ser vistas como complementares uma da outra.

### 1.1.1 Evolução dos direitos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais e direitos do homem, conforme salienta Bobbio, modificaram-se e, constantemente, se modificam no decorrer da história e por meio dela. Exemplo disso são os direitos que antes eram considerados absolutos e com o passar do tempo foram se transformando em meros acontecimentos<sup>11</sup>. Assim, por meio da história, tem-se a narrativa e a visão de como os acontecimentos de uma época justificavam determinados direitos.

Segundo Sarlet, o estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais se justifica não apenas como um mecanismo hermenêutico, mas sim porque, por meio dela, desenvolveu-se o Estado Constitucional, dando sustentação na proteção da “dignidade da pessoa humana”, bem como nos “direitos fundamentais do homem”.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

<sup>10</sup> Op. cit. p. 32.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos - 1909*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

Os direitos fundamentais justificam sua origem no jusnaturalismo, o qual sofreu influência da religião (cristianismo), e da filosofia. Decorrendo dos dogmas cristãos, tem base na busca da igualdade de todos os homens perante Deus, e na defesa de que todos foram criados à imagem e semelhança dele.<sup>13</sup> Já para a filosofia, o homem seria “livre e dotado de individualidade”.<sup>14</sup>

O cristianismo, como base do jusnaturalismo, foi substituído, no final do século XVII, por Hugo Grócio e outros. Eles defendiam que a fundamentação do direito natural não seria de Deus, mas da “[...] razão, medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso”, inserindo assim uma versão racionalista do direito natural, pautada nas ideias do Iluminismo, os direitos dos cidadãos seriam para todos, independentemente, de sua religião.<sup>15</sup>

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso conceitua o jusnaturalismo:

O termo ‘jusnaturalismo’ identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundado na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico [...].<sup>16</sup>

Foi com a contribuição doutrinária de John Locke que se desenvolveu a concepção contratualista, em que os homens teriam o poder de organizar o Estado, reconhecendo também, aos direitos naturais, o caráter de inalienabilidade, tais como a “vida, liberdade, propriedade e resistência”, podendo ser oponíveis inclusive contra os detentores do poder. Essa visão do jusnaturalismo iluminista “[...] desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal”.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 289.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 38.

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 40.

A Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ocorridas em 1789, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) foram fortemente influenciadas pelas ideias jusnaturalistas de Locke, iniciando o constitucionalismo moderno.<sup>18</sup>

Foi com o advento do Estado liberal que se consolidaram as ideias constitucionais em textos escritos, marcando, o declínio do direito natural. No início do século XIX, os direitos naturais foram incorporados aos ordenamentos positivos.<sup>19</sup>

O positivismo também teve seu declínio após a Segunda Guerra Mundial, momento em que os movimentos, como o fascismo e nazismo, baseados na legalidade na norma, cometeram atrocidades e barbáries. Assim, com a superação do jusnaturalismo e a derrota do positivismo, originou-se o pós-positivismo, no qual deve-se observar as ideias da justiça e da “igualdade material mínima”, baseando-se na teoria dos direitos fundamentais, além da positivação das leis.

Feitas as considerações sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, e a constante mutação e dinamicidade deles, passa-se a discorrer, brevemente, sobre as teorias desenvolvidas acerca dessas mutações e de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são tidos como a pedra angular do Estado Democrático de Direito, servindo como limitação do Poder estatal. Nesse sentido, o jurista Karel Vasak desenvolveu a teoria das gerações dos direitos fundamentais, na qual demonstra como ocorreu a evolução desses direitos.<sup>20</sup> Essas Teorias foram baseadas no lema da Revolução Francesa, igualdade, liberdade e fraternidade.

Antes de adentrar propriamente no estudo das teorias das gerações, é imprescindível se tecer comentários sobre a o uso de sua nomenclatura. Por muito tempo foi utilizado o termo “geração”, ao passo que têm sofrido constantes críticas, passando-se a melhor doutrina classificá-lo com a expressão “dimensão”, haja vista a expressão “geração” dar ideia de substituição, enquanto o termo “dimensão” sugere complementariedade.<sup>21</sup>

Sobre o tema, segue os ensinamentos de George Marmelstein, em sua obra Curso de Direitos Fundamentais:

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

<sup>19</sup> Op. cit. p. 238.

<sup>20</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40.

<sup>21</sup> Op. cit. p. 40.

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria dos direitos e solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.<sup>22</sup>

As gerações dos direitos fundamentais marcaram a história da humanidade, influenciando várias cartas políticas ao redor do mundo, revolucionando a política mundial.

Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sempre estarão compreendidos em várias dimensões, não havendo nenhuma hierarquia entre eles. Dessa forma, devem ser analisados e estudados como um todo, pois não podem ser diminuídos ou isolados em uma única dimensão.

Com novos valores surgindo, e a atualização dos demais direitos, fala-se hoje em quarta e quinta gerações, sendo que alguns defendem a criação da sexta e sétima dimensões dos direitos fundamentais.

Delimitadas essas premissas, é necessário lembrar que os direitos fundamentais são valores indivisíveis e interdependentes entre si, não podendo priorizar ou valorizar um direito em detrimento de outro, devendo sempre valorizar a sua auto complementação. O Poder Público deve sempre buscar sua executoriedade, pois não adianta as Cartas Políticas preverem diversos direitos fundamentais, sem que haja condições mínimas para fruição deles.<sup>23</sup> “Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas”.<sup>24</sup> Deve-se, assim, sempre buscar a efetivação de todos os direitos, independentemente, de sua dimensão.

## 1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUA CONCEITUAÇÃO

---

<sup>22</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 60.

<sup>24</sup> Op. cit. p. 60.

Passando ao estudo da evolução histórica na área da saúde pública, destaca-se que a humanidade sempre se preocupou com a saúde, um bem-estar físico e psíquico, embora, muitas vezes, não tão especificadamente

A expressão saúde pública inicia-se a partir da aglomeração de pessoas que buscavam políticas comunitárias de saúde a fim de melhorar a qualidade de vida e o meio comunitário. Essas políticas se identificavam na busca, por exemplo, dos seguintes elementos: a prevenção de doenças, sanitização do ambiente no controle das infecções, organização de serviços médicos e de enfermagem, etc. Nesse contexto, percebe-se que, desde os primórdios, já havia a preocupação do indivíduo em relação à saúde.

Na Grécia, a saúde tinha caráter público e individual. Nessa região, além da utilização de métodos curativos, foram criados os sistemas de suprimento e drenagem de água. Por isso é considerada o berço da primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história

Em Roma, criou-se os serviços públicos de saúde, que se mostrou eficiente mesmo com a desintegração do Império. Foi também no período romano que se descobriram os primeiros sinais da malária. Desvendou-se, ainda, que certas doenças eram comuns em meio aos escravos.

Os romanos eram grandes administradores e já tinham ciência de que do relacionamento entre o homem e o ambiente surgia a maior ou menor qualidade de saúde. Portanto, os escravos e a população de baixo poder econômico estavam muito mais expostos aos ambientes insalubres. Por assim, desenvolveram excelentes sistemas de saneamento, como medidas importantes da Saúde Pública.<sup>25</sup>

A grande contribuição que esse período trouxe para a humanidade na área da saúde foi a organização de serviços médicos, quando, no século II d.C., criou-se o serviço público na área da saúde. Esse serviço foi caracterizado pela instituição das salas de cirurgia e enfermarias destinadas aos escravos o que, posteriormente, constituiriam nos hospitais para pobres e indigentes.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 30.

<sup>26</sup> Op. cit. p. 30.

Deste modo, é evidente que Roma foi uma grande contribuinte para a evolução da saúde, sendo que até instituiu o serviço público médico, contribuindo, assim, nas estruturas sociais, econômicas e políticas vigentes na época.<sup>27</sup>

Com a decadência do Império Romano, surgiu no ocidente a Idade Média, ou conhecida como idade das trevas, em que ocorreu um grande declínio cultural, estagnando, assim, a evolução da saúde.

Na Idade Média, as doenças, na maioria das vezes, eram consideradas obras do demônio ou feitiçarias, e, portanto, a cura era alcançada somente através de orações e penitências aos santos. Todavia, não se davam conta de que o maior problema se atribuía à higiene, haja vista que as cidades medievais se desenvolveram a partir das antigas colônias romanas, erguidas entre muros onde imperava forçosamente, em razão dos ataques bárbaros. Com essa aglomeração e consequente imundície, vindo a calhar com a citada estagnação dos serviços de saúde, surgiram, então, as epidemias.<sup>28</sup>

Destarte, com a saúde em declínio, a sociedade medieval foi obrigada a desenvolver uma máquina administrativa para proteção da saúde na comunidade. Então, a igreja começou a instituir pequenas casas que eram conhecidas como hospitais. No entanto, a partir do século VIII, os hospitais saíram das mãos da igreja e passaram para a jurisdição secular, em especial nas cidades.<sup>29</sup>

Conforme já demonstrado, o período da Idade Média foi marcado por um grande atraso para a evolução humana, pois, nessa época, os senhores feudais e a igreja oprimiam o desenvolvimento da humanidade. Com o fim da Idade Média, surgiu o Renascimento, o qual teve um grande marco na história, haja vista ser ele o responsável pelo fim da idade das trevas. Foi no Renascimento que se iniciaram os estudos com o corpo humano, através de cadáveres, dando à saúde contornos mais bem definidos. Houve também a instituição da medicina ocupacional, ou seja, a que tratava das doenças dos trabalhadores.<sup>30</sup>

Assim, o período renascentista trouxe grande evolução para a humanidade, principalmente no que se refere à saúde. O que atualmente se conhece por ciência social e por ciência da saúde se deve, em grande parcela, a esse período, tais como

---

<sup>27</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 31.

<sup>28</sup> Op. cit. p. 37.

<sup>29</sup> Op. cit. p. 42.

<sup>30</sup> Op. cit. p. 48.

os valores da saúde da pessoa humana como também o dever do Estado em fomentar os cuidados com a saúde humana.<sup>31</sup>

Após o período renascentista, surgiu o Iluminismo, que perdurou de 1750 a 1830. O período iluminista trouxe grande contribuição para a saúde no sentido de que Londres começou investir fortemente em hospitais e disseminou essa ideia para o mundo inteiro, inclusive nas Américas.

Começou-se, então, a preocupação com a vida urbana, instituindo os serviços de sanitização, tais como água e esgoto, sendo que a saúde pública neste período passou a ser considerada responsabilidade do Estado, e através da Declaração dos Direitos dos Homens instituiu-se na Europa a assistência à saúde no âmbito médico e social. Iniciaram-se também ensinamentos para a população sobre saúde, higiene, etc.<sup>32</sup>

Avançando no tempo, com o final das duas grandes guerras mundiais, predominava no mundo as necessidades sociais voltadas para a segurança do indivíduo. Abalados com as guerras, as nações resolveram se unir e instituíram a Organização das Nações Unidas, a qual era um órgão especial destinado a promover garantia de direitos considerados fundamentais ao homem, tal como à saúde.

O presidente Norte-Americano Roosevelt estabeleceu quatro liberdades essenciais, sendo que dessas liberdades originou-se os programas de seguridade social, em que todos contribuiriam para que todos pudessem usufruir dos benefícios dos riscos sociais, entre eles, o risco à doença.<sup>33</sup>

Esse sistema visava que as doenças decorrentes do trabalho fossem protegidas pelo seguro social, e a Organização das Nações Unidas, em 1944, também apoiava o sistema da Seguridade Social, e foi na Carta das Nações Unidas, em 1945, que a saúde abandonou a esfera apenas trabalhista para alcançar todo e qualquer cidadão.<sup>34</sup>

A assistência à saúde, na Idade Contemporânea, teve grandes aliadas durante as duas grandes guerras mundiais, haja vista que, após esses

---

<sup>31</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 56.

<sup>32</sup> Op. cit. p. 63.

<sup>33</sup> Op. cit. p. 95.

<sup>34</sup> Op. cit. p. 99.

acontecimentos, os Estados resolveram se unir, assim, tentar a aplicação dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse período, foram instituídos os organismos internacionais que apontavam sempre à proteção individual do ser humano, sendo que houve ainda a criação da proteção da saúde para todo cidadão estabelecido nos programas de seguridade social.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Mariana Filchtiner Figueiredo, *in verbis*:

No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo. Desde a II Guerra Mundial, essa noção foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população, bem como reforçando-se a lógica econômica, **a partir da evidente interdependência entre as condições de saúde do trabalhador e a atividade produtiva. Instituíram-se os sistemas de trabalhador e a atividade produtiva. Instituíram-se os sistemas de previdência social e, posteriormente, de “seguridade social”, a abarcar os subsistemas de assistência, previdência e saúde públicas – tal como hoje encontra previsto pela Constituição Brasileira. O seguro social trouxe assistência médica à população, enquanto direito adquirido por meio do trabalho e que também permitiu a disponibilidade de mão-de-obra sadia (isto é, menos doente) A criação da Organização das Nações Unidas – ONU – e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais.** Entre outras entidades, **criou-se a Organização Mundial de Saúde – OMS**, no preâmbulo de cuja Constituição consta que saúde é o ‘o completo bem estar físico, mental e social’. Essa noção superou a idéia de saúde como mera inexistência de doenças, destacando a importância entre o equilíbrio do homem, interna e externamente – restaurando a linha preconizada por Hipócrates. Para Dallari, o conceito de saúde proposto pela OMS teria um núcleo básico, correspondente à idéia de ausência de doença, e um “*halo nebuloso*”, atribuído ao que se poderia compreender como completo bem estar físico, mental e social; corresponderia mais a uma ‘*imagem-horizonte*’, do que propriamente a um conceito fechado, explica Scliar. Dallari e Ventura assinalam, todavia, que o final do século XX seria marcado por um recuo estatal em favor da responsabilidade individual pela saúde, ainda que pela atuação de grupos e associações. O estado figuraria apenas subsidiariamente na prestação de cuidados à saúde das pessoas, obliterando-se, com isso, o questionamento das estruturas sociais e econômicas subjacentes ao problema sanitário. Já as políticas públicas não seriam mais estabelecidas em função de dados epidemiológicos, mas se conformariam a análises econômicas de custo benefício – o que, ‘por vezes acaba implicando a ausência de prevenção,

elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública' e sabidamente menos custoso, advirta-se (grifo nosso).<sup>35</sup>

Por derradeiro, conclui-se que o cuidado com a saúde teve sua origem desde os primórdios da humanidade, porém, com o passar dos tempos e o crescimento da população, foi sendo aperfeiçoado, influenciado por vários períodos e evolução da sociedade. Tanto no âmbito nacional como no internacional, sofreu grandes mudanças até chegar ao ordenamento jurídico atual, que é protegida como direito fundamental da pessoa.

Após a apresentação da síntese da evolução histórica do direito à saúde, no próximo tópico, encontra-se um estudo aprofundado sobre a temática. No entanto, antes, é imprescindível definir o conceito de saúde. O ensinamento de Regina Beatriz Tavares da Silva: “saúde é o bem estar físico e psíquico, relevante para a pessoa individualmente considerada e para a sociedade [...]”.<sup>36</sup> Assim, pode-se dizer que é impossível a sobrevivência digna do ser humano se a ele não couber o mínimo existencial que é a saúde.

De outra banda, Ana Paula Oriola de Raeffray, assim nos leciona “[...] saúde é uma questão de sobrevivência, quando o homem precisa submeter às forças da natureza, que atuam sobre o seu próprio corpo, à sua vontade”.<sup>37</sup> Entretanto, para que o ser humano exista é indispensável que se viva com o mínimo de saúde.

O Dicionário Globo conceitua saúde como sendo “[...] o estado de que é são; o estado do indivíduo em que há exercício regular das funções orgânicas; boa disposição do organismo; vigor; robustez; (Do lat. *salute*)”.<sup>38</sup> Verifica-se, nessa perspectiva, para o indivíduo viver em um equilíbrio psíquico e físico, se faz necessário ter uma saúde equilibrada, para que assim todas as funções orgânicas estejam em exercício regular.

Estabelecidos esses conceitos sobre o tema, segue-se a análise do direito à saúde no ordenamento pátrio.

### 1.3 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<sup>35</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

<sup>36</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

<sup>37</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 23.

<sup>38</sup> FERNANDES, Francisco, et al. *Dicionário Brasileiro Globo*. 56. ed. São Paulo: Globo, 2003.

Ao iniciar o estudo sobre o direito à saúde na Constituição de 1988, faz-se necessário uma breve análise histórica sobre esta garantia nas Cartas Magnas anteriores.

A primeira Constituição Federal se deu na época do Império, ou seja, em 1824. Anterior a esta data, existiam medidas apenas para assegurar, de algum modo, a saúde Pública. Em 1809, foi criado um sistema a fim de proteger as doenças advindas das embarcações, a vigilância sanitária nos portos.

Em 1812, foi instituído o laboratório químico, e a Constituição Federal de 1824 não trouxe nenhuma palavra, nem garantia sobre a saúde. A única menção que ela faz é em seu artigo 179, inciso 31º, que garante o socorro público ao cidadão.<sup>39</sup>

Verifica-se que a primeira Carta Magna Pátria não trouxe garantias referentes à saúde pública nem a individual, já que na Constituição Federal de 1891 estabeleceu a primeira República, porém não tratou diretamente da saúde, passando para a União a responsabilidade.

Em 1892, foi criada a Diretoria de Higiene e Assistência Pública, organizada no Rio de Janeiro, enquanto que, em 1897, através do Decreto nº. 2.449 de 1º de fevereiro, foi instituído o órgão da Diretoria de Saúde Pública.<sup>40</sup>

Em 1923, amplia-se o atendimento à saúde, através do Departamento Nacional da Saúde Pública, que chegava ao âmbito federal, para estabelecer políticas de saneamento e higiene rural e urbana.<sup>41</sup>

No ano de 1923, foi criada, através do Decreto nº. 4.682, a primeira lei brasileira que tratava sobre a Previdência Social, e, somente em 1930, foi criado o Ministério da Educação e Saúde.

Desta forma, é evidente que a Constituição da primeira República também não trouxe avanços para a saúde pública, deixando que as leis infraconstitucionais tratassem sobre o tema.

A Constituição Federal de 1934 trouxe grande evolução para a saúde pública, pois, em seus artigos 10, 121, 138, entre outros, tratou sobre este direito. Nessa

---

<sup>39</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 139.

<sup>40</sup> Op. cit. p. 155.

<sup>41</sup> Op. cit. p. 156.

época, o Brasil também deu início à previdência social, ou seja, à medicina previdenciária.<sup>42</sup>

Assim, a Carta Magna de 1934 apresentou grandes mudanças no ordenamento jurídico referente à tutela e à saúde pública, todavia, a Constituição de 1937 inovou seu ordenamento em relação à saúde, em especial a da criança, tratada em seu artigo 16, e em seu artigo 18; autorizou também os estados a legislar sobre a higiene popular, casas de saúde, fontes medicinais etc. e tratou ainda, em seu artigo 137, sobre a saúde dos trabalhadores.<sup>43</sup>

Igualmente, a Constituição Federal de 1937 inovou a saúde pública no sentido de trazer proteção específicas referente à saúde. Já em 1946, foi promulgada a nova Constituição Brasileira, a qual estabeleceu os direitos e garantias individuais, porém, no tocante à saúde, não havia nada que direcionasse para a medicina do trabalhador. No ano de 1953, foi criado o Ministério da Saúde, ocasião em que houve um grande aumento dos hospitais particulares, porém os hospitais públicos ainda eram poucos. Entretanto, no ano de 1966, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social, através da lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954, sendo, então, aprovadas normas gerais de defesa e proteção da saúde, e, mais tarde, essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº. 49.974 – A de 1961, o qual instituiu o Código Nacional de Saúde.<sup>44</sup>

Posto isso, o modelo refletido na Carta Magna de 1946 para a assistência à saúde, é o do Seguro Social. Todavia, as Constituições de 1967 e de 1969 foram marcadas pelo Militarismo. Nesse período, houve uma estagnação social, logo, a saúde também ficou marcada por baixos indicadores. De tal modo, não houve grande avanço na Constituição no que tange à saúde.

Entretanto, a partir de 1967, houve o crescimento da medicina previdenciária, decrescendo os investimentos estatais da saúde pública, enquanto que, no ano 1974, foi criado o Plano de Pronta Ação, com o intuito de aumentar a participação do setor privado na área médica de responsabilidade do Estado. Criou-se também o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social, destinado a financiar investimentos nos setores sociais.

---

<sup>42</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 169.

<sup>43</sup> Op. cit. p. 169.

<sup>44</sup> Op. cit. p. 208.

Foi regulamentado o Sistema Nacional de Saúde, no ano de 1975, que previa a universalidade do atendimento. Já, no período de 1977 foi instituído o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, o qual iniciou o processo de universalização de assistência médica. No ano de 1987, criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, unificando os sistemas de saúde em nível estadual.

A Carta Magna de 1967 não trouxe alteração em seu texto constitucional referente à saúde, porém, nesse período, foram verificadas várias criações de organizações na aérea da saúde.

Feita uma breve análise histórica sobre o direito à saúde nas Constituições e no ordenamento jurídico nacional pode-se dar início ao estudo a respeito do direito à saúde na Constituição Federal de 1988.

Conforme examinado, as constituições anteriores buscavam o direito à saúde com base na Previdência Social, porém esse modelo sofreu grande declínio, haja vista ter aumentado o custo da assistência médica. A Constituição Federal de 1988 trouxe grande extensão na área de direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral, que nas antigas Constituições, muitas vezes, foram esquecidos, sendo ela conhecida como a Constituição Cidadã.

Diversos países, há tempos, já haviam estabelecido em seu ordenamento a Seguridade Social, porém o Brasil, com mais de quarenta anos de atraso, foi instituir esse instituto somente com a Constituição de 1988 em seu artigo 194.<sup>45</sup>

Um dos grandes avanços na área social constituído pelo novo ordenamento jurídico constitucional foi ingressar na era da Seguridade Social, a qual visa assegurar direitos relativos à saúde. O texto Constitucional vigente em seu artigo 6º trouxe grande novidade, haja vista, ter reconhecido à saúde como um direito social, o que não era estabelecido em constituições anteriores.

O que tange à seguridade social, essa se rege por sete princípios basilares, que estão inseridos nos incisos do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, porém nem todos se aplicam à saúde.

O primeiro princípio da seguridade social que se aplica à saúde é que o atendimento e a saúde têm que alcançar a todos, tem que ser universal. Nesse sentido, é o ensinamento de Ana Paula Oriola de Raeffray:

---

<sup>45</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 276.

A universalidade é considerada o objetivo primordial do modelo protetivo atual, fundamentado na busca da realização da justiça e do bem estar social. Quando se refere à cobertura, abrange todas as contingências que podem gerar necessidade. [...] Entre tais necessidades é claro, está a preservação da saúde. Quando se refere ao atendimento, abrange todas as pessoas. É que a universalidade do atendimento substituiu na saúde, a medicina social ofertada pela Previdência Social aos trabalhadores, a qual sob a égide do militarismo havia tomado contorno nitidamente clientelista. Enfim, é a Saúde como direito de todos e dever do Estado.<sup>46</sup>

Portanto, a Carta Magna de 1988 estabeleceu que a prestação da saúde pública é um direito garantido a todos os cidadãos, abrangendo, assim, todas as situações que podem gerar necessidade, e, no que tange à universalidade do atendimento, tem que ser prestado a todos os cidadãos.

O segundo princípio da seguridade social que se aplica à saúde está elencado no artigo 194, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal, o qual preceitua a “[...] universalidade e equivalência dos serviços às populações urbanas e rurais”.<sup>47</sup> Desse modo, não se pode haver discriminação na aplicação da saúde para a população urbana ou rural. O serviço público de saúde tem que ser prestado a todos independente de sua localidade.<sup>48</sup> Com base nesse princípio, o Poder Público não pode deixar de prestar o serviço de saúde em razão de a pessoa morar em distrito rural.

Outro princípio da seguridade social que tem aplicação no direito à saúde é o da seletividade e distributividade das prestações. Nessa fileira:

A seletividade fixa no rol de prestações, enquanto que a distributividade define o grau de proteção devido a cada um. No caso da saúde, a prestação é integral, não havendo a seleção das principais necessidades, como ocorre na Previdência Social. É integral porque envolve as ações coletivas, de Saúde Pública, e as individuais, de assistência médica e hospitalar, curativa e preventiva. Também não existe um grau de proteção. O grau é o máximo, pois é a redução do risco de doença e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 278.

<sup>47</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan 19.

<sup>48</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 279.

<sup>49</sup> Op. cit. p. 280.

Assim, na aplicação do direito à saúde, o Poder Público não pode selecionar qual necessidade do particular é mais importante. Ele tem que atender a todas as necessidades referentes à saúde. Em relação ao grau de proteção, o agente estatal tem que utilizar o grau máximo para evitar o risco de doenças ou agravamento do caso.

No artigo 195 da Constituição Federal de 1988 está definido como a seguridade social, ou seja, a saúde, será financiada por toda a sociedade de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos entes estatais juntamente com as contribuições sociais que a Constituição Federal estabelece.

Já o artigo 196 da Carta Magna estabelece o direito à saúde para todos os cidadãos independente de qualquer circunstância, e, por sua vez o artigo 197 do referido diploma, disciplina que o serviço de saúde é de relevância pública e preconiza a competência do Poder Público em dispor sobre o tema. Numa mesma esteira, o artigo 198 prevê que as ações e serviços de saúde constituem um sistema único e organizado e que deve ser prestado de forma descentralizada por cada esfera de Governo, devendo ser financiado com recursos de orçamento da seguridade social, bem como por percentuais calculados sobre a arrecadação de cada ente, seja no âmbito Federal pela União, Estadual pelos Estados e Distrito Federal e municipal pelos Municípios.

Desta feita, o art. 198, §2 da Constituição Federal prevê o mínimo constitucional da receita a ser destinada para a Saúde, e estabelece que em se tratando da União essa deve direcionar 15% (quinze por cento) da sua receita líquida auferida no respectivo exercício financeiro para aplicação na saúde; bem como traz diretrizes sobre o repasse realizado pelos Estados e Distrito Federal e os Municípios.

O texto Constitucional menciona ainda sobre a necessidade de Lei Complementar tratar sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, e estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo. Para tratar sobre o tema, foi instituída a Lei Complementar nº. 141 de 2012.

O artigo 5º<sup>50</sup> da referida lei dispõe que a União irá aplicar anualmente, em saúde, o valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido no mínimo da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB), ocorrida ao ano anterior da lei orçamentária, momento em que, se ocorrer a variação negativa do PIB, não poderá reduzir o valor da destinação.

Já o artigo 6º da referida LC.141/2012<sup>51</sup> prevê que os Estados e o Distrito Federal devem aplicar nos serviços de saúde o mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação de seus impostos estaduais (ITCMD, ICMS, IPVA, e porcentagem repassada pela União sobre o Imposto de Renda e Imposto de Produtos Industrializados), deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios.

Referente à destinação orçamentaria pelo Município e o Distrito Federal para os serviços públicos de saúde, eles aplicarão no mínimo 15% (quinze por cento) da arrecadação de seus impostos municipais (IPTU, ITBI, ISS e porcentagem repassada pela União sobre o Imposto de Renda e Imposto de Produtos Industrializados), conforme estabelece o art. 7º da LC 141/2012<sup>52</sup>.

Vale frisar que referente ao Distrito Federal, por ele ser um ente de característica mista, deve ser compelido a arrecadar 12% (doze por cento) quando sua base de cálculo for estadual, e 15% (quinze por cento) quando sua base de cálculo for municipal. Caso não seja possível auferir qual a base de cálculo a ser utilizada, deverá o DF arrecadar 12% (doze por cento) sobre sua arrecadação direta anual.

Assim, essas são as porcentagens mínimas de arrecadação compelidas aos entes da Federação destinados aos serviços de saúde, as quais podem sofrer alteração em suas alíquotas, conforme reza o artigo 198, § 3º da Carta Magna. O texto Constitucional prevê ainda a possibilidade de as iniciativas privadas auxiliarem na prestação do serviço à saúde, desde que preenchido os requisitos legais.

Noutro giro, o artigo 200 faz menção à competência do Sistema Único de Saúde e menciona que deveria normatizar outras atribuições nos termos de lei própria. Nesse contexto, foi criada, em 19 de setembro de 1990, a Lei Orgânica da Saúde, a qual versa sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

---

<sup>50</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº. 141, de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm). Acesso em: 10 mar 19.

<sup>51</sup> Op. cit.

<sup>52</sup> Op. cit.

### 1.3.1 Sistema Único de Saúde

A Carta Magna Brasileira estabelece a lei fundamental e o limite do poder dentro do Estado, e, para complementar a Constituição, as Normas Infraconstitucionais exercem a função de regulamentar os direitos que a Constituição tutela.

Dessa forma, tem-se o direito fundamental à saúde, porém, para que haja uma efetividade no alcance deste bem, a criação de programas sociais se faz necessária. Esses programas estão classificados como normas infraconstitucionais, *in verbis* artigos 197 e 198 da Constituição Federal de 1988:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.<sup>53</sup>

Com a leitura do artigo supracitado, é possível verificar que o ordenamento jurídico pátrio previu a criação de lei que regulamenta o Sistema Único de Saúde.

No Brasil, uma das políticas sociais instituídas para regulamentação ao direito à saúde foi o Sistema Único de Saúde, na Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, juntamente com a Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

A corroborar com essa regulamentação, traz-se alhures o ensinamento de Moraes:

Ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei, compete:

controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;  
executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;  
ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde;

<sup>53</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan 19.

participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;  
 incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;  
 fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;  
 participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;  
 colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.<sup>54</sup>

Em decorrência dos mandamentos supracitados, constata-se que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 transferiu a criação de programas sociais para normas infraconstitucionais, como é o caso da implementação do Sistema Único de Saúde.

De outra banda, também é o ensinamento doutrinário de Ana Paula Oriola Raeffray, sobre a aplicação do Sistema Único de Saúde, *in verbis*:

Assim, o SUS nasce da necessidade de reformulação do segmento de saúde, na tentativa de conciliar a ampliação de cobertura e a contenção de cobertura e das despesas. As demandas cresceram em decorrência do modelo de universalização da saúde, bem como da exigência deste modelo na diversificação da cobertura.

[...]

Estruturalmente, O Sistema Único de Saúde está organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada, ou seja, em espaços populacionais preestabelecidos e segundo um critério de complexidade tecnológica. Em outras palavras, o SUS está fundamentado em princípios de descentralização, participação da comunidade, priorização das atividades preventivas, direção única em cada esfera de governo e atendimento integral.<sup>55</sup>

Diante do exposto, conclui-se que o Sistema Único de Saúde foi criado com a finalidade de ajudar o Poder Público a controlar e administrar a saúde pública em todo o território nacional. Ele visa também a estruturação econômica de arrecadação para a saúde.

A partir das premissas analisadas, pode-se passar a próxima parte deste estudo, centrada na análise do acesso à saúde pública.

<sup>54</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 276.

<sup>55</sup> RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 282.

Conforme já explanado, o direito à saúde é um direito fundamental a todos os cidadãos. Assim, qualquer pessoa deverá ter o acesso direto à saúde, pois sem esse direito de nada adiantaria os demais.

Esse acesso se baseia em dois princípios norteadores, o da igualdade e o da universalidade. Quanto ao princípio da igualdade, Mariana Filchtiner Figueiredo entende que:

O princípio da igualdade não determina o mesmo tratamento ou benefício a todos, mas assegura apenas que, no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, os indivíduos sejam tratados com igual preocupação e respeito. Em última análise essa garantia decorre da ligação próxima entre os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais.<sup>56</sup>

Assim, no acesso à saúde, o princípio da igualdade estabelece parâmetros no sentido do tratamento igual daquilo que é igual, e tratamento desigual daquilo que é desigual. Partindo desse prisma, entende-se que todas as pessoas terão acesso à saúde, mas serão respeitadas as características específicas de cada um.

No que tange ao princípio da universalidade, indispensável a citação do vocábulo que “saúde é direito de todos e dever do Estado”. Nessa perspectiva, o acesso à saúde deve ser para todas as pessoas.

Outro ponto a ser levantado é que o direito ao fornecimento de medicamentos e tratamentos também deve ser incluído no direito fundamental à saúde, uma vez que o Sistema Único de Saúde é o responsável por contemplar administrativamente sobre essa matéria, conforme estabelece o artigo 6º, inciso I, alínea d, da Lei nº. 8080 de 1990, *in verbis*: “Art. 6º. São incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS - I – a execução de ações: d) de assistência terapêutica e integral, inclusive farmacêutica”.

Com a análise do artigo supracitado, claro está a responsabilidade do Poder Público em fornecer medicamentos e tratamentos médicos aos pacientes. No entanto, é flagrante a precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos,

---

<sup>56</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 166.

muito dos quais demasiadamente são caros até para as classes de maior poder aquisitivo.

Nesse sentido, tem sido os julgados do Superior Tribunal de Justiça: “Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Constitucionalidade. Direito à Saúde. Medicamentos. Fornecimento a Pacientes Carentes. Obrigação Do Estado”.<sup>57</sup>

Dessa forma, patente está que o Estado tem o dever de prestar tanto os medicamentos, como os tratamentos que, por ventura, vierem a surgir para os indivíduos, num objetivo de alcançarem o bem-estar físico e psíquico.

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de também reconhecer o dever do Estado em dar efetividade aos direitos sociais e à implementação das políticas públicas, principalmente no acesso à saúde e à prestação dos medicamentos. Nesse contexto, o Poder Público não pode se furtar de sua competência alegando a insuficiência de recurso amparado na reserva do possível, devendo, por outro lado, buscar a efetivação desse direito em favor dos indivíduos, conforme os ensinamentos do julgado da ADPF 45/DF, que é analisada exaustivamente em momento oportuno.

Cumprida a menção, ainda que brevemente, da forma de financiamento da saúde pública no Brasil, sendo que a Carta Magna, em diversos artigos, entre os quais o 198, 212, atribui o dever de financiamento as três esferas de governo, Federal, Estadual e Municipal. Assim, resta claro que é dever da União, dos Estados, Distrito Federal e Município arrecadar e financiar o direito à saúde, cada qual na sua esfera de atuação, havendo uma vinculação específica entre receita e despesa.

A Constituição Federal, em seu artigo 198, previu a criação do Sistema Único de Saúde, que versaria sobre a aplicação da saúde pelo Poder Público, e ainda dispôs que as regras específicas desse sistema seriam estabelecidas por complementação de Lei Federal.

A fim de complementar, o ordenamento jurídico constitucional na data de 19 de setembro de 1990, entrou em vigor a Lei nº. 8.080 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes entre outras providências.

---

<sup>57</sup> SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *AgR 553712*. 1ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 19-05-09.

Corroborando com a lei do Sistema Único de Saúde foi instituída a lei nº. 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que versa sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e das outras providências.

Feitas essas considerações, constata-se que a saúde é um direito de todos, tendo em vista estar diretamente ligada ao direito à vida. Assim, pode ser considerada um direito fundamental à pessoa humana, pois sem saúde não há vida digna e sem vida de nada adiantaria a tutela dos demais direitos, devendo o Estado, por meio de políticas públicas, dar efetividade a esse direito.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SAÚDE PÚBLICA

Para iniciar o presente capítulo, cumpre trazer a menção a célebre obra *Revolução dos Bichos*, em que seu autor George Orwell recorre a uma sátira, a fim de retratar o período vivido na Inglaterra.

O citado enredo acontece em uma granja, onde os animais cansados de serem explorados e de viverem em condições sem garantias resolvem se rebelarem contra seus criadores, o próprio homem. Deflagram, assim, em uma guerra, na qual expulsam seus donos para fora da fazenda, tomando seus lugares. Essa revolução tinha por objetivo não apenas o banimento do proprietário, mas sim almejavam que, ao terem o poder de administração e controle em suas mãos, teriam atitudes diferentes, como não explorar um ao outro, e todos teriam os mesmos direitos e garantias. No entanto, não é isso que se pode observar, pois, ao final da história, os animais agem da mesma forma que seus criadores, repetindo, assim, a mesma injustiça do poder.

Tal qual ocorreu na granja dos animais, pode-se fazer um paralelo com o mesmo período vivido na Europa, em especial na França. Os homens cansados de serem explorados por uma classe dominante se rebelaram contra seus soberanos, com intuito de buscarem direitos e garantias iguais para todos, e, então, passariam a viver em igualdade, liberdade e fraternidade.

Valendo-nos dos ensinamentos da citada obra, inicia-se ao objeto que é desenvolvido neste capítulo, o tema sobre a dignidade da pessoa humana, trazendo seu conceito e sua evolução, desde seu tenro início até o desenvolvimento moderno.

### 2.1 CONCEPÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana no ordenamento pátrio é tida como um fundamento da República Federativa do Brasil, e segundo Ramírez é um valor intrínseco da pessoa, alcançando seu mais profundo ser.<sup>58</sup>

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O Estado democrático de Direito é alcançado por meio dos direitos fundamentais, uma vez que a pessoa humana é o fundamento da sociedade

---

<sup>58</sup> RAMÍREZ, Vergés Salvador. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 134

e do Estado, logo, deve-se sempre buscar a dignidade da pessoa humana como fim.<sup>59</sup>

Todo ser humano pelo simples fato de ter a característica de humano já possui o atributo da dignidade. Assim, a dignidade compreende o humano na sua integridade física e psíquica “[...] como autodeterminação consciente”.<sup>60</sup>

Tal como a origem dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana também teve origem e resquícios na religião cristã e na filosofia clássica, conforme assegura Sarlet<sup>61</sup>, desenvolvendo-se até nos dias atuais.

Um dos grandes construtores da dignidade da pessoa humana foi Kant, que em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* assinalou que o homem tem a capacidade de autodeterminação, “[...] o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como o fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.<sup>62</sup>

Imperioso ressaltar que a dignidade da pessoa não tem a existência condicionada às leis e ao Direito, porém pode ser promovida e reconhecida por eles, dando maior grau de efetividade.<sup>63</sup>

A dignidade da pessoa humana deve ser vista também como inviolável, devendo todas as autoridades do Estado respeitá-la, nesse sentido leciona Ridola:

Dessa concepção objetiva e absoluta da inviolabilidade da dignidade humana extrai-se, em primeiro lugar, que ela constitui o fundamento, não apenas do sistema de direitos fundamentais, mas também de todo o ordenamento de valores que embasam a Lei Fundamental, e, em segundo lugar, que a proteção absoluta de tal princípio reivindica tem como objeto não o indivíduo concreto e singular, mas o ser humano na sua dimensão antropológica.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88.

<sup>60</sup> GARCIA, 2010, p. 300 Apud SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord). *Princípios Humanistas Constitucionais: Reflexões sobre o Humanismo do Século XXI*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

<sup>62</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida por Paulo Quintela. Casagraf para Edições 70. Lisboa: Portugal. 2005, p. 68.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

<sup>64</sup> RIDOLA, Paolo. *A Dignidade Humana e o Princípio Liberdade na cultura Constitucional Europeia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 60.

Nesse sentido, é de se valer que a dignidade da pessoa humana deve ser um princípio sempre a ser alcançado por um Estado Social e de Direito. Vale lembrar, segundo os ensinamentos de Tavares<sup>65</sup>, que a dignidade da pessoa se refere também a seu poder de autodeterminar, de escolher suas decisões, ser o autor de sua própria história, sem interferência do Estado.

Por fim, ressalta-se que a força da dignidade da pessoa não se restringe a sua normatização, mas sim é vista com uma força intrínseca do próprio ser, devendo ser utilizada como base para toda criação das normas.

## 2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde está inserido junto aos direitos fundamentais que a Constituição Federal preceitua em seu artigo 1º, inciso III, como a dignidade da pessoa humana, sendo um dos direitos mais importantes para a pessoa, pois está atrelado ao direito à vida.

Nessa perspectiva, entra o dever do Estado em garantir o direito à saúde da melhor forma a todos os cidadãos. Assim é o ensinamento de Ordacgy.

A Carta Política de 1988 consagra com o fundamento da República, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e / ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. É a consagração da teoria do *mínimo existencial de dignidade humana*. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos do sistema capitalista podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.<sup>66</sup>

Dessa forma, verifica-se que a dignidade da pessoa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

<sup>65</sup> TAVARES, André Ramos. *15 anos da Constituição Federal: Em Busca da Efetividade*. Bauru: Edite, 2003, p. 19.

<sup>66</sup> ORDACGY, André da Silva. Saúde Pública Direito Humano Fundamental. *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo, ano XII, nº. 271, p. 28 e 29, 30 de abril de 2008. 29.

A doutrina de Alexandre de Moraes aborda sobre um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrada pela Constituição Brasileira como dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>67</sup>

Pelo exposto, convém notar que a dignidade da pessoa humana não é vista como um direito, pois a pessoa não tem dignidade apenas por estar na Constituição Federal, mas porque é um atributo que todo ser humano possui, independentemente de qualquer condição ou requisito, pelo simples fato de ser pessoa, tem-se dignidade, sendo assim, vista como um valor constitucional supremo.

A origem de dignidade da pessoa humana também foi com o pensamento religioso cristão, que defendia que o ser humano havia sido criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, necessitava viver dignamente. Segundo o autor, posteriormente, quem aprofundou o estudo sobre o tema foi o filósofo Immanuel Kant. No século XVIII, ele defendeu que o homem tem autonomia na sua vontade, por essa razão, não deve ser usado como um meio do sistema, mas sim como um fim em si mesmo.<sup>68</sup>

O Estado tem o dever de zelar para que toda pessoa viva com dignidade. Quando ele não proporciona essa proteção, acontece uma violação ao bem jurídico tutelado, sobre isso leciona Novellino, *in verbis*:

[...] haverá a violação da dignidade de uma pessoa quando esta for tratada como um meio para se atingir um determinado fim (aspecto subjetivo), sendo este tratamento fruto de uma 'expressão do desprezo' por sua condição (aspecto subjetivo). Esta acepção, ligada ao valor liberdade, possui um caráter negativo, por exigir uma abstenção, não apenas por parte do Estado, mas também dos particulares, impedindo que exerçam um direito com violação á

---

<sup>67</sup> MORAIS, Alexandre. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 128.

<sup>68</sup> NOVELINO, Marcelo Camargo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p.208.

dignidade essencial de outro ser humano. Qualquer ofensa a dignidade pessoal produzida em virtude do exercício de um direito acaba por transformá-lo em abusivo, privando aquele que atua dessa forma de qualquer apoio constitucional. **Em outro prisma, sem ter acesso a alguns bens e utilidade básico, o indivíduo não poderá ter uma vida digna, tampouco desenvolver plenamente sua personalidade. Por isso, a proteção à dignidade exige não apenas uma abstenção do Estado, mas, em alguns casos uma atuação positiva no sentido de fornecer bens indispensáveis para que os indivíduos menos favorecidos possam viver dignamente. Esse conjunto de bens e utilidades – como saúde, moradia e educação fundamental – imprescindíveis para uma vida digna, vem sendo denominado de “mínimo existencial (grifo nosso).<sup>69</sup>**

Em toda ação do Estado, deve o Poder Público privilegiar a manutenção da dignidade da pessoa humana, sendo um núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, que foram criados com intuito de promover e proteger a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema ainda leciona Novelino:

Os *direitos fundamentais*, compreendidos como os direitos humanos consagrados no plano interno, são normas positivas constitucionais. Após atravessarem fase de carência normativa na qual eram considerados meras declarações solenes, revestidas somente de valor moral, esses direitos tiveram sua normatividade reconhecida sendo alcançados à condição de normas jurídicas constitucionais. [...] A dignidade em si não é um direito fundamental, mas um atributo inerente a todo ser humano ou simplesmente um valor. Todavia, existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida.<sup>70</sup>

Fica evidente que o direito fundamental está inserido na dignidade da pessoa humana, sendo que é através dele que se alcançada a tutela jurisdicional para uma vida livre e digna, conforme preconiza o *caput* do artigo 5º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

<sup>69</sup> NOVELINO, Marcelo Camargo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 208-212.

<sup>70</sup> Op. cit, p. 222.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]<sup>71</sup>

O direito à vida é o mais destacado dos direitos fundamentais, pois é por meio dele que gravitam os demais direitos, sem vida não há como se pensar nos demais.

A Constituição Federal utiliza a expressão direitos fundamentais como gênero que se subdivide em espécies, tais como: Direitos Individuais; Direitos coletivos; Direitos sociais; Direitos de nacionalidade; e Direitos políticos.

O direito à saúde é um direito fundamental e está inserido no capítulo dos direitos individuais e sociais da Constituição Federal, podendo ser chamado de direitos a prestações materiais ou direitos a prestação em sentido estrito, assim explica Mendes:

Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos essenciais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite o gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste em uma utilidade concreta (bem ou serviço). **Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência, social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência (grifo nosso).**<sup>72</sup>

Nesse sentido, os direitos sociais são gênero, do qual o direito à saúde é uma de suas espécies, sendo liberdades positivas, e de observância obrigatório pelo Estado Social de Direito. Na Constituição de 1988, esses direitos estão disciplinados no artigo 6º, bem como de forma esparsa por todo.

Na mesma linha, Moraes nos leciona:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan 19.

<sup>72</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 293.

<sup>73</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 479.

Desse modo, conclui-se que os direitos sociais são imprescindíveis para a concretização das liberdades e dos outros direitos fundamentais, pois, através dele é que se busca a realização da igualdade material, mesmo não estando diretamente no rol desses direitos e garantias constitucionais, são tão fundamentais quanto os demais.

Os direitos sociais são indiscutivelmente direitos fundamentais, pois são indispensáveis para alcançar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, garantindo assim, meios de subsistência, o mínimo existencial para cada cidadão. É através dos direitos fundamentais sociais que o indivíduo pode exigir do Estado o efetivo exercício das liberdades fundamentais, na busca da diminuição das desigualdades sociais. Assim, os direitos sociais têm por objeto um atuar contínuo do Estado, através de uma prestação positiva em benefício do indivíduo, garantindo uma existência digna, ou seja, o mínimo necessário para a manutenção humana.<sup>74</sup>

*Mister*, faz-se ressaltar que conforme observado na Constituição Federal da República Brasileira, que protege os Direitos Sociais como sendo direitos fundamentais da pessoa humana, não se pode deixar de analisar a efetividade dos direitos sociais. Dirley da Cunha Júnior elucida melhor esse aspecto:

[...] Com efeito, o que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão somente prestações negativas, **os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providencia reflexa típica do modelo do Estado Bem estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.** Nesse sentido, é inquestionável que o princípio da *dignidade da pessoa humana* é a base de todos os direitos sociais, de tal sorte que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento. **O direito constitucional brasileiro, entretanto, não padece dessa omissão, na medida em que a nossa Constituição reconhece expressamente os direitos fundamentais** sociais, pelo menos os

<sup>74</sup> CUNHA, JUNIOR. Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível In NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Podivm, 2008, p. 366.

mais importantes à garantia do mínimo existencial. Enfim, diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. **A questão a ser ventilada neste trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque todos os direitos fundamentais, qualquer que seja sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial** (grifo nosso).<sup>75</sup>

Neste sentido, pode-se concluir que o Estado não pode se omitir do dever de prestar imediatamente os direitos sociais fundamentais e inerentes a todos os cidadãos, não pode alegar insuficiência de orçamento, haja vista, ser direitos ligados diretamente à vida do cidadão. Exigindo do Poder Público um estado de ação, uma prestação positiva, como forma de garantir, ao menos, o mínimo existencial da pessoa, de forma a alcançar o Estado de Bem-Estar Social.

Em resumo, é de se notar que os Direitos Sociais são tidos como direitos de prestação, independente de previsão legal, eles já existem pelo simples fato do ordenamento garantir a busca pelo Estado Social. Ao passo que, os direitos de defesa são vistos como uma forma de proteção do indivíduo em relação ao Estado, protegendo das ações abusivas de poder, momento em que, para o Estado tutelar esses direitos de defesa, basta apenas que ele não permita sua violação.

Vale dizer que os direitos sociais por terem essa característica tem força dirigente e determinante, e por isso sua eficácia não está limitada apenas no dizer da norma, mas sim no aspecto do Estado intervir ativamente nas prestações para busca de sua efetivação.

### 2.3 SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

É importante destacar que há controvérsia de entendimentos referente ao conteúdo do direito à saúde. O entendimento do doutrinador Schawartz é de que o texto constitucional, ao referenciar a palavra “recuperação” do art. 196, estaria

---

<sup>75</sup> CUNHA, JUNIOR. Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível In NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Podivm, 2008, p. 365.

interligado à saúde curativa. Já os vocábulos “redução do risco de doença” e “proteção”, significariam o interesse de prevenir do Estado. Não obstante, para o autor, a expressão “promoção” se referendaria na busca por uma vida de maior qualidade do cidadão.<sup>76</sup>

Contudo, para Figueiredo, o conceito de saúde, estabelecido na Carta Magna de 1988, estaria atrelado apenas a uma vida digna. Para ele, o conceito vai além de curar e prevenir doenças, mas sim a busca por uma vida saudável a todos os cidadãos.<sup>77</sup>

Schwartz traz consigo ainda o conceito de Saúde proposto pela Organização Mundial de Saúde:

O conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde – OMS -, ademais, teria alargado a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propugnar o aspecto positivo da “obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e sócia”. Com isso, a OMS teria retomado a idéia de qualidade de vida: ‘uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão somente preventiva’.<sup>78</sup>

Nesse liame, vale frisar que o direito não é uma ciência exata e passa por uma constante mutação. Assim, há diversos entendimentos, porém não se pode deixar de esclarecer que independente de qual conceito se aderiu, a busca é uma só, ou seja, a efetividade da saúde.

Por estar ligado a um dos maiores e importantes direitos que é a vida, o direito à saúde não está protegido apenas na órbita constitucional nacional, pelo contrário, está atrelado expressamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – DUDH/ONU, bem como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

Nesse mesmo sentido, Figueiredo ensina:

No direito constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no artigo 6º, *caput*, e, em mais detalhes, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, material e formalmente. Assevera Sarlet que a fundamentalidade formal do

<sup>76</sup> SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

<sup>77</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81.

<sup>78</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 27, Apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológica normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculativa impostas aos Poderes Públicos pela norma contida no artigo 5º, § 1º, do texto constitucional. Já a fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde como bem jurídico tutelado pela forma norma constitucional, diretamente relacionado a outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.<sup>79</sup>

O direito à saúde está diretamente inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana que a Constituição da República Federativa do Brasil preceitua. Também está diretamente interligado aos princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, pois, como já explanado, a saúde é um mínimo necessário de todo o cidadão, para que, assim, possa alcançar os demais direitos e garantias essenciais. Portanto o direito à saúde é um direito social imediatamente aplicável, segundo estabelece Dirley da Cunha Júnior, *in verbis*:

O direito à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição Brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, *garantido* mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação* (art.196). Aqui fica até mais fácil defender a imediata aplicabilidade desse direito social, com a possibilidade de sua efetivação judicial, uma vez que está em jogo a preservação do bem maior: a vida humana. Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor 'vida', o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde, uma vez que, denegá-lo, significaria o mesmo que admitir a aplicação da pena de morte [...]. O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo sã como por evitar que ele se torne doente. A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito exigir judicialmente do

---

<sup>79</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85.

Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.<sup>80</sup>

Cunha explica, portanto, que o direito à saúde está ligado ao bem maior que é a vida humana, por isso é imediatamente aplicável, e, se não bastasse, a própria Constituição Federal estabeleceu esta característica.

Dessa feita, fica evidente que o direito à saúde não tem força apenas de norma programática, devendo seu aplicador, seja o legislador, o administrador ou o juiz, buscar a máxima efetividade da norma.

Ao se referir ao direito à saúde, não se pode deixar de citar e estudar o Direito ao Mínimo Existencial, que deve ser resguardo no sentido do poder estatal dar efetividade as condições mínimas de existência do cidadão, agindo de forma a assegurar um mínimo de dignidade à pessoa que necessita do amparo estatal. Sobre o tema, leciona Torres:

[...] O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir a desigualdades sociais e regionais' (art.3º,III), além de imunizá-los em alguns casos contra a incidência de tributos (art.5º, itens XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 4º, etc.). [...] No art. 6º da CF 88, que define os direitos sociais, há um certo espaço para o mínimo existencial, tendo em vista que este se aproxima dos direitos fundamentais sociais ou, em outro giro, o mínimo existencial marca a jus fundamentalidade dos direitos sociais [...].<sup>81</sup>

Posto isso, entende-se como Direito ao Mínimo Existencial os direitos do cidadão que devem ter uma garantia mínima. A Constituição Brasileira não tem um artigo expresso sobre esse tema, porém, é recepcionado em seus princípios constitucionais, versando assim sobre direitos fundamentais do homem, além da dignidade da pessoa.

Indispensável arrazoar que não basta ser direito para ser resguardado no mínimo existencial. O direito tem que versar sobre circunstâncias existências dignas, à luz da doutrina de Ricardo Lobo Torres:

<sup>80</sup> CUNHA, JUNIOR. Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível In NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Podivm, 2008, p. 385.

<sup>81</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11.

Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei 8.742/93, ou mínimo social (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também ao conceito de direitos fundamentais. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existências dignas*. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo [...].<sup>82</sup>

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são garantias que versam sobre a pessoa humana, mas o cidadão não pode ter suas garantias limitadas a questões econômicas. Não se pode fechar os olhos para aquelas pessoas que não tenham condições de se sustentar, que vivem na miséria, sem condições de alimentação, nem para pagar impostos. São essas pessoas que o direito ao mínimo existencial visa proteger, a fim de assegurar-lhes pelo menos o direito ao mínimo que uma pessoa precisa para viver.

Como forma de garantir esse direito, em meados do ano 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu que toda pessoa tem direito a pelo menos o mínimo necessário para uma vida digna, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no ano de 1996, ampliou e aperfeiçoou o catálogo dos direitos constantes na Declaração de 1948. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica), na data de 1960, firmou acordo no qual os Estados que participavam desse pacto estariam ajudando, colaborando um com os outros a fim de dar plena efetividade ao direito ao mínimo existencial.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

<sup>83</sup> Op. cit. p. 11.

Não se pode esquecer que o Brasil também é signatário dos tratados de Direitos Internacionais de Direitos Humanos, e que os países que se comprometem ficam na obrigação de tentar cumprir o pactuado, sob pena de sanções de ordem internacionais. É imprescindível expor que o Brasil tem que se esforçar cada vez mais para que haja uma efetividade nos direitos e garantias fundamentais do homem.

#### 2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Como já tratado, o Brasil, na Constituição Federal de 1988, consagrou, como princípio, a dignidade da pessoa humana e com ela flutuam os direitos e garantias fundamentais do cidadão, dentre eles o direito à saúde.

O número das demandas judiciais requerendo a efetividade desse direito tem aumentado. De um lado, a falta de efetividade das políticas públicas marcadas sempre pela justificativa orçamentária, já do outro, tem-se o cidadão, buscando garantir o mínimo de efetividade.

Para Lima<sup>84</sup>, o acesso à saúde no Brasil deve ser pautado por critérios racionais, em que o direito à saúde não seria um “poder do indivíduo”, mas sim devendo ser aplicado como “relação de justiça social”. Ao passo que não se pode falar em direito pelo simples fato de prever, cumprindo o legislador com sua função. Deve-se, contudo, ser pautado em critérios racionais e práticos, pois a simples rotulação de direitos tidos por fundamentais levaria a uma vulgarização do tema, retirando a eficácia de norma.

Pode-se dizer que foi pela atuação do judiciário grande parte de concretização dos direitos sociais, inclusive o acesso à saúde. Porém, o que deve se levar em conta é sua aplicação racional, sob a pena de haver seu enfraquecimento, devido à grande demanda, o que descaracterizaria seu aspecto fundamental.<sup>85</sup>

Para Lazari, deve-se adotar “posicionamento restritivo à incondicionada intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas sob o manto do ativismo judicial”, pelo fundamento que a interpretação da norma não é exclusiva do

---

<sup>84</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critério de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula (Org.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 248.

<sup>85</sup> Op. cit. p. 247.

Judiciário; e sua interpretação deve ter limites na realidade fática. Além de que deve-se haver controles entre os poderes, não podendo um ser superior ao outro. O autor sustenta ainda que o Poder Julgador não pode se esquivar, alegando falta de fundamentação legal para isso<sup>86</sup>.

Nesse sentido, Lima assegura “[...] o modelo adotado no Brasil deve contemplar critérios racionais, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público”.<sup>87</sup>

Dessa forma, não se tenciona fazer uma discriminação a prestação da saúde pelo Poder Público, nem tão pouco limitar sua abrangência, porém o que se busca é impulsionar uma reflexão sobre a vulgarização do direito à saúde, chegando a redução de seus alcances. Como citado acima, Lima ainda defende que critérios deveriam ser adotados para aplicação do direito à saúde, a fim de não se tornar algo nem tão longe de ser alcançado pelo cidadão, nem impossível de ser implementado pelo executivo<sup>88</sup>.

O primeiro critério proposto seria referente à harmonia e à independência dos poderes, ao passo que o judiciário, ao julgar questões sobre a demanda da saúde, observe a existência de lei sobre o tema, bem como as políticas públicas implementadas.<sup>89</sup> Nesse ponto, deve o julgador, ao apreciar demandas do direito à saúde, analisar todas as leis já editadas sobre o tema, inclusive no que se refere à legislação municipal ou estadual.

O segundo critério a ser considerado é que no julgamento seja observada a escassez dos recursos públicos, bem como a “universalização igualitária” da prestação da saúde, sem que haja prejuízo para um em detrimento do outro.<sup>90</sup> O juiz deve se valer de critérios de razoabilidade, pautados na reserva do possível.

O terceiro critério trata sobre os “trabalhos de caráter técnico-científico”. Segundo o autor, o julgador da demanda deve observar os medicamentos e tratamentos comprovados, devendo ser evitado o Poder Público custear com tratamentos duvidosos e com custo elevado de forma desnecessária. Deve o

---

<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. 196.

<sup>87</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critério de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula (Org.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 249.

<sup>88</sup> Op. cit. p. 248.

<sup>89</sup> Op. cit. p. 248.

<sup>90</sup> Op. cit. p. 250.

juiz julgador preponderar os protocolos científicos sobre o caso concreto.<sup>91</sup> Não pode o julgador autorizar que o Poder Público arque com medidas experimentais, devendo sempre se respaldar em métodos eficazes, e de origem confirmada.

Como quarto e último critério, Lima propõe um padrão e fundamentação das decisões judiciais, devendo existir uma certa previsibilidade pelo Poder Público.<sup>92</sup>

Inúmeras têm sido as ações contra o Poder Público para a efetivação da saúde. É certo que a saúde é um direito do cidadão e sua efetivação deve ser sempre almejada pelo Poder Público, porém é necessário sempre agir com parcimônia e razoabilidade, a fim de que direitos individuais não extrapolem os limites e coloquem em risco os direitos coletivos e sociais.

---

<sup>91</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critério de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula (Org.). *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 251.

<sup>92</sup> Op. cit. p. 252.

### 3 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Neste capítulo, aborda-se sobre a força normativa dos direitos fundamentais, as definições sobre direito de defesa e os fundamentais prestacionais, suas características e distinções. Além disso, é explanado sobre o grau de efetividade dos direitos sociais, na busca de traçar um paralelo entre os de aplicação imediata e os de condicionadas.

Outro aspecto que se desenvolve no decorrer, deste capítulo, é o mínimo existencial, que atua como importante agente concretizador do Direito à saúde, tendo como resquício garantir o acesso digno à saúde.

Por outra sorte, traz-se à baila os estudos sobre a reserva do possível, instituto que visa limitar a prestação dos direitos fundamentais, fazendo ainda um confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

#### 3.1. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL

A Constituição Federal brasileira, que no ano de 2018 completou trinta anos, é reconhecida como a Constituição Cidadã, repleta de direitos e garantias individuais, que direciona para a função social, e que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, toda revolução traz consigo muita escuridão e períodos de incertezas, porém o seu pós sempre é marcado pelo desenvolvimento e ampliação de direitos. Assim também foi o período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, o qual foi caracterizado pelas garantias dos direitos humanos, influenciando os direitos humanos inclusive do mundo ocidental.

Tal como na Revolução Francesa (1789) e na Independência dos Estados Unidos (1776), o Brasil também teve seu marco histórico assumindo um novo modelo constitucional, tendo roupagem de Estado Democrático de Direito<sup>93</sup>. Sobre isso, Barroso ensina:

[...] No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por

---

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

ocasião da discussão prévia, convocação elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargos de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. [...]

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços.<sup>94</sup>

Assim, claro está que a Constituição de 1988 foi um grande marco no Direito brasileiro, corroborando para o progresso do país, inclusive no que tange às garantias e direitos fundamentais por ela resguardados. Como se sabe, a Carta Magna trouxe consigo muitas garantias, contudo tem sido de grande dificuldade a efetivação delas, principalmente em relação à concretização dos direitos sociais.

Martinéz explica sobre a função subjetiva dos direitos fundamentais, argumentando que eles servem como uma limitação do poder, para evitar atividade danosas. Eles contribuem para a criação do próprio poder, e com a obtenção da prestação de seus serviços, estabelecendo vínculos entre a sociedade e o Estado, a fim de abolir toda figura totalitária e anarquista.<sup>95</sup>

Segundo Marmelstein, os direitos fundamentais devem ser analisados pela dimensão subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva se refere a “força normativa”, tendo aplicação “direta e imediata”, dando aos seus titulares o direito de buscar sua efetivação. Por outro lado, a dimensão objetiva sugere que os direitos fundamentais são valores, os quais devem ser observados por todo o ordenamento, “exigindo que toda interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre”.<sup>96</sup>

É por meio da densidade normativa que se gradua a carga de eficácia dos direitos fundamentais, vinculando pela forma que foram proclamados e sua função originária.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246.

<sup>95</sup> MARTINÉZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 140).

<sup>96</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 282.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 282.

Para Sarlet e Figueiredo os direitos sociais “expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.” Afirmando ainda que esses direitos abrangem “prestações positivas”, bem como “direitos de defesa, ações negativas”.<sup>98</sup>

Os direitos de defesa, tidos como direitos negativos, subjetivos e individuais, por exigirem uma atitude negativa do Poder Público ou comportamento omissivo. Eles têm eficácia e aplicação imediata pelo ordenamento constitucional e como regra, não dependem de criação de lei para se efetivar, abrangendo os direitos de liberdade e igualdade.<sup>99</sup>

Os direitos de defesa são diretamente aplicáveis, e na maioria das vezes não exigem leis ou atos normativos para se efetivarem. Contudo, situação oposta ocorre com os direitos fundamentais prestacionais de cunho positivo, exigindo uma prestação de fato ou normativa, impondo um fazer por parte do Estado. Vale frisar que, por mais que sua aplicabilidade seja reduzida, pela necessidade de um *facere* estatal, não se pode deixar de esclarecer que pelo simples fato de ser um direito fundamental já lhe é resguardada a característica de aplicação imediata,<sup>100</sup> garantida pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, §1º.

Os direitos sociais como direitos de prestações, “consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus social*”.<sup>101</sup>

Com efeito, os direitos prestacionais tem por objeto a destinação e distribuição pelo Estado, devendo o Poder Público agir de forma a melhorar, distribuir ou redistribuir os recursos já existentes.<sup>102</sup>

Os Direitos Sociais são de cunho fundamental, e, via de regra, têm aplicabilidade imediata e assegurada por todo o ordenamento jurídico. Ao passo que sua dimensão subjetiva dá ao indivíduo a possibilidade de exigir sua efetivação quando não estiver sendo garantido, devendo o Poder Público garantir sua aplicação.

---

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Direito à Saúde: algumas aproximações In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos [et al]. *Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 283.

<sup>100</sup> Op. cit., p. 289.

<sup>101</sup> Op. cit. p. 292.

<sup>102</sup> Op. cit. p. 292.

A respeito da eficácia dos direitos sociais, é necessário o estudo específico sobre a aplicação das teorias do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível.

### 3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL: DEFINIÇÃO E APLICABILIDADE NO ACESSO À SAÚDE

Não se pode falar de eficácia dos direitos sociais sem ser tratada a teoria do mínimo existencial. Ainda que de forma pincelada, é imprescindível apresentar aspectos sobre o tema, que, no Brasil, é amplamente estudado por Ricardo Lobo Torres.

Pode-se dizer que a ideia de uma garantia mínima de vida teve origem desde os tempos mais remotos. Pelo Cristianismo, foi difundida sobre a necessidade de ajudar aos necessitados, e em muitas passagens Bíblicas o próprio Jesus ensinava aos seus discípulos sobre o auxílio às pessoas carentes.

Segundo leciona Torres, o direito ao mínimo existencial se fundamenta no Estado Democrático de Direito, na “Teoria dos Direitos Humanos e no constitucionalismo”.<sup>103</sup>

Lazari conceitua o mínimo existencial como sendo o “conjunto de condições elementares do homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.<sup>104</sup>

Galassi, por sua vez, conceitua o mínimo existencial como:

Todo o ser humano tem direito a uma atenção do Estado, ainda mais em se tratado de pessoas que necessitam de amparo para sua própria sobrevivência. A dignidade humana não terá valor se não for possível exigir do Estado que o mesmo realize ações que possam dar aos desamparados as condições mínimas necessárias para se ter uma vivência digna. Isso não quer dizer que o Estado esteja efetivando ações no sentido de dar a essas pessoas um tratamento diferenciado no sentido de privilégios, mas ao contrário, é necessário que o Estado possa garantir pelo menos um mínimo de direitos para que essas pessoas possam se desenvolver no próprio Estado.

[...]

A garantia de uma vida digna está ligada diretamente a existência de direitos sociais mínimos, da garantia de que o Estado está atendo as

<sup>103</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 07.

<sup>104</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.

reivindicações de grupos em condições desumanas, no sentido de efetivar prestações positivas que possam garantir a essas pessoas a própria sobrevivência no meio pessoal.<sup>105</sup>

O direito ao mínimo pode ser definido como uma garantia mínima de vida digna, sendo que sem essa segurança, não se pode dizer que há a aplicação dos direitos sociais, que integram os direitos fundamentais, dando dignidade para aqueles que vivem abaixo da linha da pobreza e que necessitam de uma assistência para garantir sua existência.

Ana Paula Barcellos também corrobora:

Nesse contexto, e seja qual for a fonte dessas limitações do ponto de vista normativo, há certo consenso teórico no sentido de que alguns conteúdos são considerados essenciais à própria existência da democracia, ainda que haja infindo debate acerca do sentido exato de cada um deles nas mais diversas circunstâncias. Seja como for, uma lista elementar desses conteúdos certamente incluiria as regras básicas de funcionamento da própria democracia e a proteção dos direitos fundamentais, cláusula que poderia ser desdobrada para enumerar a garantia das liberdades, do mínimo existencial, dos direitos políticos, dos direitos das minorias, da liberdade de crítica aos governantes, além de eleições periódicas livres e de publicidade dos atos do Poder Público<sup>106</sup>

Vale lembrar que segundo Torres “não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que sejam direitos e situações existenciais dignas”.<sup>107</sup>

A Constituição de 1988 não reconhece diretamente o direito ao mínimo existencial no Brasil, porém ele está entrelaçado na “ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.<sup>108</sup>

Assim, está arraigado nos textos constitucionais a questão do mínimo existencial, sendo, inclusive, um dos fundamentos constitucionais a erradicação da

<sup>105</sup> GALASSI, Almir. O Acesso à Justiça como garantia dos Direitos Fundamentais das Minorias. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org). *O Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política, econômica*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2012, p. 34-35.

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.123.

<sup>107</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>108</sup> Op. cit. p. 36.

pobreza, bem como nos direitos sociais e direitos e garantias fundamentais, demonstrando assim sua proteção sobre o tema.

A origem da teoria do mínimo existencial, tal como ocorreu com os direitos fundamentais e direitos humanos, teve seu desenvolvimento e positivação na Alemanha. Seus primeiros reconhecimentos nos escritos de Otto Bachof<sup>109</sup>, que evoluíram para outros ordenamentos constitucionais, inclusive para aqueles que têm base o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, conforme já mencionado, o ordenamento não prevê expressamente, porém está arraigado nas normativas, o que o permite ser objeto de estudo e desenvolvimento por diversos doutrinadores pátrios. Nesse sentido, segundo Sarlet e Figueiredo, “independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorre já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana”<sup>110</sup>.

No âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o tema tem sido debatido ainda que de forma superficial, estando em constante construção. O mínimo existencial pode ser observado pela primeira vez no julgamento da ADPF 45/2004 do Distrito Federal; em seguida, em 2005, no julgamento do AG REG RE 410.175/SP; em 2007, em ADI 3.768/DF; e, em 2008; no julgamento SL 228/CE.<sup>111</sup>

A estrutura normativa do mínimo existencial, segundo Torres, não pode ser considerada nem valor, nem princípio, ainda que estes estejam calcados nos valores e princípio dos direitos fundamentais, mas sim como uma regra, “porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”<sup>112</sup>. Em outras palavras do autor, “o mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade”<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008. p. 20. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 02 jan 2019.

<sup>110</sup> Op. cit. p. 25.

<sup>111</sup> DA SILVA, Giovanna Malavolta. *O Mínimo Existencial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação de Milena Ginjo. 2016. p. 26. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Giovanna-Malavolta-D.-Sociais-e-Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: 06 dez 18.

<sup>112</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

<sup>113</sup> Op. cit. p. 83.

Segundo o autor, o mínimo existencial não se caracterizaria como princípio, pois lhe falta exibir os requisitos para tal. Também não pode sofrer ponderação, pois está entrelaçado nos direitos fundamentais.<sup>114</sup>

Por ser considerado regra e não princípio, é importante que se apresentem características de similaridade e de diferenças entre regras e princípios, conforme afirma Robert Alexy:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo un cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que um principio valga para um ca no se interfiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los pincipios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre uma razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respcto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que em ellas se ordena, contienen una determinación em el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracassar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice (2002, p. 99)<sup>115</sup>.

Pode-se inferir, portanto, que os princípios são tidos como informativos de todo o sistema jurídico, e não apenas normatização de uma lei; não contêm mandamentos definitivos, enquanto que as regras contêm uma determinação a ser alcançada.

Conforme já mencionado, o mínimo existencial não tem sua estrutura normativa de valor e princípio, mas sim são regras. mesmo assim, os valores e princípios gerais de direito devem ser observados.

<sup>114</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

<sup>115</sup> Tradução: Os princípios exigem que algo seja realizado com a maior eficiência possível, dentro das possibilidades jurídicas fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contem um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por motivos antagônicos. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõe da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, valha, definitivamente, aquilo que a regra prescreve.

Ao aplicar o mínimo existencial, deve-se pautar nos valores sociais, como da liberdade, igualdade, justiça, segurança, solidariedade e felicidade; nos princípios, os mesmos definidores dos direitos fundamentais, tais como, dignidade da pessoa humana, cidadania, democracia, Estado Liberal, Social, e Democrático de Direito; e também nos princípios da ponderação e razoabilidade.<sup>116</sup>

Como exposto, o mínimo existencial deve ser pautado nos princípios constitucionais de direitos, nos direitos fundamentais e valores sociais, e sua efetividade tem estrita relação a assegurar uma vida digna à pessoa, diretamente ligado ao “núcleo essencial dos direitos fundamentais”.<sup>117</sup>

Segundo Bonavides, não se pode falar em Estado Social se não tiver condições e meios para produzir o exercício dos direitos fundamentais, devendo ser reconhecido o “estado de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade”<sup>118</sup>. Assim, não se pode falar em Estado Social no Brasil, se não tiver a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, e a efetividade do mínimo existencial.

Os princípios que regem o mínimo existencial são alicerçados nos princípios constitucionais fundamentais e no Estado social de direito, bem como tem sua fundamentação alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana passou a ser vista com uma nova roupagem, não sendo mais conceituada como um princípio superior aos demais, passando ao status de ponderação, dando origem ainda aos direitos fundamentais e sociais, conforme advoga Torres.<sup>119</sup>

No que se refere ao direito à saúde e sua concretização como mínimo existencial, verifica-se como um direito positivo, exigindo do Estado uma atuação prestacional, sendo previstas sua efetivação e garantia em diversos pontos na Constituição, e também em leis esparsas.

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 196, sobre o direito à saúde e, em seu art. 6º, caracteriza-a como um direito social. “A CF distinguiu, sem a menor

<sup>116</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008. p. 26. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 02 jan 19.

<sup>118</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 343.

<sup>119</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151.

dúvida, entre as prestações de saúde que constituem proteção do mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que deveriam ser gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que poderiam ser custeadas por contribuições”.<sup>120</sup>

O ordenamento constitucional pátrio institui a saúde como um direito de todos e dever do Estado promover, por meio do Sistema Único de Saúde, cumpre dar efetivação a esse direito. Contudo, nesta parte do estudo cabe indagar: quem são efetivamente os destinatários? Há algum critério de utilização? Como garantir a efetividade desse direito sem ficar apenas na letra e utopia da lei?

Pela leitura do texto constitucional, resta claro que a titularidade é a pessoa em si, assim todos teriam direito ao acesso, sendo universal e geral, criando inclusive o Sistema Único de Saúde (SUS), e o sistema privado, em que instituições privadas atuam complementando o sistema do governo.<sup>121</sup>

Na prática não há nenhum critério de utilização desse sistema, momento em que, tanto rico como pobre poderiam recorrer a ele, “a universalidade desses direitos não significa que devam ser assegurados de ‘igual’ forma a todas as pessoas”<sup>122</sup>. Para esse autor, a igualdade deve ser analisada ainda pela perspectiva das desigualdades, não podendo tratar de modo igual o que é desigual.

Assim, não se pode querer garantir os direitos sociais para aqueles que de fato não precisam, ainda que lhes sejam assegurados.<sup>123</sup> Todavia o que se verifica é que cada vez mais a saúde tem sido prestada de forma precária e não há recursos suficientes para efetivar as políticas públicas, muitas vezes, caracterizadas como ineficiente.

Como se pode observar, não há um limite entre o que seria o mínimo existencial e a efetivação do direito à saúde. Para Sarlet e Figueiredo, uma análise de efetivação do mínimo existencial na esfera da saúde pública deve ter como parâmetro a efetividade, impedindo omissões, medidas insuficientes de proteção e promoção por parte dos agentes estatais, bem como nas relações com particulares, quando assim o exigir.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 245.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 248.

<sup>122</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 167

<sup>123</sup> Op. cit. p. 168.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Direito à Saúde: algumas aproximações In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula

Seguindo os citados autores, para a efetivação do mínimo existencial na saúde é necessário comprovar a necessidade de cada caso em particular, configurando a demonstração do caso concreto. Sugerem ainda que, para se garantir o acesso ao mínimo, devem ser levadas em consideração a classe econômica da pessoa e sua possibilidade de custear, ainda que com dificuldade, o tratamento. Nesse sentido, deve-se analisar a grande desigualdade social, em que o mínimo não poderia se esconder no simples argumento de pagamento dos impostos.<sup>125</sup>

O Poder Público tem o dever de prestar a saúde para todos os cidadãos, todavia, quando ele deixa de prestar esse serviço, ou presta de qualquer forma, não analisando as devidas cautelas, pode-se declarar que há uma precariedade na prestação da saúde pública.

Por fim, o que se constata é que o mínimo existencial atua como importante agente concretizador do direito à Saúde, pois, calcado em suas ordenanças, é possível garantir o acesso com dignidade.

### 3.3 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL, CONCEITO E APLICAÇÃO NO BRASIL

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, prevê em seu ordenamento a proteção dos direitos e garantias fundamentais, resguardando os direitos sociais, os quais são direitos subjetivos e positivos, exigindo assim um *facere* estatal. Assim, o Poder Público deve sempre buscar a efetivação desses direitos. No entanto o que se vê na prática é a ausência do Estado no cumprimento de políticas públicas sob a justificativa da falta de recursos e o elevado custo Brasil, utilizando-se da teoria da reserva do possível para a não efetivação desses direitos.

Mencionando os ensinamentos de Canotilho sobre o conceito de reserva do possível, *in verbis*:

1. Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

---

de Barcellos [et al]. *Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

<sup>125</sup> Op. cit, p. 42

2. Reserva do Possível significa a *tendência para zero* da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Há uma dose de verdade em todas estas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) *pela insusceptibilidade de controle jurisdicional* dos programas político-legislativo a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns “dogmas” contra os direitos sociais.<sup>126</sup>

Com essas premissas, faz-se necessário verificar a fundamentalidade dos direitos sociais, e entende-se que o Poder Público não pode se valer das questões orçamentárias para não efetivação dos direitos sociais, devendo se pautar na razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo Sarlet e Figueiredo, a reserva do possível estaria ligada à “efetividade dos direitos sociais, a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”.<sup>127</sup> “A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais”<sup>128</sup>

Nesse sentido, a reserva do possível pode ser vista como um mecanismo de defesa do Poder Público, que, baseado nas limitações de suas reservas financeiras, deixaria de dar efetividade aos direitos sociais. Essa particularidade tem origem na jurisprudência da Corte Alemã. Ao julgar um caso concreto, em que o pedido se referia às vagas das universidades de medicina, alegando que não poderia haver

<sup>126</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais* In: Estudo sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 107-108.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Direito à Saúde: algumas aproximações In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos [et al]. *Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

<sup>128</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

referidas limitações. Foi, então, que o Tribunal Alemão fixou entendimento de que não era obrigação do Estado custear os serviços de educação a todos os cidadãos, mas sim deveria demonstrar “que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis”.<sup>129</sup> Dando essa decisão, o tribunal estaria se manifestando no sentido de que os direitos sociais de prestação estariam limitados à capacidade financeira do Estado.

No Brasil, por sua vez, a Corte Nacional não trata com frequência sobre o tema, mas no julgamento da ADPF 45/DF trouxe suas considerações a cerca da reserva do possível, declarando que não poderia ser justificada sua aplicação em desfavor de indivíduos, ferindo, assim, o núcleo da “reserva do possível”.

A reserva do possível atuaria como uma limitação dos direitos fundamentais, conforme advoga Sarlet:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar de invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.<sup>130</sup>

Referendada nas lições de Sarlet, verifica-se que a reserva do possível deve ser empregada como exceção, pois, primeiramente, deve-se buscar a efetivação dos direitos sociais. Como se sabe, na Constituição Federal de 1988, está disposto como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, e, para ser aplicada, deve ser pautada sob três dimensões, a fática, a jurídica e a dimensão negativa.

Segundo Figueiredo, a dimensão fática está “atrelada à noção de limitação dos recursos materiais, normalmente equiparados aos recursos financeiros que o Estado pode dispender”<sup>131</sup>. Segundo Kelbert, a aplicação do mínimo existencial não pode se valer apenas no critério de escassez financeira sob pena de retirarem das normas constitucionais a vinculação jurídica<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 296.

<sup>131</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

<sup>132</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 130.

A dimensão jurídica pauta-se na ideia de que o “Poder Judiciário goza de legitimação para determinar uma despesa que vise à garantia do mínimo em conteúdo do direito pleiteado, o que não significa que não devem ser tomadas em consideração as consequências orçamentárias de sua atuação”<sup>133</sup>.

Por dimensão negativa da reserva do possível, Figueiredo afirma que “em alguns casos o deferimento da prestação individualmente pleiteada poderá gerar o esvaziamento do orçamento previsto para satisfazer prestações universais”.<sup>134</sup> Por isso, nesses casos, poderá ser aplicada a reserva do possível.

Para Marmelstein, só se pode se valer do argumento da reserva do possível se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>135</sup>

Conforme todo o exposto, é salutar mencionar que a reserva do possível é uma limitação da efetivação dos direitos fundamentais, por isso sua utilização deve ser pautada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que assim não haja uma violação à dignidade da pessoa humana. Toda vez que houver um conflito de interesses e uma colisão dos direitos fundamentais, colocando a satisfação de um em detrimento do outro, serão necessárias escolhas, as quais devem ser fundamentadas pelo crivo da proporcionalidade.

Segundo Canotilho, o Princípio da Proporcionalidade se referia primeiramente as limitações do Poder Executivo, ou seja, medidas aplicadas para as restrições da liberdade individual, evoluindo para um princípio amplo da proibição do excesso, estando ligado diretamente aos direitos fundamentais.<sup>136</sup>

Figueiredo ainda leciona sobre o caráter dúplice do princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade apresenta caráter dúplice, ao menos no campo dos direitos fundamentais, por viger tanto sob a forma de objeção, quanto de parâmetro mínimo de eficácia desses direitos. Incide como fator de restrição a determinado direito fundamental, para afastar posições subjetivas não compreendidas na tutela jusfundamental e, com isso, evitar os excessos, e a

<sup>133</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 131.

<sup>134</sup> Op. cit. p. 131.

<sup>135</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.

<sup>136</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais* In: *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 259.

absolutização dos direitos fundamentais. Todavia, também se faz vigente para impedir abusos na restrição a esses mesmos direitos, operando como critério de aferição da razoabilidade das medidas restritivas. É utilizado, por conseguinte, como diretriz de vedação dos excessos e insuficiências, a fim de assegurar, a final, a salvaguarda dos direitos fundamentais, bem como a unidade e supremacia normativa do sistema constitucional.<sup>137</sup>

Nesse sentido, verifica-se que toda decisão que se valerá da reserva do possível referente à aplicação dos direitos fundamentais deve ser pautada e justificada no princípio da proporcionalidade, a fim de evitar uma violação à dignidade da pessoa humana.

Quanto à ponderação pelo princípio da razoabilidade, sugere-se uma análise específica e concreta de um bem em detrimento do outro, sendo necessário o “exame das condições da pessoa afetada, torna-se evidente a imprescindibilidade de realização do juízo de razoabilidade *in concreto*”.<sup>138</sup>

“A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”.<sup>139</sup>

A jurisprudência pátria não trata com muita profundidade sobre a reserva do possível. Porém na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 45 do Distrito Federal, tem-se uma decisão monocrática, na qual o Ministro Celso de Mello leciona sobre a intervenção do Poder Judiciário para implementação de políticas públicas, sendo uma possibilidade quando configurar abuso do governo. Nesse sentido, na sequência, segue um trecho da emblemática decisão.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS

<sup>137</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

<sup>138</sup> Op. cit., p. 131.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 158.

INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade <sup>140</sup>.

Assim, mesmo sendo uma decisão monocrática, ela constitui importante precedente quando se refere ao tema reserva do possível nas decisões dos demais tribunais, e da Suprema Corte.

Em face das premissas até aqui lançadas, conclui-se que a reserva do possível é uma limitação à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Por isso deve ser aplicada com parcimônia no caso concreto, não podendo o Poder Público se utilizar dessa manobra para justificar a falta de prestação dos direitos

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45/DF*. Celso de Mello. 2004. Disponível em <<http://www.marinela.ma/wpcontent/uploads/2016/08/ADPFN.45.PRINCIPIODARESERVADOPOSSV EL.pdf>>. Acesso em: 14 jan 19.

fundamentais do cidadão, pois a simples falta de recursos não é suficiente para justificar a não prestação desses serviços essenciais.

### 3.4 CONFRONTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Antes de se adentrar especificamente no confronto do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, é imperioso trazer à baila breves considerações sobre a solução para o caso de haver conflito de princípios, e qual a medida para essa colisão.

Alexy traz métodos de qual atitude tomar quando há a colisão de princípios, quando os princípios têm diferentes pesos. Devendo, nesses casos, haver uma ponderação de interesses. Sendo que um não é mais preponderante que o outro, porém, para fim de solução, deve-se analisar qual princípio deve prevalecer, qual tem maior valor para melhor solução do caso concreto, e estabelecer uma relação de primazia entre os princípios no caso concreto.<sup>141</sup>

Para Marmelstein “[...] a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação as quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes”.<sup>142</sup>

Ávila, por sua vez, critica o uso da ponderação para solução de conflito entre princípios, pois para ele a ponderação “exige sopesamento de quaisquer elementos, e não indica como deve ser feito”, bem como não há especificidade de seus critérios.<sup>143</sup> Para esse autor, quando houver conflito, devem ser utilizados os “postulados inespecíficos ou incondicionais”, devendo ser usados critérios da ponderação postulados na razoabilidade e proporcionalidade, além da análise dos elementos envolvidos na ponderação, como: os bens jurídicos, os interesses e os valores.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 90-95.

<sup>142</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386.

<sup>143</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 154.

<sup>144</sup> Op. cit. p. 155-156.

Feita essas breves considerações, retorna-se sobre qual a solução a ser utilizada no caso de haver conflito na efetivação dos direitos sociais e as limitações impostas pela reserva do possível.

Para Caliendo, “não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser mais bem implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades”.<sup>145</sup>

Por sua vez, Lopes sustenta que a reserva do possível deve ser aplicada com o fim de evitar o tratamento desigual entre as pessoas, na concessão de um pedido particular, conforme se depreende:

Esse debate na esfera orçamentária tem uma outra vantagem: minimizam-se os tratamentos desiguais, já que outra espécie de problema grave que pode rondar a reserva do possível diz respeito ao tratamento igualitário. É compreensível e aceitável que diante de um pedido particular, os tribunais se neguem a concessão do benefício pretendido. Essa concessão violaria o pressuposto básico de qualquer ação segunda a lei que exige o tratamento igual a todos os iguais [...].

Dizer que o valor da vida e da saúde de cada um não cede diante da reserva do possível em princípio oculta um problema muito mais grave do que parece. Tal raciocínio parece imaginar que o Estado está obrigado a dar a cada um essas condições de maneira isolada. Ora, tal raciocínio é insustentável.<sup>146</sup>

Segundo as afirmações propostas por Caliendo, o direito ao mínimo existencial a vida e a saúde não pode ferir o princípio da igualdade, podendo o Estado se valer da reserva do possível para não ferir outros princípios, pois não deve o Estado se preocupar em atingir bens individuais em detrimento dos demais. No entanto, destaca-se que esse entendimento deve ser analisado com cuidado, sob o argumento de não lesar o bem maior, que é a vida.

---

<sup>145</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação: Orçamento e “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. [et al]. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180.

<sup>146</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. [et al]. 2. ed. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171.

Por sua vez, Torres defende que a reserva do possível não é aplicada ao mínimo existencial, pois esse é vinculado as “reservas orçamentárias e as garantias institucionais da liberdade”.<sup>147</sup>

Para Kelbert a “reserva do possível não pode, por si só, conduzir ao esvaziamento de um direito sem que passe pela ponderação”<sup>148</sup>. No mesmo sentido, advoga Sarlet e Figueiredo:

Em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos como autônomos.<sup>149</sup>

Importante constatar que para se aplicar o mínimo existencial, como efetivação do direito social à saúde, “um direito subjetivo originário e definitivo a prestações”<sup>150</sup>, é necessário a demonstração de elementos probatórios suficientes que comprove a premente necessidade e que sua falta consubstanciará em um dano ao seu mínimo existencial. Por isso a decisão judicial deve sempre ser pautada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de se evitar a violação de outros direitos.

Por fim, o posicionamento de Kelbert:

A reserva do possível exige ponderação entre princípios, sob pena de acarretar o esvaziamento de um direito sem justificativa válida. Analisou-se ademais, a relação entre reserva do possível e mínimo existencial, donde se consigno que aquela não poderá ser aceita como argumento válido quando xequa a vida e a dignidade humana. Além disso, os entes estatais deverão comprovar que eventual restrição a direitos sociais derivou da ponderação entre os princípios colidentes e que foram atendidos os ditames da proporcionalidade e

<sup>147</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

<sup>148</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101.

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Direito à Saúde: algumas aproximações In: *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. [et al]. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

<sup>150</sup> Op. cit. p. 46.

da preservação do conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna.<sup>151</sup>

Em face dessas premissas, é possível concluir que toda vez que houver uma colisão entre a reserva do possível e o mínimo existencial deve-se utilizar as técnicas das ponderações entre princípios colidentes, contudo, a justificativa de não existência de recursos orçamentários não pode se justificar ao ponto de ferir o mínimo da existência digna de um ser humano.

### 3.5 VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são frutos da constante evolução da sociedade, antecidos por grandes revoluções, inclusive no pós-guerra, momento em que o mundo, inclusive a Europa, estava buscando uma reconstrução, após as atrocidades cometidas pelo Nazismo e Fascismo. Nesse contexto, surgiu o Estado Social de Direito, sendo marcado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e pelos direitos e garantias fundamentais.

Assim, por ser a Constituição brasileira uma Carta Política Social, marcada pelos direitos e garantias individuais do cidadão, ela traz consigo a característica do princípio da vedação do retrocesso, nesse sentido conceitua Canotilho:

O princípio da democracia económica e social aponta para a **proibição do retrocesso social**.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Como isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*.

[...]

A violação do núcleo essencial efectivado, justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’ (grifo nosso).<sup>152</sup>

<sup>151</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 131.

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra-Portugal, 1997, p. 320.

Canotilho defende, assim, que o retrocesso deve ser analisado sob duas vertentes, uma contra a proibição de suprimir os direitos já adquiridos, e outra como comprometimento de efetivação das políticas concretizadoras.

A corroborar com o tema, Marmelstein leciona:

O princípio do retrocesso social não deve ser visto como uma barreira intransponível para qualquer mudança no âmbito dos direitos fundamentais. O que ele exige é que a revogação de leis que regulamentem os direitos fundamentais seja justificada do ponto de vista do desenvolvimento humano. Viola o conteúdo material da Constituição Federal a adoção de medidas legislativas que não cumpram com os objetivos do artigo 3º.<sup>153</sup>

Diante dos conceitos supramencionados, pode-se concluir que o princípio da proibição do retrocesso é um limite constitucional, de forma a proteger o núcleo dos direitos fundamentais, não permitindo qualquer alteração a fim de diminuição dos direitos adquiridos.

Vale lembrar que tal proibição do retrocesso não impede que o Poder Público revogue determinado benefício social. Contudo é necessário demonstrar que com a redução de um direito não irá prejudicar a dignidade da pessoa.<sup>154</sup>

A Alemanha foi o berço do desenvolvimento dos direitos fundamentais, onde, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo se desenvolveu naturalmente para uma nova forma constitucional, deixando de lado o totalitarismo e iniciando a era do Estado Social de Direito, em que o seu núcleo fundamental passa a girar em torno nos direitos individuais e fundamentais da pessoa.

O Estado Constitucional de Direito tem por característica a proteção de seus núcleos fundamentais, não apenas para uma determinada época, mas sim age protegendo os direitos das gerações futuras, marcado assim pela proibição do retrocesso desses direitos. Nesse sentido, Konrad Hesse, em sua análise da lei fundamental da Alemanha, que em seu §21, II, prevê sobre as limitações de modificações constitucionais, advoga no sentido da proibição da abolição ou eliminação da constituição, sendo que essa limitação não seria apenas de eliminar a lei fundamental, mas se refere também à identidade da “ordem histórico-concreta”,

---

<sup>153</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 269.

<sup>154</sup> Op. cit. p. 268.

“dos elementos fundamentais da ordem democrática e estatal – jurídica da lei fundamental”.<sup>155</sup>

Os Estados sociais de direito são marcados pela proibição do retrocesso dos direitos fundamentais. No direito pátrio, vê-se a vedação do retrocesso quando o constituinte originário inseriu o direito fundamental como uma cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, inciso IV, estabelecendo, assim, uma rigidez constitucional e uma limitação ao Poder Legislativo.

Como se sabe, os direitos e garantias fundamentais são frutos de construção e constante modificação. Nesse par, a limitação de rigidez constitucional não pode ultrapassar os limites do razoável, a ponto de si tornar um Estado totalitário. Dessa forma, a limitação constitucional versa no sentido de não abolição e supressão, mas não em torno de sua mutação, o que seria incompreensível ao Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, conforme Sarlet explica, a “função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional” referente às decisões tomadas pelo Constituinte.<sup>156</sup>

Os direitos sociais e fundamentais, muitas vezes, são tidos como utópicos, principalmente no âmbito nacional, por esse motivo alguns autores como Roger Stiefelman Leal chegam a sustentar a possibilidade de uma diminuição dos direitos sociais por meio da legislação e de políticas públicas, para que, assim, haja maior efetivação e concretização<sup>157</sup>.

Para Sarlet, a proibição do retrocesso não é tida como “regra geral e absoluta”, mas é um princípio, não se admitindo, nesse caso, solução “lógica do tudo ou nada”.<sup>158</sup> Dessa forma, não se pode admitir a proibição absoluta do retrocesso, nem tão pouco sua abolição, sob pena de atentar contra o núcleo principal dos direitos fundamentais.

---

<sup>155</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 20. ed. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1998, p. 512.

<sup>156</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 445.

<sup>157</sup> LEAL, Roger Stiefelman. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Artigo extraído da página de Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 14 jan 19.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.469.

Tanto o Poder Legislativo como o Executivo, no que se refere às políticas públicas, devem respeitar e limitar sua atuação no princípio da vedação do retrocesso, porém não sendo esse de caráter absoluto. Deve-se permitir a sua flexibilização, desde que sempre se observe o âmago do direito constitucional pátrio, que é a dignidade da pessoa entornada da qual gravitam as demais regras e direitos.

#### 4 DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTOS PÚBLICOS COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Neste último capítulo, não menos importante que os demais, apresenta-se pontos específicos da atuação judicial frente à saúde pública. Momento em que se realiza um estudo sobre a separação dos poderes e seus reflexos na atuação do juiz na concretização das políticas públicas. Além de uma análise do ativismo judicial e superlitigação das demandas individuais.

Discorre-se ainda sobre orçamento e políticas públicas, que são métodos utilizados para a arrecadação e destinação dos recursos públicos para dar efetividade aos direitos sociais.

Para dar início ao estudo sobre a separação dos Poderes, faz-se necessário citar os ensinamentos de Locke, filósofo político inglês, que trazia consigo a ideia sobre o estado natural do homem, o que levaria a um pacto, um governo que regeria os direitos naturais dos homens, chegando, assim, ao contrato social.

Para Locke, o primeiro modelo de sociedade pode ser visto pela figura familiar, primeiramente entre homem e mulher e, depois, de pais para com os filhos, surgindo, dessa forma, a figura do Poder Familiar<sup>159</sup>; existia ainda a sociedade política, onde os membros renunciariam seu poder natural transferindo para a comunidade que teriam o arbítrio de “regras fixas estabelecidas”<sup>160</sup>.

Assim, Locke defendia que o homem era por si só composto por seu estado natural, seria livre para tomar suas decisões, podendo dispor como bem entendessem de seus bens, desde que dentro dos limites impostos pelo próprio direito natural, baseado nos princípios da liberdade e igualdade. Nesse sentido, Locke defende o contrato social, em que o homem, dotado de seu estado natural, renuncia à parcela de sua liberdade para viver em comunidade, a qual fixaria regras a serem seguidas pelo todo, formando, assim, a figura do Governo.

Locke ainda defendia que o Poder não poderia estar na mão apenas de um, mas seria necessária a separação de cada poder, extinguindo a forma de poder soberano (monarquia), e instituindo um poder capaz de criar regras (leis). Com essa

---

<sup>159</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre o Governo; Ensaio Acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 66.

<sup>160</sup> Op. cit. p. 67.

mudança, cria-se o Poder Judiciário, o que esvazia o homem do seu poder natural de julgar o que é conveniente para si, bem como o poder natural do homem de punir.<sup>161</sup> Ainda sobre o tema, Bonavides leciona:

A divisão de poderes, por ser na essência técnica acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal, não implicava necessariamente em determinada forma de governo e tanto podia compadecer-se com o Estado Democrático como também com a monarquia constitucional<sup>162</sup>.

Como aponta Bonavides, para Locke a divisão dos poderes se limitou em uma visão mais teórica, “como princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular”<sup>163</sup>.

Outro filósofo social e político a debater o tema, foi Montesquieu, que, segundo Piçarra, foi responsável em dar um impulso para transformar a doutrina da separação dos poderes em um critério do Estado Constitucional e não apenas se limitando a uma doutrina inglesa<sup>164</sup>. Nesse sentido, é possível mensurar que a conceituação de Locke alcançou mais os aspectos teóricos, enquanto que Montesquieu se preocupou com a sua efetivação.

Rousseau, filósofo que tem como precursor os estudos de Locke, no sentido de desenvolver as teorias do contrato social e da separação dos poderes, influenciou no tema trazendo ensinamentos que o poder soberano seria para o povo e o próprio povo, portanto, a soberania seria o exercício da vontade geral. Nessa perspectiva, leciona:

[...] O poder soberano necessita garantia para os súditos, porque é impossível que o corpo prejudique aos membros em geral, e logo poderemos verificar que não pode prejudicar a ninguém em particular. O soberano, somente pelo fato de sê-lo, é sempre o que deve ser [...].

Limitamos tudo isso a termos fáceis de comparar. O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito

---

<sup>161</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Clássicos do Pensamento Político. 2. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 158.

<sup>162</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 3. ed. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 10.

<sup>163</sup> Op. cit.

<sup>164</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 122.

ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui<sup>165</sup>.

Para Oliveira e Dias, o autor, diferentemente do já defendido por Locke e Montesquieu, pregava uma liberdade para o povo, vinculando-a com igualdade, na qual não poderia se pensar em um contrato social em que não fosse respeitada a igualdade entre a própria comunidade. Defendia também que ninguém tivesse muito, e outros tão pouco, sob pena de estarem renunciando a própria natureza de ser homem<sup>166</sup>.

Ainda sobre o tema, observa Piçarra:

Ao proclamar a unidade política do corpo social e o princípio da soberania popular contra a sociedade de estados e contra o poder monárquico-aristocrático, Rousseau forneceu o mais sólido instrumento ideológico de ruptura com o sistema político-jurídico feudal, que tanto haveria de influenciar o sistema político-jurídico que contra ele se instituiu.

Ao reduzir o Estado ao Direito, o político ao jurídico e a soberania à lei, deu o último passo para converter a distinção entre função legislativa e função executiva na única classificação possível das funções estaduais, uma vez que todo e qualquer acto do Estado ou seria acto legislativo ou acto executivo. Com Rousseau, a distinção funcional, inicialmente de carácter prescritivo, assume rigoroso carácter taxionómico<sup>167</sup>.

Diante do exposto, é possível constatar que grandes foram os filósofos a escrever sobre o tema separação de poderes e o contrato social, influenciando cada um em seu aspecto, até chegar ao modelo atual da separação dos poderes.

Como visto, a criação de um contrato social e, por derradeiro, a separação dos poderes ocorreram pela necessidade de alteração da realidade até então vivida. Historicamente, a sociedade é marcada por várias fases, sendo que cada período é composto por um acontecimento que, muitas das vezes, altera todo o curso da história, direcionando todo o modo de pensar e agir de um povo. Silva, no estudo de

<sup>165</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: Princípios de Direito Político*. Traduzido por Antônio P. Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 38.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, DIAS, Jefferson Aparecido. *Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Económica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16.

<sup>167</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p.139.

Kuhn, afirma que a ciência evolui por meio de revoluções, e não simplesmente pelo progresso de evoluções <sup>168</sup>.

Exemplo disso é a Revolução Francesa, que pautada nos princípios norteadores da liberdade, fraternidade e igualdade, e diante da crise política e moral instalada à época, conferiu uma nova roupagem, retirando, assim, o espírito de um poder ditatorial e concentrador, passando para o próprio povo a capacidade de si autogovernarem. Dessa forma, esvaziou-se da figura de um Estado Absolutista para tomar a forma de um Estado Liberal.

Esse início do Estado Liberal foi marcado pela revolta dos burgueses contra o domínio da monarquia. Segundo Oliveira e Dias, “a função do direito era proteger o cidadão contra o poder de um ente estatal, criado pelos próprios homens”<sup>169</sup>. Assim, o estado liberal buscava um afastamento do Estado e a proteção do “cidadão em seus direitos fundamentais contra o próprio Estado, sob o sofisma da liberdade. Nesse sentido, a função do Estado é servir como meio para efetivação dos fins dos indivíduos” <sup>170</sup>.

A respeito do liberalismo, Fermín Canteros a presente o seguinte conceito:

El liberalismo es la ideología política de la libertad (de ahí su nombre) y la individualidad. La libertad de los individuos es el valor supremo del liberalismo. Él enaltece, justifica y propende a la libertad de las personas em todo orden (político, económico, etc.), y repudia consecuentemente toda forma de intervención estatal em estos asuntos. Al liberalismo no le gusta que el Estado se meta em la economía, em la educación, em la política, etc. Pregona que los hombres son libres y competitivos por naturaleza, y el Estado debe respetar esa naturaleza humana permitiendo que ellos compitan libremente, ya sea em el comercio, em las ciencias o em otras áreas. Em la economía, por ejemplo, la prédica del liberalismo indica que los médios de producción deben estar em manos de los particulares y ellos deben competir libremente em el mercado. [...] <sup>171</sup>

<sup>168</sup> SILVA, Ovídio; A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, DIAS, Jefferson Aparecido. *Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16.

<sup>170</sup> Op. cit. p. 26.

<sup>171</sup> CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosário: Juris, 2012, p. 58.

Tradução: O liberalismo é a ideologia da política da liberdade (como o próprio nome sugere) e da individualidade. A liberdade dos indivíduos é o valor supremo do liberalismo. Ele enaltece, justifica e tende para liberdade das pessoas em todo ordenamento (político, econômico, etc.) e repudia, consequentemente, toda forma de intervenção estatal nesses assuntos. O liberalismo não aceita que o Estado interfira na economia, na educação, na política, etc. Defende que os homens são livres e competitivos por natureza, e o Estado deve respeitar essa natureza humana permitindo que eles competem livremente, seja no comércio, na ciência ou em outras áreas. Na economia, por exemplo a

Em vista do conceito apresentado, compreende-se que o liberalismo é uma forma de repugnar a atuação do Estado, afastando-o da economia, política, educação, entre outras áreas, sob o fundamento de que não cabia ao Estado deliberar sobre esses assuntos, que deveria ficar livremente na mão do particular. Parte-se do princípio, portanto, da mão livre do Estado.

Com a Revolução Industrial, o Liberalismo Econômico cada vez mais se instalou, e o Estado passou-se a ser conhecido como o Estado Liberal. No entanto, em alguns setores, esse intervencionismo se faz necessário, atuando como agente regulador ou ainda com o intuito de viabilizar o desenvolvimento econômico nacional.

Nessa perspectiva, o Estado pode intervir na economia por meio dos incentivos fiscais, que constitui um dos instrumentos para que se preserve eficiente e apoie em parceria com a iniciativa privada ações de grande interesse público que contribuam para o desenvolvimento intelectual, cultural e econômico, ou seja, num conceito mais amplo, o bem comum de uma sociedade ou de segmento representativo desta.

Sobre o tema, corrobora Oliveira e Dias:

O Estado Absolutista não mais respondia satisfatoriamente aos quesitos das relações sociais e mercantis e por isso aos poucos foi demolido com o advento de um Estado Liberal mais coerente com as ideias propagadas pelos iluministas, em sua grande maioria representante da classe burguesa.

Nesse sentido foi genial, pois com uma falsa pregação de igualdade sobrepujava o povo e agia em nome desse, mas sem a ele se destinar, bem como os déspotas esclarecidos ao pregarem a máxima: “tudo pelo povo, sem o povo”, ludibriando em seus fundamentos e através da construção de sua ideologia que o sustentava a classe mais baixa da população, construindo um Estado que teoricamente serviria a todos de maneira igual<sup>172</sup>.

Resta claro que, assim como o poder absoluto não prosperou, pois se concentrava apenas na mão do monarca, o liberalismo em sua ideia pura também fracassou, pois, conforme se observa a história, o poder apenas passou da figura do rei para outra classe, a burguesia.

---

pregação do liberalismo indica que os meios de produção devem estar nas mãos dos particulares, os quais devem competir livremente no mercado.

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, DIAS, Jefferson Aparecido. *Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16.

Segundo Bonavides<sup>173</sup>, a Revolução Francesa trouxe consigo um despertar do povo, dando-lhe a consciência de suas liberdades políticas e individuais. Então, ao tomar ciência da verdadeira intenção da burguesia, o povo rebelou-se, pois percebeu que a classe burguesa se propunha a satisfação de seus próprios interesses, e não da sociedade em geral.

Mesmo que o Estado Liberal tenha sido um importante instrumento para alcançar a libertação do antigo Estado Absolutista, não conseguiu se manter perpétuo. Primeiro devido ao fato do direito estar em constante mudança, tendo, assim, novos anseios sociais; e segundo por não refletir de fato as garantias do cidadão, como os direitos à liberdade e às igualdades sociais.

Ressalta-se ainda que, para Bobbio, muito embora os adeptos do Estado Liberal dissessem que era marcado pela democracia, não era possível vislumbrá-la, pois buscava o interesse apenas para uma determinada classe, e não para todos. Dessa forma, o autor entende que a democracia e o liberalismo não guardam dependência entre si<sup>174</sup>.

De mais a mais, o Estado Liberal já estava em declínio, não sendo mais bem visto por diversos países. No entanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, em que com as atrocidades instaladas pelo nazismo e fascismo marcaram sua total decadência.

Com o declínio do Estado Liberal houve a instalação do Estado Constitucional Social, que, dentre outras características, era marcado por uma intervenção direta do Estado nas relações sociais, deixando a imparcialidade para se tornar sujeito direto.

Barroso sustenta que o Estado Social veio como forma de romper com o equilíbrio entre o direito público e privado, até então interposto pelo liberalismo. Amplia-se, assim, o terreno do que seria público por meio da atividade econômica do Estado. Planejamentos são realizados para fomentar o seguimento, para combater, dessa forma, a “injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população”<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 43

<sup>174</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 6. São Paulo: Ed. Editora Brasiliense: 1994, p. 7.

<sup>175</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

Assim, é na figura do Estado Social que se tem a busca pelas garantias do cidadão. Nesse modelo, o Estado passa a ser garantidor do bem-estar do homem, intervindo na economia de forma a garantir a diminuição das desigualdades sociais. Nessa linha, corrobora Azevedo:

Intervencionismo estatal refere-se à interferência do Estado na atividade econômica de um país, visando a regulação do setor privado, não apenas fixando as regras do mercado, mas atuando de outras formas com vistas a alcançar objetivos que vão desde o estímulo ao crescimento da economia e à redução de desigualdades até o crescimento do nível de emprego e dos salários, ou à correção das chamadas falhas de mercado<sup>176</sup>.

Com base nisso, percebe-se que o Estado Social passa a abrir mão dos pensamentos liberais, no sentido de começar a intervir como garantidor das desigualdades sociais, não sendo mais apenas mero espectador.

Vale ainda trazer à baila os ensinamentos de Bonavides, no sentido de diferenciar o Estado Social do Estado Socialista, pois para o autor em nenhum momento pode haver a confusão entre ambos.

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado Social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais<sup>177</sup>.

Assim, resta claro que quando se fala em Estado Social, não é uma referência ao estado socialista, pois o Estado Social tem sua matriz no capitalismo. Como abordado, ele é uma evolução do antigo Estado Liberal, que ao contrário deste que não trabalhava para todas as classes sociais, aquele tem como fundamentação o Estado Democrático de Direito, respaldado nos direitos e garantias individuais do cidadão.

<sup>176</sup> AZEVEDO, Diego Prieto de. *Incentivos fiscais federais, eventos desportivos de grande porte e sua regulação: análise sobre a Copa do Mundo de 2014*. Dissertação. Marília: UNIMAR, 2014, p. 18.

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 184.

Nesse viés, entende-se que a República Federativa do Brasil possui caráter de Estado Democrático de Direito calcado nos fundamentos de soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores do trabalho e da livre iniciativa e, o pluralismo político, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil.

Ainda, verifica-se, como iniciativa do Estado os objetivos de construir uma sociedade livre, justa, solidária; e assegurar os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, não obstante, inclui-se o direito do lazer, da erradicação da pobreza, da garantia a segurança, à previdência social entre outros. Para isso, a aplicação desses objetivos deve ser buscada em toda a esfera de Governo, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judicial.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A doutrina que difundiu a separação dos poderes foi aceita e difundida em vários sistemas políticos, sendo aplicada mesmo nos países em que a forma de Governo é o Presidencialismo, tanto quanto no Parlamentarismo, pois é por meio dela que há a divisão das funções do Estado, o que protege os indivíduos do abuso de um poder absoluto.

Para Piçarra o princípio da separação dos poderes deve visar moderar, limitar e racionalizar o Poder Estatal no interesse da liberdade, sendo seu “núcleo imutável”<sup>178</sup>. No mesmo sentido, Barroso assegura que a “separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais<sup>179</sup>”.

Entende-se, portanto, que o princípio da separação dos Poderes é característica do constitucionalismo moderno, e, por meio dele, é atribuída uma função específica e atípica para cada Poder, o que limita a atuação e a intervenção de forma injustificada na função essencial de outro Poder.

Importante lembrar que em um Estado Social Democrático de Direito não se pode admitir o princípio da separação dos poderes de forma pura e desenfreada, pois esse princípio encontrará limitação na garantia dos direitos fundamentais e individuais da pessoa. Uma vez que estas não podem ser suprimidas ou derogadas

---

<sup>178</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p.26.

<sup>179</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

pela vontade soberana de um poder, todos os poderes devem agir de forma a se alcançar a liberdade e igualdade, exercendo controles recíprocos entre si. Para Piçarra<sup>180</sup>, a divisão dos poderes deve ser vista na visão constitucional moderna, como forma de estabelecer controle, fiscalização e coordenação recíproca entre os poderes, não sendo mais vista apenas em sua visão originária, como forma de delimitar funções.

A Carta Magna de 1988 traz em seu texto sobre a separação dos poderes, incluindo como cláusula pétrea, tornando inconstitucional qualquer emenda que tende a abolir tal garantia. Para Barroso somente haveria “violação à cláusula pétrea de separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado”<sup>181</sup>. Pois bem, na linha exposta, é evidente que não há violação da cláusula pétrea da separação dos poderes a simples atuação de um poder em outro, sendo necessário o esvaziamento de sua função típica e a concentração em outro poder.

No Estado Constitucional de Direito que se impera, cada vez mais verifica-se a mitigação do princípio da separação de Poderes tal qual criada por Locke e Montesquieu. Embora permaneça a separação de Poderes, não é mais limitada ao exercício de suas funções típicas, pois é plenamente aceitável, e até incentivado que um Poder interfira no outro, quando necessário, para garantir a democracia e alcançar os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é características do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*<sup>182</sup>.

Assim, trazendo para a linha desenvolvida no presente trabalho, é possível se verificar a mitigação do princípio da separação de Poderes para dar efetividade às políticas públicas e à implementação dos direitos fundamentais. O Judiciário, nesse

---

<sup>180</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p.258.

<sup>181</sup> Op. cit, p. 174.

<sup>182</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 111.

contexto, desempenha a função de garantidor da ordem constitucional, buscando dar executividade às leis criadas pelos demais poderes.

Ainda que brevemente, é preciso abordar a respeito do princípio da proporcionalidade, bem como sua possível ameaça ao princípio da separação de poderes.

Segundo Steinmetz, o princípio da proporcionalidade “[...] tornou-se, no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites iminentes e colisão, um princípio ou postulado de máxima importância, talvez o mais importante<sup>183</sup>”.

Assim, o princípio da proporcionalidade pode ser classificado como aquele utilizado em face de matérias de direitos fundamentais, quando houver uma colisão desses direitos, ou a falta de lei para aplicar em caso de choque. O aplicador é quem deve analisar o peso de cada princípio e as circunstâncias do caso, sendo uma “estrutura formal de aplicação de normas-princípios”, conforme ensina Steinmetz<sup>184</sup>.

Sobre isso, Ritt corrobora:

O princípio da proporcionalidade prevê uma relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado, que deve ser adequado, necessário e proporcional. Além disso, constatou-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos concretos, haja vista que está diretamente vinculado aos direitos constitucionais, por via dos direitos fundamentais. Portanto, é um princípio constitucional, que visa, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar que o princípio da ponderação enfrenta críticas, pelo fato de a interpretação sujeitar-se ao arbítrio de quem a realiza com abertura ao subjetivismo, mas, hodiernamente, o grande desafio dos juristas e legisladores é o de conceber um ponto de equilíbrio entre os conceitos novos e emergentes e o mínimo de segurança que é esperada do ordenamento jurídico<sup>185</sup>.

Para a autora, o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento a ser utilizado em caso de confronto entre princípios constitucionais, e por meio dele deve o julgador se utilizar da via mais adequada para o caso concreto, e por mais

---

<sup>183</sup> STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

<sup>184</sup> Op. cit. p. 172.

<sup>185</sup> RITT, Leila Eliana Hoffmann. *O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais*. p. 28. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 12 dez 18.

que as críticas versem sobre o grau de subjetividade do juiz em sua utilização, deve-se buscar um ponto de equilíbrio.

Grandes foram às críticas sobre o princípio da proporcionalidade. Dentre elas se insere que ele seria uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, pois no momento em que o Judiciário analisasse a proporcionalidade na colisão dos direitos fundamentais, ele estaria enfraquecendo o poder legislativo, nesse sentido Bonavides traz em sua obra as críticas realizadas por diversos juristas sobre o tema<sup>186</sup>.

Porém, para o citado autor, mesmo o Judiciário tendo em suas mãos a possibilidade de legislar ao aplicar o princípio da proporcionalidade, isso não seria capaz de violar a separação dos poderes, reconhecendo ainda que “No segundo Estado de Direito o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepuja, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade<sup>187</sup>”.

Segundo Marmelstein, em caso de demanda judicial para efetivação do direito social à saúde, deve o julgador basear sua decisão na utilização do Princípio da Proporcionalidade, impondo ao Poder Público as medidas necessárias para aplicação do direito, porém não deixando de observar a proporcionalidade financeira e a razoabilidade econômica<sup>188</sup>.

Por todo exposto, é de se concluir que o princípio da separação de poderes está cada vez mais distante da origem em que foi idealizado, pois delimitava de forma específica a atuação de cada Poder. Contudo, com o novo Estado Constitucional de Direito, esses poderes estão cada vez mais entrelaçados, porém sempre respeitando a característica unitária de cada. Nesse sentido, é plenamente aceitável e possível a interferência do Judiciário na busca da efetivação da saúde, pois não se designará como uma quebra ao princípio da separação de Poderes, devendo, contudo, considerar os critérios proporcionais a essa medida.

## 4.2 ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

---

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 389-394.

<sup>187</sup> Op. cit. p. 389-363.

<sup>188</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 319.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 traz em seu âmago diversos direitos e garantias, sendo conhecida como a Constituição Cidadã, símbolo da democracia. Em seu texto, também são deliberadas questões orçamentárias.

Para promover determinados direitos fazem-se necessários recursos financeiros, que são arrecadados pelo Estado por meio de Tributos. A destinação desses recursos não pode ser realizada de forma aleatória e descompensada, momento em que os administradores se valem de políticas públicas para, assim, dar-lhes destinação específica para cada área, utilizando assim do orçamento.

Para Silva orçamento “é o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro”<sup>189</sup>. Já para Baleeiro orçamento é:

[...] ato pelo qual o Poder legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em por menor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei<sup>190</sup>.

De acordo com Maria de Fátima Ribeiro, é no orçamento que o Poder Executivo prevê suas receitas e despesas, elaborando sua Política Pública de Governo. Para então encaminhar para a deliberação legislativa da lei orçamentaria e, após, a aprovação pelo Congresso Nacional<sup>191</sup>.

Dessa forma, é por meio do orçamento que o Poder Público verifica quais os valores que serão destinados aos serviços públicos, momento que o constituinte de 1988 tratou no art. 165, inciso I, II e III sobre os instrumentos de planejamento estatal e dispôs sobre leis orçamentárias.

Segundo Pinheiro, é no Plano Plurianual – PPA – que será definido em quais áreas ocorrerá a intervenção estatal, apresentando a escolha de qual política será

---

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 750.

<sup>190</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 411.

<sup>191</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação das Políticas Públicas: Uma questão Orçamentária In CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1087-1110.

utilizada para resolver os problemas econômicos e sociais, bem como elencará quais as prioridades a serem atendidas durante o período de governo<sup>192</sup>.

Já a Lei de Diretrizes Orçamentária – LDO – define as metas e prioridades da Administração Pública, prevendo as despesas de capital para o próximo exercício financeiro. Nesse sentido, orienta sobre a lei orçamentária anual, dispõe sobre alterações da legislação tributária e estabelece sobre as agências financeiras oficiais de fomento, conforme o art. 165, §2, da CF/1988.

Por sua vez, a Lei Orçamentária Anual – LOA –, segundo Torres, compreende “o orçamento fiscal, o de investimentos das empresas estatais e o da seguridade social”<sup>193</sup>.

O legislador constituinte atribuiu a elaboração do orçamento público ao Poder Executivo, porém ao Senado e à Câmara coube o dever de emitir parecer sobre o projeto e aprová-lo, para então ser transformado em Lei, conforme ensina Beneman<sup>194</sup>.

Dessa forma, verifica-se que, após a elaboração do plano orçamentário, ocorre a transformação em lei, independentemente de sua classificação, se formal ou material, detendo, segundo Pinheiro, a condição de lei material, e limite de seus efeitos típicos, sendo normas jurídicas tanto programáticas quanto definidoras de direito<sup>195</sup>.

O Brasil, como já definido, é um Estado de Social de Direito, seus objetivos e valores da República Federativa estão previstos no art. 3º do texto constitucional, objetivos esses que devem nortear as leis orçamentárias, buscando a efetivação das políticas públicas. Sendo uma característica do estado social não apenas a declaração dos direitos sociais, mas sim estabelecer formas para sua plena efetivação e alcance.

Quanto às políticas públicas, Bucci as conceitua como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e

---

<sup>192</sup> PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

<sup>193</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 175.

<sup>194</sup> BENEMAN, Saul Nichele. *Compêndio de Direito Tributário e Ciência das Finanças*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 105.

<sup>195</sup> PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

politicamente determinados”<sup>196</sup>. Assim, por meio das políticas públicas, o Estado dá efetividade aos direitos sociais, passando a direcionar seus atos e orçamentos para alcançar suas finalidades comuns e o desenvolvimento social.

Estigara, Pereira e Lewis lecionam que para dar uma maior efetivação dos direitos, o Estado compartilha a responsabilidade com a sociedade, atuando de forma de cooperação e de solidariedade, pois as “políticas públicas não são mais fruto de atitudes isoladas do Estado, mas resultado de tomada de decisões de vários atores, tornando-se aquele mero guia neste contexto. Da participação do Estado nessa conjuntura não se pode prescindir”<sup>197</sup>.

A Constituição Federal de 1988 reza sobre os direitos e garantias individuais, sendo dever do Estado promover essa garantia. Porém, não se pode alcançar direitos sem dinheiro, sendo este um meio para garantir aquele. Por se tratar de dinheiro público, voltado para efetivar as garantias do cidadão, a sua aplicação deve ser planejada pelas políticas públicas, para alcançar, assim, os direitos fundamentais da pessoa.

Sobre o tema, os ensinamentos do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF são relevantes:

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

Vê-se, pois que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa-, traduzem-se em binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e

<sup>196</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 241

<sup>197</sup> ESTIGARA, Adriana. PEREIRA, Reni, LEWIS, Sandra A. Lopes Barbon. *Responsabilidade Social e Incentivos Fiscais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado<sup>198</sup>.

Do julgado acima colecionado, pode-se retirar vários ensinamentos, dentre eles o de que uma sociedade solidária que tem como objetivo a dignidade da pessoa deve ter como finalidade e prioridade a destinação de seus recursos para a efetivação de suas garantias.

Necessário também pontuar que para ocorrer a efetividade desses direitos é indispensável a ponderação do binômio da razoabilidade da pretensão individual ou social em face do poder público, bem como a existência de recursos financeiros para proporcionar o direito, devendo ser analisados em conjunto. Contudo, não pode o Estado deixar de prover os direitos do cidadão alegando a insuficiência de recursos.

A formulação das políticas públicas é realizada em conjunto pelos Poderes Legislativo e Executivo, representantes do povo. No entanto, essa competência não deve ser vista de forma absoluta, pois a partir do momento em que esses poderes forem omissos, ou mesmo se agirem de forma abusiva, no sentido de comprometerem a eficácia dos direitos sociais, poderá o poder Judiciário intervir, a

---

<sup>198</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF nº 45/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. 2004. Disponível em <<http://www.marinela.ma/wpcontent/uploads/2016/08/ADPFN.45.PRINCIPIODARESERVADOPOSSV EL.pdf>>. Acesso em 14 jan 19.

fim de fazer cessar a abusividade e ingerência do ente estatal nos direitos fundamentais do cidadão.

Em vista dos fundamentos apresentados, é possível concluir que o orçamento é o meio pelo qual o Estado se utiliza para dar efetividade às políticas públicas, devendo agir com prioridade para efetivação dos direitos fundamentais, sendo dever do Estado em cooperação com a sociedade agir pela promoção e alcance dos direitos sociais.

#### 4.3 DO ATIVISMO JUDICIAL: SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA INTERVIR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Atualmente, com os entendimentos dos Tribunais pátrios, a responsabilidade civil do Estado frente à precariedade da Saúde Pública é objetiva, independente, assim, da ação ou omissão do agente estatal. Nessa seara, cumpre analisar os pressupostos que marcam o ativismo judicial, desnudando os contornos da atuação interventora do Poder Judiciário em vista das políticas públicas de saúde.

De início, cumpre analisar a intrínseca relação do constitucionalismo<sup>199</sup> e da separação de poderes, uma vez que, segundo afirma Montesquieu:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.<sup>200</sup>

O princípio da separação dos Poderes emana da própria ideia de divisão de funções a serem concretizadas, por entes harmônicos e independentes entre si, a fim de alcançar os fins estatais<sup>201</sup>. Nesse sentido, é necessário estabelecer

---

<sup>199</sup> De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, concebe-se o termo como movimento que “[...] visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”

FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

<sup>200</sup> MONTESQUEU. Charles-Louis de Secondat, Baron. 1689-1755. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 168.

<sup>201</sup> Sobre o termo nos explica Jorge Miranda (1997, p.10) a diferença entre tarefa e função do Estado: “A tarefa não é mais que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto atividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a atividade existe por si mesma”.

determinadas prerrogativas que balizam o campo de atuação de cada ente, à vista do que Canotilho denomina “estrutura orgânica funcionalmente adequada”.<sup>202</sup>

Cumprir destacar que o princípio da separação dos Poderes, no arquétipo delineado nos textos constitucionais contemporâneas, em especial em regimes democráticos, tem seus contornos redefinidos em razão do processo histórico e do modelo legislativo que vigora em cada época.

Nesse sentido, Konrad Hesse ensina:

Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é “realizada completamente”. Critério de realização é, antes, a organização concreta pela Constituição, à qual é importante aqui, como em toda parte, uma ordem material determinada da atividade de forças históricas reais.<sup>203</sup>

Transpondo a referida análise para o contexto da Corte Constitucional Brasileira, o Supremo Tribunal Federal destaca, em uma série de julgados, que o princípio da separação dos Poderes é salvaguardado por sua atuação enquanto guardião dos preceitos constitucionais.<sup>204</sup>

A problemática da separação dos poderes se perfaz, diante de uma possível interferência de um Poder diverso, no caso do Poder Judiciário, frente à atuação e funções específicas atribuídas ao Poder Legislativo e Executivo, no que tange às políticas públicas voltadas a saúde.

Sobre o tema, Canotilho ensina:

Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos [...]. Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta

<sup>202</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra-Portugal, 1997, p. 552

<sup>203</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998, p. 368.

<sup>204</sup> Sobre o tema, apresenta-se um recorte da posição do Supremo Tribunal Federal: “O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República”. (Acórdão proferido em 7-8-1997, no julgamento da ADI n. 98-5/MT, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31-10-1997).

de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.<sup>205</sup>

Para analisar a possível interferência do Poder Judiciário, frente às demandas de saúde, nos demais poderes, há de se destacar que, de forma geral, as atividades estatais se complementam, e devem guardar harmonia entre si, evitando – quando possível – a interferência profunda na esfera de atuação de outro Poder. Isso porque corre o risco de esvaziamento de sua competência e “*incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes*”.<sup>206</sup>

A problemática em torno da atuação ativista do Poder Judiciário reside em aferir os possíveis limites da função jurisdicional, em especial no que tange à efetivação do direito fundamental social a saúde.

A fundamentalidade do direito social à saúde<sup>207</sup> impõe a atuação ativista do Poder Judiciário, uma vez que figura enquanto indicador para o controle de constitucionalidade dos atos normativos e da própria atuação dos demais poderes.

208

Nesse cenário, discorre Rothenburg:

Os direitos são materialmente fundamentais quando seu conteúdo está relacionado aos valores mais caros ao homem (dignidade da pessoa humana) e formalmente fundamentais, quando se mostram através de normas de hierarquia jurídica superior às demais, comumente positivadas nas Constituições.<sup>209</sup>

Dentre múltiplos outros consectários, a observância da separação dos poderes importa na atuação do Judiciário dentro dos parâmetros exclusivos de sua

<sup>205</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra-Portugal, 1997, p. 559

<sup>206</sup> KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>>. Acesso em: 17 nov 18.

<sup>207</sup> Sobre o tema cumpre explicar que os direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, ou seja, aquelas de cunho prestacional, o que demanda recursos e a consolidação de políticas públicas para tal fim.

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 161.

<sup>209</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000, (p.146/158), p. 146.

função jurisdicional, de caráter – em regra geral - executório, em contraponto à natureza inovadora que marca o processo legislativo.

A intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos, na prestação de tratamentos específicos ou mesmo na designação de ações a serem cumpridas de forma imediata na área da saúde consolida-se a fim de preservar a vida e estabelecer um panorama de igualdade no acesso a medicamentos e tratamentos de saúde.

A primazia atribuída à dignidade humana pelo texto constitucional, impõem uma atuação atenta e constante dos operadores do Direito, a fazer cumprir a “vontade da Constituição”, uma vez que os direitos e garantias expressos e implícitos não se devem tornar letra morta.

Na busca pela consolidação dos direitos fundamentais, Celso Lafer assevera:

Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais. A igualdade não é um dado – ele não é physis, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. [...] “É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários”. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos.<sup>210</sup>

Para atribuir a máxima efetividade aos direitos fundamentais por meio de pronunciamentos judiciais, a jurisdição não se limita a reproduzir cegamente os ditames normativos. Antes disso, deve analisar o contexto e aplicar a norma de modo que solucione a lide e efetive os preceitos constitucionais.

Contudo, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico, aos operadores do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo, que em sua essência deve guiar o procedimento de elaboração e criação das normas legais. Nesse cenário, tendo em conta estudo dogmático do ativismo judicial<sup>211</sup>, deve ter como norte o ordenamento brasileiro, em

<sup>210</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150-154.

<sup>211</sup> Sobre o conceito explica Ramos: Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

especial sob o prisma dos preceitos constitucionais com primazia a dignidade humana, panorama que apresenta decisões em torno da saúde, erigida como direito fundamental pela Magna Carta.

Ainda no que tange aos marcos normativos da função jurisdicional, cumpre destacar que o ativismo pode se materializar de diversas formas, seja diante de atos legislativos ou mesmo no âmbito do controle de atos administrativos, que restem por impedir ou dificultar o pleno gozo dos direitos fundamentais sociais consolidados na normativa interna.

Segundo Ramos,

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito.<sup>212</sup>

Cumpre consignar que na busca por estabelecer restrições à atuação do Poder Judiciário, a fim de que o mesmo não exceda em sua função, por vezes pode culminar no desamparo de direitos fundamentais, entre eles a saúde.

Na busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, em específico, no que se refere ao direito à saúde, o Poder Judiciário não pode usurpar a tarefa de guardião dos preceitos constitucionais, ferindo a separação de poderes. Entretanto, não deve permanecer omissa diante da lesão a preceitos constitucionais, não efetivados pela atuação ineficaz dos demais poderes.

Sobre a análise dos múltiplos fatores que impõem reflexos na consolidação dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho discorre:

Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e protecção dos direitos

---

institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p.131.

<sup>212</sup> Op. cit. p. 142.

econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e no nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os Realien (os “dados reais”) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.<sup>213</sup>

A justiciabilidade do direito social à saúde evidencia a legitimidade democrática do Poder Judiciário para fazer incidir a força normativa da Magna Carta, na atuação dos demais poderes, qual seja executivo e legislativo, em busca de consolidar no plano prático a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, espicaçado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da atuação legislativa, e acanhado pelas pressões no sentido de concretizar plenamente os preceitos constitucionais, excede, por ocasiões, os limites que o sistema jurídico estabelece para a função jurisdicional, porém o faz tendo em conta a ineficiência e morosidade dos Poderes Executivos e Legislativos.

Nesse prisma, Konrad Hesse ensina:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela.<sup>214</sup>

Na medida em que se admite a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais sociais, agrava-se a profunda desigualdade social que marca a sociedade brasileira, e afasta do plano prático as premissas constitucionais que asseguram tratamento igualitário e tutela a saúde, tendo em conta a primazia atribuída à dignidade humana.

Nesse sentido discorre Olsen:

[...] Se o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário que estas necessidades poderão ser supridas, já que estes grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente considerados, não têm força política suficiente para

<sup>213</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra-Portugal, 1997, p. 473

<sup>214</sup> HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15:

influenciar no campo do jogo democrático. [...] no caso específico dos direitos fundamentais sociais, quando o Estado deixa de agir promovendo sua realização, além da salutar influência política que os grupos de pressão podem exercer, outra solução não têm os grupos mais necessitados, e mesmo por isso mais aliados da discussão política, senão recorrer ao Judiciário buscando o provimento jurisprudencial que atenda seus interesses constitucionalmente protegidos.<sup>215</sup>

Frente ao contexto atual, cumpre analisar a separação de poderes sob as premissas da hermenêutica moderna, à luz do ideário democrático, situando a tarefa de fazer valer a “vontade da Constituição” para além do plano estritamente dogmático. Assim, tanto o legislador, ao concretizar os comandos constitucionais frente ao procedimento legislativo, quanto ao pronunciamento judiciais, submetem a busca pela consolidação dos direitos fundamentais sociais, próprios da natureza e estrutura do Estado Democrático de Direito.

No que tange a inércia doutrinária sobre os meios mais idôneos à concretização da Constituição social, Daniel Hachem<sup>216</sup> pontua:

Força admitir que muito se tem falado a respeito da constitucionalização do Direito Administrativo, da sua democratização e da vinculação da Administração Pública ao mínimo existencial e aos direitos fundamentais. Mas ainda é insuficiente. Não basta dizer genericamente a quem incumbe (Poder Executivo) e o que precisa ser feito (atuar para efetivar direitos fundamentais sociais). É preciso explicar o como e o quanto. [...] O controle judicial da atividade administrativa discricionária passou a ser aceito em maior intensidade, por considerar-se que toda a competência conferida à Administração encontra-se vinculada à Constituição.

O ativismo judicial, frente às questões que envolvem a saúde pública, que atua para além das balizas demarcatórias reservadamente da função legislativa ou executiva, não se estabelece por meio do exercício de invasão astuciosa sobre o núcleo de funções constitucionalmente conferidas a outros Poderes, mas sim frente à omissão e recalcitrância das autoridades públicas em acolher as necessidades mais básicos do ser humano, no que tange a saúde e o bem-estar.

<sup>215</sup> OLSEN, Ana Carolina. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006, p. 306-308. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 11 jan 19.

<sup>216</sup> HACHEM, DANIEL WUNDER. *Tutela Administrativa Efetiva Dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014, p. 55.

Ainda sobre a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, apto a promover a consolidação dos preceitos constitucionais, sem lesão a separação de poderes, Daniel Hachem afirma:

Não basta que os administrativistas ouçam os constitucionalistas e imprimam nova feição aos institutos tradicionais do Direito Administrativo – tais como o contrato administrativo, o poder de polícia e a responsabilidade civil do Estado. A realização plena da Constituição reclama também que os constitucionalistas dialoguem com os administrativistas, identificando quais utensílios jus administrativos podem ser úteis a uma promoção universalizada dos direitos fundamentais sociais.<sup>217</sup>

Assim sendo, destaca-se que as especificidades da atividade jurisdicional na aplicação dos preceitos constitucionais está diretamente relacionada com a singularidade do ativismo judicial em matéria de saúde, que, dentre outras, compreendem a posição de dever funcional dos órgãos judiciários com atuação mais contundente no tocante à efetivação dos direitos fundamentais sociais, conforme discorre a Constituição Federal.

Tendo em vista o novo panorama inaugurado pela Magna Carta em 88 no que tange ao compromisso estatal na efetivação dos direitos fundamentais sociais, discorre Sarlet:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada.<sup>218</sup>

A norma do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, evidencia o múnus pelo qual as normas constantes de direitos e garantias fundamentais devem ser efetivadas no plano concreto, de modo a lhes conferir, sempre que possível, garantia plena e máxima efetividade.

<sup>217</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva Dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014, p. 58. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 fev 19.

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77.

No contexto de adversidades no sistema público de saúde brasileiro, a judicialização da saúde se revelaria em oportunidade disponível ao cidadão, via Poder Judiciário, a exigir prestações de saúde em face da Administração Pública. Não se ignora o cenário político e a crise econômica que atravessa a nação, entretanto as limitações orçamentárias não devem figurar como salvaguarda para a ineficiência estatal em consolidar a ordem normativa. Em que pese os reflexos da realidade político-social na conformação dos preceitos constitucionais, o Poder Judiciário deve buscar prevalecer a “vontade de Constituição”, pelo exercício constante de aperfeiçoamento democrático por meio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

A submissão dos direitos fundamentais a uma reserva de ponderação, tendo em conta questões orçamentárias e políticas, por vezes, resta por mitigar-lhes justiciabilidade e pleno gozo aos cidadãos. De maneira que a atuação ativista do Poder Judiciário, nos demais poderes constituídos, são legítimas e configuram expressão máxima da defesa dos preceitos constitucionais. Essa atuação tem em vista a consolidação, para além do âmbito normativo dos direitos fundamentais sociais, com destaque para à saúde.

#### 4.4 DO PROBLEMA DA SUPERLITIGAÇÃO: DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

A participação do cidadão em ter sua demanda atendida é uma garantia constitucional, não podendo se falar em Estado Democrático de Direito sem o amplo acesso à justiça, direito esse garantido não apenas pelo poder de demandar, mas sim pela garantia de ter uma justiça eficaz.

No dizer de Galassi:

Ter acesso à justiça é garantir a prevalência dos direitos humanos e o exercício da dignidade da pessoa humana. Mas essa garantia não pode ser apenas superficial, no sentido de somente declarada, mas sim, efetivamente aplicada, de modo a não restar dúvidas de que qualquer cidadão possa recorrer ao Poder Judiciário quando se sentir lesado.

[...]

Entretanto, o Poder Judiciário não consegue atender as demandas processuais existentes, o número de juízes é incompatível com a quantidade de processos a serem julgados. O Estado sabe desse problema, mas não toma ações no sentido de resolvê-lo. Não se pode lançar toda a culpa em cima dos juízes, porque não são

máquinas julgadoras, mas seres humanos que necessitam da sensibilidade para fazer um julgamento justo<sup>219</sup>.

Não é de hoje que se ouve falar sobre o abarrotamento que enfrenta o Poder Judiciário, e o crescente aumento das demandas jurídicas, sendo, muita das vezes, conhecida como a crise do judiciário. Esse ato se dá devido ao grande número de demandas, bem como pela quantidade de julgadores ser ínfima em relação à quantidade de processos.

A Constituição Federal prevê em seu texto a garantia do cidadão ter o acesso à justiça, sendo esta uma das características do Estado Democrático de Direito. Contudo, é possível observar também a crescente busca do Judiciário por “movimentos populares, que se apropriaram política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizadas”, conforme assegura Faria<sup>220</sup>, o que contribuiu para a vulgarização do acesso à justiça.

O constitucionalismo moderno, principalmente o brasileiro, é marcado pela afirmação dos direitos fundamentais sociais, que garante ao cidadão a concretização dessa garantia, inclusive no âmbito do acesso à saúde. Dessa forma, quando o cidadão não tem acesso à prestação desse direito, ele se utiliza do judiciário para a sua efetividade, o que por vezes tem causado um significativo aumento dos processos judiciais individuais.

A saúde é um direito social, sendo garantida no texto constitucional como um direito universal e igualitário, cabendo ao Estado sua promoção. Nesse sentido, Lima propõe a análise do direito à saúde sob um novo prisma, “como relação de justiça, e não como poder de indivíduos contra o Estado ou mesmo contra a sociedade, o que propiciará o desenvolvimento de um modelo racional que garanta efetivamente o acesso universal e igualitário da realidade brasileira”<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> GALASSI, Almir. O Acesso a Justiça como garantia dos Direitos Fundamentais das Minorias In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política, econômica*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2012, p. 5.

<sup>220</sup> FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça*. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 11.

<sup>221</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critério de aplicação In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELO, Ana Paula. *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 242.

Nesse caminho, propõe-se uma nova visão ao tema, não no sentido de retirar o acesso ou diminuir o alcance desse direito tão importante, uma vez que sem a garantia da saúde não tem sentido as demais garantias sociais.

A Carta Magna prevê como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, momento que não se pode admitir que um Estado Democrático, e em uma sociedade solidária e independente se sustente por pretensões egoístas, que se confrontam com as tarefas da vida comum, conforme assegura Andrade<sup>222</sup>. Quando o Estado, por meio do Judiciário obriga um ente a conceder o acesso à saúde de forma indiscriminada e individual, colocando em risco a distribuição para os demais que dela necessitam, está violando a justiça social.

Ainda sobe o tema Andrade leciona:

Os direitos fundamentais das pessoas, pelo seu carácter geral e universal, contendem, a final de contas, com toda a vida comunitária e isso representa uma tentação e um pretexto para que se estenda o prestígio e a especial protecção jurídica de que gozam a outras posições e situações cada vez mais longínquas do seu núcleo tradicional. Assistimos, pois a um processo de alargamento que tende a integrar e a diluir progressivamente as posições jurídicas dos indivíduos nos complexos específicos de relações sociais em que esses se movem, ao mesmo tempo que multiplica os espaços de garantia à volta delas – isto é, que tende a avolumar o que designado como o lado objectivo dos direitos fundamentais.

Esse processo de alargamento, intensivo e extensivo, natural num ambiente de socialização, corre o risco de exceder-se e de se tornar num "jusfundamentalismo", quando é dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e de protecção – mas pode e deve ser contido dentro dos limites do razoável, para que não provoque o amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamenta<sup>223</sup>.

A lição acima exposta demonstra com grandeza o problema das demandas individuais dos direitos fundamentais à saúde, pois o que se busca defender não é o retrocesso social, nem tampouco negar a aplicação da norma constitucional que assegura o acesso à saúde, ou contestar a competência do Judiciário em determinar ao Estado a concretização deste direito, mas si assegurar a aplicação da justiça social, a fim de serem adotados critérios que conduzem à aplicação universal e igualitária do acesso à saúde, como reza o texto constitucional.

---

<sup>222</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 76.

<sup>223</sup> Op. cit. p. 77.

Tal como defendido por Andrade, não se pode aceitar o alargamento indiscriminado dos direitos fundamentais, sob pena de enfraquecê-lo, ao ponto de descaracterizar o próprio conceito de direito fundamental, que deve ser visto com uma aplicação racional e criteriosa.

Dessa forma, entende-se que o Direito à saúde deve sim ser garantido pelo Poder Público, sendo um direito fundamental social, e sua aplicabilidade é imediata, porém não se pode admitir um direito exercido de forma absoluta e ilimitada, em que os indivíduos abarrotam o Judiciário com suas demandas individuais causando uma superlitigação, colocando em risco a sobrevivência e execução do próprio direito fundamental.

Deve sim o particular em casos extremos procurar sua proteção pelo Judiciário, porém esta atitude deve ser combatida quando não se tratar de fato de prejuízo de seu titular. O judiciário é visto como o guardião da Constituição, devendo agir como tal, desincentivando as atitudes que macule com o ordenamento jurídico e com sua função.

Também vale lembrar que com a nova roupagem constitucional administrativa dada pela Constituição de 1988 fez com que se buscasse cada vez mais a criação de leis e programas sociais voltados para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, o que se demonstrou foi a grande falta de efetividade desses recursos, haja vista, muita das vezes, as leis serem criadas apenas para satisfazer a vontade popular e a exigência normativa, em se apoiar na ideia de efetividade pela simples criação de leis, pois conforme já mencionado, para dar efetividade aos direitos fundamentais ,faz-se necessário o binômio de políticas públicas e orçamento.

Foi na intenção de aprimorar a qualidade das decisões, bem como dar maior controle nas três esferas de governo que foi encaminhado o Projeto de Lei nº 7.448, de 2017, que visou acrescentar artigos à Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), de modo a introduzir disposições relativas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público, conforme se depreende da parecer do Relator da PRL 1 CCJC, pelo Dep. Paulo Abi-Ackel<sup>224</sup>. Tendo por objetivo tornar expressos algumas regras e princípios a serem utilizados quando da

---

<sup>224</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 7448/2017*. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017)>. Acesso em: 11 mar 19.

aplicação da lei pelas autoridades administrativas, inclusive ao tomarem decisões fundadas em cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Sobre o tema, é o parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Abi-ackel:

Não há mais surpresa hoje na afirmativa de que a Constituição da República é o centro do ordenamento jurídico, tornando-se o filtro mediante o qual toda e qualquer lei e norma devem ser interpretadas. Se antes os Códigos, agora as Constituições. Se antes as regras, agora os princípios e os direitos fundamentais.

Mas há um paradoxo nesta evolução do pensamento jurídico. É que as normas mais importantes do ordenamento também são as mais vagas e genéricas, o que confere margem para amplas divergências interpretativas e contribui para o aumento da insegurança jurídica.

Por outro lado, simplesmente não é possível retornar ao sistema anterior, no qual se acreditava que a aplicação da lei ao caso concreto decorreria somente de um processo lógico-subsuntivo. Ninguém mais acredita ser possível editar leis que tenham as respostas para todos os problemas ou, sequer, adaptar e atualizar regras específicas com a velocidade que o desenvolvimento social e tecnológico exige.

A sociedade não é mais simples e soluções para problemas complexos frequentemente são criadas a partir do processo interpretativo de normas genéricas [...].<sup>225</sup>

Assim, o citado projeto de lei tem por fundamento a ideia de trazer novos parâmetros de interpretação para todo o sistema jurídico, inclusive no âmbito administrativo; retirar a noção da falta de transparência; e afastar a crença de que as soluções dos problemas estejam adstritas apenas na criação de novas leis.

O citado projeto de lei foi convertido na Lei Ordinária nº 13.655 de 2018, introduzindo onze artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), e sobre seus dispositivos faz-se necessário algumas breves considerações.

Referente os artigos 20 e 21 verifica-se a preocupação com o princípio da motivação, determinando que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial sejam tomadas levando em consideração as consequências das decisões, e a ponderação, exigindo que elas sejam razoáveis e proporcionais, “de forma que os

---

<sup>225</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 7448/2017*. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017)>. Acesso em: 11 mar 19.

danos delas decorrentes sejam extensão e intensidade adequadas ao caso concreto”.<sup>226</sup>

Já em seu artigo 22, reza sobre a interpretação das normas pelos gestores, deve o gestor público analisar as balizas de interpretação, momento em que não deve se buscar apenas a letra da lei, mas sim uma análise geral sobre as limitações de atuação desses gestores e as complexidades da função administrativa.

Nos artigos 23 e 24, segundo o parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça, preocupou-se na aplicação do princípio da segurança jurídica, pois conferiu ao cidadão a garantia de que novas interpretações ou orientações sobre a norma que alcancem os contratos ou atos “sejam devidamente constituídas no tempo e garantida uma transição razoável quando inevitável a exigência do novo dever ou do novo condicionamento de direito”.<sup>227</sup>

Assim, toda vez que houver um novo entendimento ou uma nova interpretação deve-se respeitar o princípio da segurança jurídica, estabelecendo uma transição entre o novo e o antigo entendimento.

O artigo 25 da lei em comento foi vetado sobre a compreensão de acarretar a excessiva demanda judicial de forma injustificada, conforme se verifica das razões do veto disposta na mensagem 212 de 25 de abril de 2018.<sup>228</sup>

Os artigos 26 e 27, por sua vez, buscam o diálogo entre a administração pública e o particular. Nesse contexto, a administração poderá por meio de consulta pública, e preenchido os requisitos legais, celebrar compromisso com os interessados a fim de buscar solução jurídica eficiente e proporcional. Inclusive poderá as decisões no curso de processos celebrar a compensação por benefícios indevidos.<sup>229</sup>

Dos dispositivos em comento, pode-se observar que eles buscam privilegiar o princípio da eficiência da administração.

---

<sup>226</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 7448/2017*. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-L+7448/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-L+7448/2017)>. Acesso em: 11 mar 19.

<sup>227</sup> Op. Cit.

<sup>228</sup> BRASIL. *Mensagem de Veto n.º 212 de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm)>. Acesso em 11 mar 19.

<sup>229</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018*: Inclui na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm)>. Acesso em: 11 mar 19.

O artigo 28 da lei estabelece sobre a responsabilidade do agente publico por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, respondendo, assim, pessoalmente por seus atos.

Já o artigo 29, reza sobre a possibilidade do cidadão em participar na edição de atos normativos, ressalvado os de organização interna, o que prestigia a participação popular.

Para finalizar, foi inserido o artigo 30, que mais uma vez privilegia a busca pelo princípio da segurança jurídica, uma vez que determina que a administração pública deve agir sempre buscando a melhor aplicação do princípio em suas decisões e esfera de atuação, vinculando seus órgãos, enquanto não sofrerem revisão.

Diante das primícias apresentadas, resta claro que o objetivo de inclusão desses dispositivos no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi para buscar um maior grau de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, vinculando todas as esferas do governo.

Assim, pode-se dizer que haverá uma maior cautela na elaboração das leis pelo Legislativo, momento em que deverá considerar a questão orçamentária, e ser responsável diretamente pelos seus atos. Cautela essa que deverá ser observada de igual sorte tanto pelo Executivo, bem como pelo Judiciário.

#### 4.5 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À PRECARIÉDADE DA SAÚDE PÚBLICA

Neste último item, disserta-se sobre a responsabilidade do Estado quando deixa de prestar o serviço público, ou quando ele o faz, mas, mesmo assim, causa danos a terceiros, seja por ação ou omissão. A análise aborda quais os tipos de responsabilidade que a Constituição Federal atribui ao Estado.

Para a formação do Estado, cada indivíduo abriu mão de uma parcela de seu direito e transferiu para um ente que administraria e governaria a vontade de todos, e este ente se chama Estado. Por ele deter o direito surge, a obrigação de ele proporcionar direitos e obrigações para que assim todos vivam numa sociedade justa.

A Carta Magna instituiu em seu artigo que os recursos do Sistema Único de Saúde serão financiados pelos entes da Federação, pelos recursos da seguridade

social e por outras fontes. No entanto, é de conhecimento público que os recursos destinados à saúde são insuficientes, bem como há ainda o problema da corrupção instalado em no país, o que dificulta ainda mais a aplicação para os serviços sociais.

Por mais que haja uma insuficiência nos recursos destinados à saúde, não pode o particular responder por essa falta, colocando em risco sua própria vida. Por esta razão, o Estado tem que descobrir uma maneira para que haja uma maior efetividade e aplicação da norma constitucional.

A corroborar com o estudo, apresenta-se alhures julgado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser responsabilidade do Poder Público prover para uma saúde efetiva para, então, diminuir e precariedade.

Administrativo – Ação Civil Pública – Controle Judicial De Políticas Públicas – Possibilidade Em Casos Excepcionais – Direito À Saúde – Fornecimento De Equipamentos A Hospital Universitário – Manifesta Necessidade – Obrigação Do Estado – Ausência De Violação Do Princípio Da Separação Dos Poderes – Não-Oponibilidade Da Reserva Do Possível Ao Mínimo Existencial.<sup>230</sup>

O julgado do Superior Tribunal de Justiça enfatiza a ideia de que é dever do Estado promover a saúde para todos os cidadãos, podendo o particular se valer do Judiciário a fim de ter resguardado essa garantia.

Embasado na doutrina de Cahali, segue uma breve análise sobre a evolução do instituto de responsabilidade civil do Estado, *in verbis*:

Revela-se preciso o esquema proposto por Duez: **a) numa primeira fase, a questão inexístia**, a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução de seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm a sai disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; **b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico**: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo a teoria às teorias do Código Civil, relativa aos atos dos prepostos e mandatários; **c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público**; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo( grifo nosso)<sup>231</sup>.

<sup>230</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1041127. Rel. Min. Humberto Martins, 2º Turma, Julgamento 25/08/2009. DJE 16/09/2009.

<sup>231</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19.

Assim, constata-se que a responsabilidade civil passou por grandes evoluções, pois, conforme observado no texto supracitado, no início não se admitia a responsabilidade civil do ente estatal. Com o passar dos tempos, chegou-se na responsabilidade atual que é a do risco administrativo, na qual o Estado deve ser responsabilizado pelos danos a outros causados.

Feitas estas pequenas considerações, passa-se, neste momento, à análise da teoria da irresponsabilidade estatal.

A Teoria da Irresponsabilidade do Estado, como o próprio nome sugere, defendia que Estado era o organismo supremo e por isso não poderia ser responsabilizado pelos seus atos, pois buscava apenas o bem da sociedade e, se cometesse algum erro, era sempre pensando no bem maior que era o povo.

E para ilustrar, são citados os doutrinadores Gagliano e Pamplona:

'The king can do no wrong' (O Rei nada faz de errado). Esse brocardo inglês é a máxima que regeu longo período do percurso histórico das sociedades políticas estatais, recusando-se a possibilidade de responsabilização do Estado como reflexo do predomínio da teoria divina e sobrenatural do poder. Com o surgimento da concepção moderna de Estado, imperava a idéia da total "irresponsabilidade" do poder público. Vale dizer, o Estado absolutista não admitia a possibilidade da reparação por eventuais danos causados pela administração, não se aceitando a constituição de direitos subjetivos contra o Estado soberano e absoluto. Tal infalibilidade estatal pressupunha que o Estado era, por si só, a expressão da lei e do Direito, sendo inadmissível a idéia de concebê-lo como violador da ordem que teria por dever preservar. Com a decadência do absolutismo, e sob a influência do liberalismo, o Estado vai perdendo a sua imunidade de outrora.<sup>232</sup>

Assim, verifica-se que esta teoria defendia que o Estado por ser o ente supremo, e, por ser escolhido de Deus, não causava dano a outrem. Caso alguns dos seus súditos causassem, eles é que teriam a responsabilidade de indenizar, pois jamais poderiam ser confundidos com o Estado. Defendia ainda a ideia de que o Estado era o detentor das leis, dessa forma não poderia violar o seu próprio direito. Como visto, essa teoria não perdurou por muito tempo, pois houve o declínio do absolutismo e o surgimento do liberalismo, que passou a repudiar a ideia de que o Estado não poderia responder por prejuízos causados a outrem.

---

<sup>232</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

A teoria civilista, por sua vez, foi um dos grandes marcos para o declínio da teoria da irresponsabilidade estatal, sendo por meio dela que o Estado começou a ser responsabilizado por seus atos. Nessa fase, a questão de responsabilidade do Estado era palpada no direito civil, e se utilizava do instituto de responsabilidade por fato de terceiro, na qual o Estado era responsável pela escolha e vigilância de seus súditos, porém, para efetivação, a pessoa que sofreu o dano teria que comprovar a falta de atuação do Estado<sup>233</sup>.

Assim, a teoria civilista teve seus fundamentos na órbita civil, momento em que o Estado começou a se responsabilizar pela má escolha de seus súditos. Contudo, para que isso acontecesse, a pessoa que teve seu direito lesado teria que comprovar que ele escolheu mal, ou que não vigiou os atos de seus dependentes, dificultando mais ainda a caracterização da responsabilidade.

Para enriquecer o estudo sobre o tema, o doutrinador Yussef Said Cahali, preleciona que:

E se buscava, então, estabelecer uma diferença entre atos de império e atos de gestão [...]. Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: **as essenciais ou necessárias**, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional ou jurídica), e **as facultativas ou contingentes**, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem estar e cultura; **quando realiza as funções necessárias, age como Poder Público, soberano; quando realiza as funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos**. Em condições tais, agindo **o Estado no exercício de sua soberania**, na qualidade de poder supremo, supra individual, atos **de *jure imperii***, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação. Todavia, na prática de atos ***jure gestionis***, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua **responsabilidade civil reconhecida**, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros, distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento de dano (grifo nosso).<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

<sup>234</sup> Op. cit. p. 23.

Com base no texto supracitado, a teoria civilista tinha duas derivações, a de atos de império e a de atos de gestão. Nos atos de império, o Estado realizaria os atos como Poder Público, soberano, e sobre esses atos não restaria qualquer tipo de reparação, nem mesmo por atos praticados por seus súditos. Enquanto, nos atos de gestão, o Estado se equipararia ao particular, podendo, assim, ser responsabilizado por atos de seus representantes desde que houvesse culpa e ainda a vítima do dano teria que comprovar a culpa do agente estatal.

Esta teoria acabou se desvalorizando, haja vista que a vítima do dano teria que comprovar que o Estado estava agindo com atos de gestão, e ainda comprovar a culpa do agente estatal.

Por toda essa dificuldade de meios de provas, e por estar surgindo uma nova teoria na Alemanha, no sentido de retirar as figuras entre representante e representado, e inserir a figura do órgão, como sendo a própria pessoa do Estado, houve a decadência da teoria civilista e a inserção da teoria publicística<sup>235</sup>.

Conforme mencionado, essa teoria teve origem na Alemanha e substituiu a teoria civilista, e a antiga teoria tratava do representante do Estado como causador do dano, porém, a teoria publicística retirou o agente representante do Estado, passando para a figura do órgão, como sendo a própria pessoa do Estado.

Essa teoria abandona todo o apoio recebido do direito civil, desenvolvendo-se no próprio terreno do direito público, na qual ocorre a despersonalização da culpa, e passa para a responsabilidade da falha da máquina administrativa<sup>236</sup>.

Nesse sentido a teoria publicística inovou a responsabilidade do Estado, como sendo a figura do próprio órgão o responsável pelo dano causado a outrem. Referente à culpa, esta deverá ser a publicista, baseada nos princípios de direito público.

O sistema jurídico brasileiro, ainda que indiretamente, sempre resguardou a obrigação do Estado em responsabilizar por seus danos causados a terceiros.

Sobre o tema é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

O direito pátrio oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva, da responsabilidade civil da Administração. Desde o império os nossos juristas mais avançados propugnavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco que se

---

<sup>235</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

<sup>236</sup> Op. cit. p. 24.

iniciava na França, mas encontraram decidida oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no Direito Privado, porém inadequada para o Direito Público, como o demonstram os nossos mais autorizados monografistas<sup>237</sup>.

A Constituição Republicana de 1891 não dispunha diretamente sobre o tema responsabilidade civil do Estado, porém trazia, no artigo 82, a responsabilidade dos funcionários públicos. É patente que, nessa época, o Estado brasileiro resguardava a responsabilidade civil por atos cometidos por seus agentes públicos. Foi no Código Civil de 1916, em seu artigo 15, que se dispôs sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito Público<sup>238</sup>. Assim, pode-se dizer que o código de 1916 foi uma das primeiras legislações pátria a tratar sobre o instituto de responsabilidade civil do Estado.

Já a Constituição de 1934, estabeleceu a responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e o Órgão Estatal<sup>239</sup>. Nesse período, começa a ficar patente a responsabilidade do Estado, ainda que seja subjetiva e solidária.

A Constituição de 1946, em seu artigo 194, trouxe a responsabilidade do Estado pelos danos que os seus funcionários públicos causassem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário, desde que haja culpa ou dolo. O artigo 194 da então vigente Constituição revogou o artigo 15 do Código Civil de 1916, passando da teoria da culpa para a teoria do risco administrativo adotada no ordenamento pátrio<sup>240</sup>.

Assim, o Estado seria responsável pelos prejuízos causados pelos seus, independentemente de a vítima do dano conseguir comprovar a culpa ou o dolo do agente estatal. Dispunha ainda da ação regressiva do Estado sobre o causador do dano. Com base no direito Francês, adotou-se no Brasil a *Teoria do Risco Integral* do agente estatal, passando a vigorar a responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1967 foi ainda mais incisiva sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno, trouxe em seu artigo 105, o qual foi

---

<sup>237</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 627

<sup>238</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 30.

<sup>239</sup> Op. cit. p.31.

<sup>240</sup> Op. cit. p. 31.

também repetido no ordenamento constitucional de 1969, a responsabilidade de seus agentes na mesma ideia anterior, do risco integral do Estado<sup>241</sup>.

Tanto o texto constitucional de 1967 como o de 1969 trouxeram consigo a responsabilidade do Estado, a qual foi mais incisiva nessas constituições. Dispunha ainda sobre o direito de regresso contra seus agentes, se aquele estivesse agido com culpa ou dolo.

A Carta Magna de 1988 inovou o instituto de responsabilidade civil, pois ampliou a sua extensão. Nas Constituições anteriores, apenas as pessoas jurídicas de direito público que responderiam pelos danos causados. Porém o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 inovou trazendo além das pessoas jurídicas de direito público, as de direito privado que prestam serviços públicos como responsáveis em indenizar<sup>242</sup>.

Foi através da Constituição de 1988 que se estabeleceu a ampliação das pessoas do Estado causadora dos danos. Com esta Carta, também se encerrou a discussão criada na Constituição de 1946, referente à responsabilidade civil do Estado que adotou sem sombra de dúvida a teoria do risco, a responsabilidade objetiva, a qual se afastava a ideia de comprovar a culpa, bastando apenas a conduta do agente, o dano que a vítima experimentou e o nexo causal.

Feita essa breve evolução histórica e considerações sobre a responsabilidade civil do Estado no sistema jurídico brasileiro, passa-se, neste momento, ao estudo detalhado da responsabilidade objetiva do ente estatal.

#### 4.5.1 Responsabilidade Objetiva do Estado

A responsabilidade civil do Estado se baseia, em regra, na teoria do risco integral, ou seja, na responsabilidade objetiva da administração. A corroborar com o tema traz-se alhures o conceito de responsabilidade objetiva do ente estatal à luz da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.

---

<sup>241</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 31.

<sup>242</sup> Op. cit. p. 33.

Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente<sup>243</sup>.

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade civil objetiva se fundamenta na ideia do risco administrativo, ou seja, não se analisa a ideia de culpa do agente causador do dano, bastando apenas a conduta humana, o evento danoso e a relação de causa e efeito entre o fato e o dano.

Um dos elementos justificadores da responsabilidade objetiva do Estado consiste na desigualdade do cidadão frente às atividades da administração. Essa perspectiva está palpada na ideia de o ente estatal ser superior ao particular, sendo que este é mais desigual juridicamente do que aquele, haja vista o Estado ter privilégios e prerrogativas referentes à sua posição. Assim, para assegurar os princípios da igualdade e da equidade entre as partes, é que se justifica esta teoria.

A corroborar com este estudo, traz-se à baila decisão do STF que aplica a responsabilidade objetiva do órgão estatal:

**A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público na hipótese em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável ao servidor Público com atuação na área médica. Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz**

---

<sup>243</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 960.

**emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido (grifo nosso).<sup>244</sup>**

Embasado na jurisprudência Pátria, pode-se concluir que a responsabilidade civil objetiva é a regra adotada para a responsabilidade do Poder Público.

#### 4.5.2 Responsabilidade Subjetiva

Conforme já demonstrado, a responsabilidade civil da administração, como regra, que está estabelecida no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal é a responsabilidade objetiva, ou seja, a que não verifica o dolo ou a culpa do agente lesionador.

Contudo, há uma corrente doutrinária que defende que somente será objetiva quando o Estado agir de forma comissiva, ou seja, positiva, quando presta o serviço. Essa mesma corrente defende que, quando o Estado é omissivo no seu dever de agir e causa dano a outrem, a responsabilidade será subjetiva, assim, a vítima do dano terá que comprovar o dolo ou a culpa do agente estatal.

Um dos renomados doutrinadores que defende a possibilidade de aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado é Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas palavras:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em

---

<sup>244</sup> SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *RE 495.740 – AgR.* Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-04-08, 2º Turma, DJE de 14-08-09.

dada obrigação (dolo). Culpa de dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva<sup>245</sup>.

Diante do pensamento acima exposto, é de se concluir que o jurista entende que toda vez que o Estado for omissivo em seu dever de agir a responsabilidade será a subjetiva, ou seja, a vítima do dano deverá comprovar a culpa ou o dolo estatal.

Essa é uma questão ainda controversa na doutrina e na jurisprudência, e com entendimento diverso, Cavalieri Filho sustenta que a Carta Magna não defendeu a responsabilidade objetiva do Estado apenas nas condutas comissivas, mas também nas omissivas<sup>246</sup>.

Dessa feita, para a doutrina supracitada, a responsabilidade objetiva do Estado versaria sobre qualquer conduta do agente estatal, tanto comissiva como omissivas, sendo inexistente a responsabilidade subjetiva do Estado.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido no sentido de haver a responsabilidade subjetiva do Estado:

Constitucional E Administrativo. Agravo Regimental Em Recurso Extraordinário. Responsabilidade Extracontratual Do Estado. Omissão. Danos Morais E Materiais. Crime Praticado Por Foragido. Art. 37, § 6º, CF/88. Ausência De Nexo Causal. Inexistência de nexos causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. A alegação de falta do serviço – *faute du service*, dos franceses – não dispensa o requisito da aferição do nexos de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades – imprudência, negligência ou imperícia.<sup>247</sup>

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de haver a responsabilidade subjetiva do Estado, porém, como mencionado, isso ainda não é um entendimento pacífico nos tribunais nacionais.

Todavia, quando se fala em direito à saúde, essa regra não vem sendo aceita com unanimidade nos Tribunais pátrios, haja vista, ter o entendimento de que em se tratando de saúde pública tanto na ação como na omissão será aplicada a

<sup>245</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.966.

<sup>246</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 243.

<sup>247</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. RE 395.942 – AgR. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-08, 2º Turma, DJE de 27-2-09. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 jan 19.

responsabilidade objetiva, ou seja, não será necessário comprovar o dolo ou a culpa do agente estatal, apenas o dano e o nexo causal com a conduta.

Nesse mesmo sentido, vem sendo os julgados dos Tribunais pátrios, conforme se depreende do entendimento do Superior Tribuna de Justiça, *in verbis*:

Responsabilidade Civil Objetiva Do Poder Público - Elementos Estruturais - Pressupostos Legitimadores Da Incidência Do Art. 37, § 6º, Da Constituição Da República - Teoria Do Risco Administrativo - Infecção Por Citomegalovírus - Fato Danoso Para O Ofendido (Menor Impúbere) Resultante Da Exposição De Sua Mãe, Quando Gestante, A Agentes Infecciosos, Por Efeito Do Desempenho, Por Ela, De Atividades Desenvolvidas Em Hospital Público, A Serviço Da Administração Estatal - Prestação Deficiente, Pelo Distrito Federal, De Acompanhamento Pré-Natal - Parto Tardio - Síndrome De West - Danos Morais E Materiais - Ressarcibilidade - Doutrina - Jurisprudência - Recurso De Agravo Improvido. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. **A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica.** - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da "Síndrome de West", apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público,

o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido (grifo nosso).<sup>248</sup>

Desse modo, toda vez que o evento danoso for relativo à prestação à saúde pública, a maioria da jurisprudência tem entendido se tratar de responsabilidade civil do Estado objetiva, ou seja, não aferirá a culpa ou dolo do agente estatal, bastando para tanto, a demonstração do dano e o nexo causal entre a conduta do agente lesionador, aplicando, assim, a responsabilidade que a Constituição Federal definiu como regra para o Estado.

Posto isso, pode-se concluir que no atual ordenamento jurídico deve o Estado responder pelos danos que causarem a terceiros, sendo pela responsabilidade objetiva. Responsabilidade essa que deve ser aplicada tanto na ação como na omissão do serviço.

Conforme demonstrado, os tribunais pátrios têm se posicionado que em caso de omissão do serviço que causar dano seria cabível a responsabilidade subjetiva do Estado, porém, em detrimento da saúde, tem sido o entendimento que tanto na ação como na omissão do serviço o Estado responderia objetivamente pelo dano causado. Nessa seara, entende-se que, quando o dano se referir à prestação do serviço de saúde, será sempre objetiva a responsabilização do Estado.

---

<sup>248</sup> SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *RE 495740 AgR*. Rel. Min. Celso de Mello. 2º Turma. Julgamento 15.04.2008. DJE 14.08.09.

## CONCLUSÃO

O fundamento da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana, que é uma qualidade própria da pessoa, assim, entende-se que, pelo simples fato de existir, o ser humano já tem essa característica. Além disso, a Carta Magna constitui o direito à vida como direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Sendo assim, o direito à saúde está umbilicalmente ligada ao direito à vida, estando também interligado com o direito fundamental do cidadão.

Estabelecidas essas premissas, verificou-se que a Constituição em vigência trouxe muitos direitos e garantias ao cidadão, sendo conhecida como a Constituição Cidadã. No entanto, ocorre que, na maioria das vezes, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversas garantias, porém não há aplicabilidade dessas normas.

Infelizmente no sistema brasileiro o que mais se observa é a precariedade do serviço à saúde, ou seja, o Estado deixa de prestar o serviço tão essencial ou, quando presta, oferece de qualquer forma não analisando as devidas cautelas. O Poder Público tenta justificar essa precariedade baseando-se na insuficiência de recursos que financiam a saúde e utilizando-se das demandas judiciais para garantir esse acesso.

Diante desse fato, observou-se, no decorrer do estudo, que tem sido cada vez maior o número de decisões do Poder Judiciário, obrigando o Poder Público a dar efetividade aos direitos sociais, sob o fundamento de que não pode o cidadão ser compelido dessa garantia em face das limitações de recursos financeiros.

Contudo, no momento que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas surge a celeuma do extrapolar os poderes conferidos a cada um quando da criação do Estado, não se admitindo que um Poder intervenha na função direta de outro, tendo como limitador o princípio da Separação dos Poderes.

Esse princípio, com viés no Estado Liberal, como abordado, foi estabelecido quando os burgueses na sua luta incessante de se proteger do Estado Absolutista lançam regras para cessar a coerção de um frente a outro. Todavia, quando se observa a história, vê-se que o liberalismo não prosperou, vez que continuavam a proteger apenas o interesse de uma classe, a burguesa.

Mesmo assim, cada vez mais foi se desenvolvendo a política, chegando ao Estado Social de Direito. No desenvolver deste trabalho, constatou-se que esse

estado está em constante desenvolvimento, no qual não se vislumbra apenas o princípio da Separação dos Poderes com um método intangível, vez que para cessar os abusos de um Poder, é imprescindível a intervenção e controle um em detrimento de outro.

Essa intervenção de um Poder na esfera do outro é desejada no Estado Social de Direito, porém sempre nos limites da razoabilidade. Assim, pode e deve o Poder Judiciário intervir para buscar dar efetividade das políticas públicas, pois não cabe a ele aquela antiga ideia de apenas dizer o direito, mas tendo nova roupagem, é visto como o próprio guardião da Constituição. Podendo, por essa razão, dar efetividade à norma constitucional.

Nesse sentido, tem-se no Judiciário a visão de garantidor das demandas sociais, quando essas não são efetivadas por quem de fato as deveriam implementá-las, protegendo, assim, os direitos dos cidadãos.

Todavia, outro aspecto que foi observado é que a relativização do princípio da separação dos poderes em nenhum momento autoriza a interferência indiscriminada em outro Poder. Dessa maneira, não pode o Judiciário em detrimento das demandas individuais, ou mesmo nas coletivas, interferir de forma desarrazoada na administração e que interferem diretamente nas questões orçamentárias. Estaria o Judiciário legislando e administrando. Esse tipo de situação tem que ser combatida, pois não pode o Judiciário beneficiar apenas um indivíduo, o qual demandou o juiz, ao passo que diversas pessoas, que não tiverem o propósito de pedir auxílio ao Judiciário, e enfrentam os mesmos riscos, serem prejudicadas.

Dessa maneira, concluiu-se, a partir da análise, que o Poder Judiciário deve agir de forma a garantir a efetividade das políticas para todos que se encontram na mesma faixa de necessidade, respeitando-se, assim, os princípios da igualdade e da generalidade.

Como um dos vários desafios do presente trabalho, teve-se a tentativa de demonstrar a efetividade dos direitos sociais e as limitações fáticas e materiais encontradas pelo administrador público.

Outro ponto que buscou ser desenvolvido foi à saúde pública como um direito fundamental ao mínimo existencial, tendo por limitação a reserva do possível. Momento em que se viu que eles são princípios que não se anulam, mas devem ser analisados pela proporcionalidade.

Constatou-se também que o Estado Social de Direito deve intervir diretamente nas relações sociais. Contudo, quando o Estado não presta seu serviço à saúde pública ou oferece de qualquer forma – não tomando a devida cautela que esse instituto merece, ocasionando um dano ao cidadão –, este tem o dever de indenizar, através do instituto da responsabilidade civil do Estado.

Indispensável arrazoar que a responsabilidade civil do Estado que a Constituição Federal estabelece é baseado na responsabilidade objetiva, ou seja, não verifica culpa ou dolo do agente estatal. Contudo há divergência doutrinária e jurisprudencial que defende que quando o Estado for omissivo, ou seja, deixar de prestar o serviço, a responsabilidade será palpada na ideia de culpa, palpada no instituto da responsabilidade subjetiva.

Ocorre que na responsabilidade civil do Estado, quando se refere da prestação do serviço à saúde, a responsabilidade que tem sido aceita pelos Tribunais Pátrios é que tanto na ação como na omissão do serviço essencial de saúde deve a responsabilidade do agente estatal do causador do dano ser a objetiva, ou seja, bastando comprovar apenas o nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

Posto isso, evidenciado que a saúde é um direito fundamental de todo cidadão, e está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, assim, é dever do Estado prover para que todos tenham o livre acesso à ela, buscando sempre a aplicabilidade da norma constitucional.

Contudo, se o Poder Público deixa de prestar este serviço tão essencial ou oferece de qualquer jeito, e que venha acarretar dano ao particular, deve o Estado responsabilizar o cidadão pelo prejuízo causado.

Essas foram algumas observações propostas a tratar neste trabalho. Ressalta-se a não pretensão de exaurir sobre o tema, nem tampouco de trazer conclusões pré-ordenadas, mas sim, apresentar uma reflexão sobre como têm se desenvolvido a sociedade pautada no Estado Social de Direito, sempre tendo como seguimento alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Almedina: Coimbra, Portugal, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: al- cance doutrinário*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2004.
- AZEVEDO, Diego Prieto de. *Incentivos fiscais federais, eventos desportivos de grande porte e sua regulação: análise sobre a Copa do Mundo de 2014*. Dissertação. Marília: UNIMAR, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos – IBDC, 1999.
- BENEMAN, Saul Nichele. *Compêndio de Direito Tributário e Ciência das Finanças*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos - 1909*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Editora Brasiliense: São Paulo, 1994

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 3. ed. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. *Lei n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990*. Sistema Único de Saúde, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 31.12.1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 29 jan 19.

BRASIL. *Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Estatuto do Idoso, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 03 outubro 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 fev 19.

BRASIL. *Lei Complementar n.º. 141 de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 10 mar 19.

BRASIL. *Projeto de Lei 7448/2017*. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBDEA338BD6BF5BA361FC7FA84542FAF.proposicoesWebExterno1?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PL+7448/2017)>. Acesso em: 11 mar 19.

BRASIL. *Lei n.º. 13.655, de 25 de abril de 2018*: Inclui na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm)>. Acesso em: 11 mar 19.

BRASIL. *Mensagem de Veto n.º. 212 de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm)>. Acesso em: 11 mar 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *RE 591.874*. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2009, Informativo 557. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 29 jan 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n.º 45/DF*. Celso de Mello. 2004. Disponível em <<http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/ADPFN.45.PRINCIPIODARESERVADOPOSSVEL.pdf>>. Acesso em: 14 jan19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *RE 395.942 – AgR*. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-08, 2º Turma, DJE de 27-2-09. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em 31.01.2019.

BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF, 5 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em , 29 de janeiro de 2009, às 15h

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais In *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra-Portugal, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosário: Juris, 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributações: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos [et al]. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

DA SILVA, Giovanna Malavolta. *O Mínimo Existencial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação de Milena Ginjo.2016. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Giovanna-Malavolta-D.-Sociais-e-Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: 06 dez 18.

ESTIGARA, Adriana. PEREIRA, Reni, LEWIS, Sandra A. Lopes Barbon. *Responsabilidade Social e Incentivos Fiscais*. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça*. Malheiros: São Paulo, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALASSI, Almir. In *Direitos Sociais: Uma Abordagem quanto à (in) efetividade desses Direito: a Constituição de 1988 e suas Previsões Sociais*. Org. Dirceu Pereira Siqueira, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. 1. ed. Birigui/SP: Boreal, 2011.

GALASSI, Almir. O Acesso a Justiça como garantia dos Direitos Fundamentais das Minorias In o *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política, econômica*. Org. Dirceu Pereira Siqueira, Flávio Luis de Oliveira. 1. ed. Birigui, SP: Boreal, 2012.

GARCIA, MARIA In *Princípios Humanistas Constitucionais: Reflexões sobre o Humanismo do Século XXI – Coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza, Thais Novaes Cavalcanti*. 1.ed . São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

HACHEM, DANIEL WUNDER. *Tutela Administrativa Efetiva Dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014

HAYEK, Friedrich August, 1889. *O Caminho da Servidão*. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 20. ed. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1998

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida por Paulo Quintela. Casagraf para Edições 70. Lisboa – Portugal. 2005.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introd. Sérgio Sérulo da Cunha. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão & Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

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.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à Saúde e Critérios de Aplicação Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos [et al]. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critério de aplicação In *Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm, Ana Paula Barcelos [et al]. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LEAL, Roger Stifelman. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Artigo extraído da página de Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 14 jan 19.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. *Clássicos do Pensamento Político*. 2. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

LOCKE, John. *Carta acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre o Governo; Ensaio Acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível In SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti [et al]. *Direito à Saúde e Critérios de Aplicação in Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos [et al]. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINÉZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. edd. São Paulo, Saraiva, 2009.

MONTESQUEU. Charles-Louis de Secondat, Baron. 1689-1755. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18<sup>o</sup> Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo Camargo (coord.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2008.

NOVELINO, Marcelo Camargo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Método, 2008.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, DIAS, Jefferson Aparecido. *Jurisdição Civil, Ativismo e Ordem Econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLSEN, Ana Carolina. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 11 jan 2019.

ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. Companhia das Letras, 1945.

PEREIRA NOBRE JÚNIOR, E. O Direito À Saúde E Sua Eficácia. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 4, n. 01, 16 out. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4340>>. Acesso em: 07 dez 18.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed Madrid: Tecnos, 2005.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Políticas Públicas nas Leis Orçamentarias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAEFFAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

RAMÍREZ, Vergés Salvador. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

RIDOLA, Paolo. *A Dignidade Humana e o Princípio Liberdade na cultura Constitucional Europeia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Efetivação das Políticas Públicas: Uma questão Orçamentária*. Artigo publicado no livro *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, coordenado por José Mauricio Conti e Fernando F. Scaff, pág. 1087 a 1110, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>. Acesso em: 12.12.2018

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social: Princípios de Direito Político*. Traduzido por Antônio P. Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 38.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Direito à Saúde: algumas aproximações In *Orçamento e "Reserva do Possível"*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos [et al]. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 02 jan 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *15 anos da Constituição Federal.: Em Busca da Efetividade*. Coordenação de José Roberto Martins Segalla. Luiz Alberto David Araujo. Bauru: Edite, 2003.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8047/6837>. Acesso em 06 jan 2019

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.