

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LUIS EDUARDO MATOS MARTINS

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FORMA DE
ABSTENÇÃO DO ESTADO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

MARÍLIA
2010

LUIS EDUARDO MATOS MARTINS

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FORMA DE
ABSTENÇÃO DO ESTADO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dirceu Pereira Siqueira

MARÍLIA
2010

MARTINS, Luis Eduardo Matos

O Princípio da Reserva do Possível Como Forma de Abstenção do Estado ao Cumprimento do Direito Fundamental à Saúde / Luis Eduardo Matos Martins; Orientador: Dirceu Pereira Siqueira. Marília, SP: [s.n.], 2010.

61f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Saúde. 2. Direitos Fundamentais. 3. Dever do Estado

CDD: 341.3517



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Luís Eduardo Matos Martins

RA: 38003-2

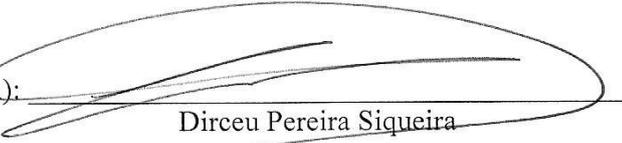
O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FORMA DE
ABSTENÇÃO DO ESTADO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

10,0 (20)

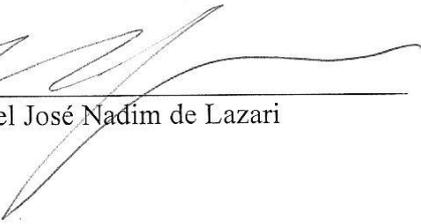
ORIENTADOR(A):


Dirceu Pereira Siqueira

1º EXAMINADOR(A):


Edinilson Donisete Machado

2º EXAMINADOR(A):


Rafael José Nadim de Lazari

Marília, 12 de novembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus

*Agradeço aos meus pais
em especial a minha mãe e a minha avó, pois são meus guias, alicerces da minha vida
Agradeço a minha namorada Camila, pela paciência e por estar sempre ao meu lado, em
todos os momentos mais importantes da minha vida
Agradeço aos meus amigos Thiago e Rodrigo, companheiros para tudo, amigos para toda
vida
Agradeço ao Professor Dirceu Pereira Siqueira, que com seu brilhantismo acadêmico me
despertou o interesse pela pesquisa
Agradeço a todos os professores do UNIVEM, que com rara dedicação exercem a função
mais nobre dos homens.*

“A solidão é a sorte de todos os espíritos excepcionais”
Arthur Schopenhauer

“Quanto mais nos elevamos, menores parecemos aos olhos daqueles que não sabem voar”
Friedrich Nietzsche

MARTINS, Luis Eduardo Matos. O Princípio da Reserva do Possível Como Forma de Abstenção do Estado ao Cumprimento do Direito Fundamental à Saúde. 2010. 61f. Trabalho Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apresentar um estudo de revisão bibliográfica sobre o papel do Estado no cumprimento do direito fundamental à saúde, evidenciando como a doutrina e a jurisprudência tem se manifestado sobre a questão do princípio da reserva do possível. No primeiro capítulo apresenta a evolução histórica do Direito à Saúde, definindo saúde como um direito fundamental social do cidadão, preconizado pela Constituição Federal de 1988 como dever do Estado dentro do princípio da universalidade. Evidenciando a evolução do direito à saúde no Brasil, princípios e diretrizes que regem o Sistema Único de Saúde. No segundo capítulo trata do direito fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível, este princípio tem como proposta dar ao Estado uma garantia de que só atenderá a demanda que estiver dentro do orçamento previsto, ficando isento da obrigação na escassez de recursos para tal atendimento. No terceiro capítulo dispõe sobre a atuação da administração pública, especificando os princípios que regem os atos administrativos. No quarto capítulo destaca a atuação do judiciário como forma de garantia à efetivação dos Direitos Fundamentais e como atuam os tribunais brasileiros na defesa dos direitos fundamentais à saúde.

Palavras-Chave: Saúde; Direito Fundamental; Dever do Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I - DO DIREITO A SAÚDE.....	10
1.1 Evolução Histórica do Direito à Saúde.....	10
1.2 Definição de Saúde.....	11
1.3 Evolução do Direito a Saúde no Brasil.....	13
1.4 Princípios do SUS – Sistema Único de Saúde	18
1.5 Diretrizes.....	19
CAPÍTULO II - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	21
2.1 Direitos Fundamentais.....	21
2.1.1 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	22
2.1.1.1 Direitos Fundamentais da Primeira Dimensão.....	23
2.1.1.2 Direitos Fundamentais da Segunda Dimensão.....	24
2.1.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	25
2.1.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.....	26
2.2 Direito Fundamental Social	27
2.3 Direitos Prestacionais.....	27
CAPÍTULO III - DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	30
3.1 Principais Princípios que regem as decisões da Administração Pública.....	30
3.2 Princípio da Legalidade.....	31
3.3 Princípio da Moralidade.....	33
3.4 Princípio da Impessoalidade.....	35
3.5 Princípio da razoabilidade de proporcionalidade.....	36
3.6 Princípio da Publicidade.....	38
3.7 Demais Princípios Inerentes à administração Pública.....	38
3.8 Atuação da Administração pública nos casos em que não há recursos para o cumprimento dos Direitos Fundamentais.....	40
3.9 Princípio da Reserva do Possível	42
3.9.1 Origem	42
3.9.2 Definição	44
CAPÍTULO IV - DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	47
4.1 Atuação do Judiciário como forma de garantia à efetivação dos Direitos Fundamentais.....	47
4.2 Atuação dos Tribunais Brasileiros.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS	59
ANEXOS	64

INTRODUÇÃO

No decorrer da história, a humanidade tem se demonstrado capaz de buscar seus direitos, buscar seu espaço perante as imposições dos mais fortes.

Nesse passo, observa-se que ao estudarmos os direitos fundamentais, nos deparamos com etapas de busca de tais direitos e, conseqüentemente, direitos que hoje fazem parte de nossa vida e que ha algum tempo não faziam, sendo resultado de manifestações populares, ideologias filosóficas, políticas etc.

No estudo desses direitos, iremos nos deparar com os já classificados e denominados direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão, sendo que, basicamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles direitos que referem-se aos direitos civis e políticos do cidadão, caracterizado como direitos de liberdade, os de segunda dimensão são aqueles em que o estado passa a ter atribuições e deveres para com os cidadãos, são os direitos sociais, culturais e econômicos (mais conhecidos como direitos de caráter prestacional), os de terceira dimensão são os direitos de fraternidade, que dentre outras coisas, nos remetem ao direito de que cada cidadão tem direito ao meio ambiente sadio e à paz, e enfim os de quarta dimensão, onde em virtude da globalização econômica e política, o foco é a democracia, a informação e ao pluralismo.

Neste diapasão, a dimensão do direito que nos remete ao estudo da problemática da reserva do possível como forma de abstenção ao cumprimento de um direito fundamental, e no presente trabalho, a saúde, são os direitos fundamentais de segunda dimensão, onde o estado deveria, independentemente de outras pretensões, desenvolver e colocar em prática mecanismos para resolver os problemas sociais, culturais e econômicos dos indivíduos, existindo por parte deste, atos contundentes para a realização de justiça social além e traçar um nível de igualdade entre os indivíduos e não o faz em virtude da escassez de recursos financeiros.

No presente trabalho, realizou-se um estudo bibliográfico explanando a saúde, abordando sua história, seus variados conceitos dentre vastas áreas, sua evolução histórica no mundo e no Brasil, além dos princípios e diretrizes do SUS – Sistema Único de Saúde expostos na Constituição Federal de 1988.

Ainda, no estudo da real problemática do princípio da reserva do possível, há também um estudo detalhado dos princípios que regem a administração pública e seus atos,

expondo o caráter do agente público, se ele age dentro ou fora destes princípios quando da não observância de um preceito fundamental

Necessário também se fez abordar as dimensões e o conceito de direitos fundamentais, expondo passo a passo quais são essas dimensões, a fim de podermos entender melhor a evolução dos direitos fundamentais e o que significa o não cumprimento deles pelo estado.

Temos também, a exposição do trabalho e posicionamento dos tribunais brasileiros, que até o momento, em sua maioria, com maestria em suas decisões, vem se demonstrando à favor dos direitos fundamentais, afastando a reserva do possível para que não haja ferimento aos direitos fundamentais assegurados por nossa carta magna fazendo prevalecer o real Estado de Direito.

Este trabalho tem como objetivo destacar o papel do Estado no cumprimento do direito fundamental à saúde e a possibilidade de intervenção do poder judiciário nas decisões da administração pública, evidenciando os princípios que regem a administração pública e, conseqüentemente, as decisões do estado, bem como a doutrina e a jurisprudência tem se manifestado sobre a questão do princípio da reserva do possível.

CAPÍTULO I – DIREITO À SAÚDE

1.1 Evolução Histórica do Direito à Saúde

Hoje a saúde é em praticamente todo o mundo um direito reconhecido do cidadão, na maioria dos casos, um direito resguardado nas constituições de cada país como direito fundamental, principalmente pelos países que adotaram os direitos humanos para si como forma de direitos fundamentais para seu povo. Contudo, nem sempre esse assunto se demonstrou pacífico. Ao decorrer da história, veremos que esse assunto já foi objeto de meros interesses capitalistas industriais, revoluções dentre outros.

Desde os tempos antigos a saúde é um assunto encarado com resistência, discutido e debatido pelo ser humano, nesta linha de raciocínio, percebe-se que se realizarmos um apanhado geral pela história, notar-se-á que desde os tempos primitivos, a saúde era cobiçada por todos e veio gradativamente sendo conquistada como um direito.

Na Idade Média tinha-se a saúde, bem como as doenças como imposições divinas, e as doenças, por sua vez, eram vistas como castigo de Deus. Nesse Período, as casas saúde, como eram chamados os locais de tratamento de enfermos, eram controladas por religiosos, e estes, por sua vez, eram encarados como peças fundamentais à “estrada” ou “caminho” do enfermo até a cura.

Sobre este período, Dirceu Pereira Siqueira e José Luiz Ragazzi nos esclarece:

Naquele momento histórico, os padres eram os responsáveis pelos milagres, por serem tidos como ministros religiosos. Assim, deles era o direito de fazer curas, uma vez que as doenças eram castigos divinos e os ministros religiosos tinham poderes para efetuarem curas e acabarem como doenças ou não. (SIQUEIRA; RAGAZZI, 2008, P.69)

Diante de tais fatos que ocorriam naquela época, devido à crença popular de que as doenças seriam castigos de Deus e a cura dependia simplesmente da boa vontade de alguém, no caso um padre ou pastor, ou mesmo da simples vontade divina, ficava difícil disciplinar qualquer meio pelo qual se resguardasse ao indivíduo um tratamento médico adequado, pois sempre buscava-se a cura através de crenças religiosas, não dando margem a ciência.

Seguindo a evolução histórica, esta nos remete ao momento pré-revolução industrial, quando a única preocupação era isolar o doente, já passado o período da Idade Média quando incumbia aos religiosos serem os gestores casas de saúde, neste momento de pré-revolução

industrial os hospitais eram mantidos pela própria população, não podendo assim, face à falta de recursos e conhecimentos técnicos, ser um lugar adequado para uma saúde digna.

O grande marco para a história do direito à saúde foi a revolução industrial, mesmo que por interesses inicialmente capitalistas. Nesta época, a saúde passou a ser vista como sinônimo de produção, onde os operários passaram a procurar melhores condições de trabalho e os empresários, interessados em mão-de-obra saudável, começaram a investir em condições melhores de trabalho e pós-trabalho aos seus empregados.

Já nesta época, algumas modalidades de serviços já obtinham sindicatos próprios, favorecendo assim, os trabalhadores na busca de melhores condições de trabalho.

Neste contexto:

Com a revolução Industrial, esse quadro modificou-se bruscamente, pois a urbanização trouxe muitas melhorias neste cenário, dada à necessidade que os industriais tinham de manter seus operários saudáveis para exercerem suas funções na produção. Isso colaborou ainda mais com a melhoria no tratamento à saúde. (SIQUEIRA; RAGAZZI, P. 70)

Nesse passo, observamos que desde a idade média até hoje, passando pelo período pré-revolução industrial, pela revolução industrial e mais recentemente pela criação da ONU, em 24/10/1945, após a segunda guerra mundial e, conseqüentemente, o nascimento da OMS em sete de abril de 1948, o direito à saúde se efetivou como direitos humanos, sendo adotado por vários países e incorporado em suas cartas magnas como direito fundamental.

1.2 Definição de Saúde

Para chegar a um conceito único ou correto de saúde e pacífico, o que não existe hoje, devemos adentrar na história, posto que devido a evolução do tempo e do caráter social da humanidade, das necessidades, preocupações e interesses dos indivíduos, esse conceito a cada dia vem se renovando, ou pelo menos deveria.

Naomar de Almeida Filho e Vlândia Juca (2002, p.880) citam a teoria de Christopher Boorse, professor de filosofia da Biologia e filosofia da medicina da Universidade de Delaware (EUA), que, em meados de 1977, chegou à conclusão em uma teoria que a princípio parece ser bem simples, ele definiu Saúde como a mera “Ausência de doença”. Esta teoria apesar de muito respeitada não obteve muito sucesso no sentido de obter muitos seguidores e adeptos, porém, causou um grande alvoroço na época, posto que visava um caráter apenas naturalista de saúde, não levando em consideração qualquer outro meio de satisfação, como por exemplo a satisfação mental.

Logo após Christopher Boorse surgir com esta teoria naturalista de Saúde, em 1988, Leon Kass, médico e cientista norte americano apresentou outra respeitada teoria a esse respeito, mais abrangente e ampla que a teoria de Boorse, defendendo Saúde como o “bem funcionar de um organismo como um todo” (Apparenza, 2010). Porém, apesar de mais aceita que a teoria naturalista de Christopher Boorse, ainda hoje discute-se se tal teoria aborda o plano espiritual.

O conceito de Saúde trazido pela OMS (Organização Mundial da Saúde), órgão ligado à saúde mais respeitado no mundo, encontrado em sua constituição mais especificamente em seu preambulo, diz que saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

A OMS, criada em 07 de abril de 1948, subordinada à Organização das Nações Unidas, atingiu este conceito após a 2ª Guerra Mundial, época em que praticamente o mundo todo vivia em um colapso total (Wikipédia, 2010).

Esse conceito, mesmo sendo o mais respeitado e utilizado hoje, para alguns profissionais do ramo, era para época e ainda hoje encarado como uma utopia, considerando que o “completo bem-estar físico, mental e social” (OMS) é quase impossível, ou pelo menos, não há como definir o que seria completo bem-estar, seja físico, mental ou social.

Nesse passo, Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz, em seu Artigo “Conceito de Saúde”, fazem críticas quanto a denominação de Saúde adotada pela Organização Mundial da Saúde, vejamos:

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Essa definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral. Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SEGRE; FERRAZ, 1997).

O fato é que, como dito, ainda hoje não existe uma definição pacífica sobre o que efetivamente é a saúde. A medicina, hoje, genericamente conceitua saúde como “condição em que todas as funções do organismo estão normalmente ativas” (CLAYTON; THOMAS, 2000, P. 1583).

No âmbito do direito, Silvio Fernandes da Silva, conceitua saúde como “um direito social do cidadão, sendo um sistema que atua em rede interfederativa, com gestão compartilhada entre os entes públicos, com planejamento integrado e financiamento tripartite,

atuando dentro do ambiente comunitário do cidadão, seguindo princípios e diretrizes pré-determinados” (SILVA, 2008, P.45).

Nesta esteira, Cecília Donnangelo entende saúde como “direito fundamental do cidadão deve ser promovido dentro da comunidade, respeitando particularidades e ambiente cultural no qual o indivíduo está inserido”. Para ela a medicina deve ser uma prática técnica social. (DONNANGELO, 1979, P. 37)

A nossa Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu artigo 196, define a Saúde da Seguinte forma:

Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, p. 72).

Diante dessas considerações, vale ressaltar que o conceito de saúde da OMS – Organização Mundial da Saúde é conceito mais utilizado pelo mundo, destarte haver severas críticas realizadas por profissionais do ramo da saúde, este conceito é o que parece mais razoável à vista da comunidade internacional.

No âmbito jurídico brasileiro, a saúde encontra-se hoje positivada em nossa Constituição Federal como um direito fundamental social, e diante disso, face a sua aplicação imediata, não pode o Estado brasileiro abster-se de prover este direito aos cidadãos.

1.3 Evolução do Direito a Saúde no Brasil

Na época colonial, com o planejamento de colonização pelos portugueses e mais ainda, de exploração econômica das terras brasileiras, preferiu-se por isolar os doentes que colocavam em perigo tais planos, a princípio, no Brasil a preocupação com a saúde era de cunho sanitarista, realizando-se apenas diligências relacionadas à saúde em épocas de grandes epidemias.

Tendo em vista estes interesses, Portugal criou no Brasil cargos e profissionais especializados, que tinham como função zelar pela saúde da população. De acordo com Bertolli Filho (2001), esse tipo de atendimento permaneceu por muito tempo, pois quase não havia profissionais portugueses que queriam exercer suas profissões no Brasil, haja vista barreiras como remuneração baixa e condições de trabalho irrisórias.

Com a proclamação da Independência do Brasil, foi criada a Lei de Municipalização dos Serviços de Saúde, em 30 de agosto de 1828 (PINTO, 2000, p. 17), a qual preconizava às

Juntas Municipais as funções que eram exercidas anteriormente pelo Físico-Mor, Cirurgião-Mor e seus Delegados. No mesmo ano, foi criada a Inspeção de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro, subordinada ao Senado da Câmara.

No ano seguinte, em 1829, foi instituída a Imperial Academia de Medicina, que reuniu os principais clínicos que atuavam no Rio de Janeiro, a qual passou a funcionar como órgão consultivo do imperador nos aspectos relacionados à saúde pública nacional (PINTO, 2000, p. 18). Nesse mesmo período foi criada a Junta de Higiene Pública, que embora tenha passado por várias reformulações não concluiu a proposta de cuidar da saúde da população.

Com a Proclamação da República novas idéias foram desenvolvidas no país, porém o espírito capitalista já instalado, onde os grandes fazendeiros tinham forte influência na administração pública, fez com que a saúde pública coletiva fosse direcionada para a população urbana, pois interessava aos fazendeiros definirem estratégias de melhorias sanitárias em áreas vitais para a economia nacional que eram as cidades e os portos, ficando assim o meio rural em segundo plano. As autoridades só manifestavam interesse quando o problema sanitário interferia na produção agrícola ou extrativa destinada à exportação (FILHO, 2001, P. 52).

Somente a partir do século XX que as políticas públicas no Brasil começaram tomar novos rumos e o Estado passou a ter responsabilidades mais específicas sobre a saúde da população. Por volta de 1900, o governo começou a se preocupar com as condições de vida e de saúde da população, principalmente, com a população que se localizavam em cidades portuárias. É que nessa época, a principal fonte de renda da economia brasileira era a agricultura de exportação. O governo com interesses no bom relacionamento comercial passou a preocupar-se com as condições sanitárias daqueles que trabalhavam nos portos, devido os principais problemas de saúde estar relacionado com agravos infecciosos e condições precárias de habitação, higiene, trabalho, alimentação e saneamento básico (FIGUEIREDO, 2005, p. 28,29).

Foi assim que o Estado criou a Diretoria Geral de Saúde Pública, vinculada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, na década de 1920, o médico Oswaldo Cruz que, à frente dessa Diretoria adotou o modelo das campanhas sanitárias destinado a combater as endemias urbanas e, posteriormente, as rurais. Dentro do seu mandato foram criadas e organizadas as instituições de higiene e saúde no Brasil, adotando modelos de campanhas sanitárias no combate de algumas epidemias, dentre as quais a febre amarela. Ainda no ano de 1920, o sucessor de Oswaldo Cruz, Carlos Chagas, reestruturou o Departamento Nacional de Saúde, introduzindo a propaganda e a educação sanitária na técnica rotineira de ação, com

proposta de combater as doenças que atingiam, sobretudo, a população do interior. O projeto sanitário proposto continha ações voltadas para promoção e proteção da saúde individual e coletiva, através da atuação na coletividade. Apesar de não possuírem de fato uma política nacional de saúde, as campanhas sanitárias representaram uma importante iniciativa fundada nesse período (FIGUEIREDO, 2005, p. 30-35).

Em 1930 foi criado o Ministério da Educação e Saúde formando então os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP's). Os IAP's foram instituídos de acordo com a capacidade de organização, mobilização e importância da categoria profissional em questão, foi observado um novo tipo de direito à saúde, voltado para aquelas pessoas que tinham um trabalho formal, ou seja, carteira assinada. Na década de 1950, algumas IAP's começaram a ter muito dinheiro e passaram a construir suas próprias instituições de saúde, foi a partir desta que surgiu a medicina em grupo (convênios), além de prestar atendimento médico aos funcionários também passaram a prestar serviços às empresas que os contratavam (POLIGNANO, 2010, p. 9).

Em 1967 foi implantado Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), unificando o serviço de saúde da população, reunindo os Institutos de Aposentadorias e Pensões, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU) e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social (SSRPSP), com isso ampliou-se o atendimento à saúde da população e aumentou as verbas para as despesas de saúde. Em 1978 foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Em 1981 criou o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) ligada ao INAMPS (POLIGNANO, 2010, p. 14-18).

Em 1983 surgiram as Ações Integradas de Saúde (AIS), com o propósito de criar a rede pública de saúde unificada, promovendo a descentralização e a universalização da atenção á saúde, com o objetivo de mudar a assistência até então utilizado, promovendo uma integração entre as ações curativas, preventivas e educativas num mesmo projeto de atenção (FIGUEIREDO, 2005, p. 30-35).

Em 1986, o Ministério da Saúde promoveu a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), a mesma aconteceu em Brasília, essa conferência é identificada como marco histórico para as reformas que foram processadas no setor da saúde nos últimos tempos. Naquele momento havia um consenso entre os participantes que para o setor de saúde no Brasil não era suficiente uma mera reforma administrativa e financeira, mas sim uma mudança em todo o arcabouço jurídico institucional vigente, que contemplasse a ampliação do conceito de saúde segundo os preceitos da reforma sanitária (FIGUEIREDO, 2005, p. 36).

Foi na VIII Conferência Nacional de Saúde que surgiu a discussão em torno do tema saúde como dever do estado e direito do cidadão, também, foi discutida a reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento do setor, conforme as idéias da Reforma Sanitária. Outros fatos importantes ocorreram nessa conferência como: a criação do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

Por meio do Decreto n°. 94.657, de 20 de julho de 1987, foi implantado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde-SUDS, que tinha como proposta:

- A universalização da assistência;
- A equidade no acesso aos serviços de saúde;
- A integração e a regionalização dos serviços de saúde;
- A integralidade dos cuidados assistenciais;
- A descentralização das ações de saúde;
- A integração dos serviços de saúde;
- A implementação de distritos sanitários;
- A constituição e o pleno desenvolvimento de instâncias colegiadas gestoras das ações de saúde (FIGUEIREDO, 2005, p.61).

O SUDS representou um arranjo institucional, objetivando desenvolver qualitativamente as Ações Integradas de Saúde e promover a descentralização, efetivando assim a política de municipalização dos serviços de saúde e a redefinição dos princípios de integralidade, hierarquização, regionalização do sistema de saúde e controle social. A sua implantação se deu através de convênios firmados entre o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS) e as Secretarias Estaduais de Saúde (FIGUEIREDO, 2005, p.62).

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a saúde passou a ser um direito social universal a ser garantido pelo Estado. Juntamente à promulgação da Constituição de 1988, com a criação da Lei n° 8.080 e 8.142 de 1990 foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS). A primeira e maior novidade do SUS é o seu conceito de Saúde. Este conceito ampliado de saúde, resultado de um processo de embates teóricos e políticos, traz com ele o diagnóstico das dificuldades que o setor da saúde enfrentou historicamente e a certeza de que a reversão deste quadro extrapolava os limites restritivos da noção vigente (MATOS, 2010, p.6).

A partir da Carta Magna de 1988 a saúde é reconhecida como um direito fundamental do ser humano, e não uma contraprestação de serviço devida pelo Poder Público ao

contribuinte do Sistema de seguridade social. No art. 197 da Constituição podem-se identificar as responsabilidades do Estado na definição de regras do sistema de saúde, fiscalização e controle. Determinando que a saúde seja ofertada pelos próprios serviços públicos (federais, estaduais e municipais) ou por terceiros (outras instituições que não as públicas), como as instituições filantrópicas (Santas Casas e Beneficências) (MATOS, 2010, p.7,8).

As competências decorrentes da relevância pública envolvem o exercício de um poder regulador, de arbitragem e de intervenção executiva por parte das esferas do poder público e, por consequência, de suas agências de prestação de serviços.

No art. 198 da nossa Lei Maior vigente verifica-se a organização do Sistema Único de Saúde (SUS). Formando um conjunto de unidades que prestam serviço de saúde, com ligação entre si. Essas unidades são subordinadas umas às outras, de tal modo que uma pessoa que está com problemas de saúde ou quer prevenir doenças ou precisa de orientação para uma vida mais saudável deve procurar, primeiramente a denominada “unidade básica”, que pode ser o posto de saúde, o centro de saúde ou uma unidade mista (que é unidade básica com leitos para internação) (BRASIL, 2006, p.119).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social, ficando consignado que este direito é de todos, indistintamente, constituindo-se em dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde e estes, por sua vez, devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se no Sistema Único de Saúde (SUS), organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade (TAVARES, 2008, p. 2).

Como vimos, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, mais especificamente no Título VIII, Capítulo III, nos artigos 196 ao 200 o tema saúde. Quanto à competência, esta restou exposta nos artigos 23, inciso II e competência legislativa concorrente no artigo 24, inciso XII, vejamos:

Artigo 23, CF – É competência comum da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

I – Zelar pela guarda da Constituição, das leis, e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

II – Cuidar da Saúde e assistência Pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

II. (...)

Artigo 24, CF – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – (...)

XII – previdência Social, Proteção e defesa da Saúde. (BRASIL, 1988, p. 23)

A saúde também está regulamentada pela lei 8.212/1991, no seu artigo segundo, a onde diz que a saúde é Direito de todos e dever do estado (BRASIL, 1991).

1.4 Princípios do SUS – Sistema Único de Saúde

Os princípios constitucionais básicos que regem o SUS - Sistema Único de Saúde são: regionalização e hierarquização, resolubilidade, descentralização, participação do cidadão e complementariedade do setor privado.

A regionalização quer dizer que os serviços de saúde devem ser organizados de acordo com a população-alvo delimitada em determinada região geográfica, a hierarquização determina que a saúde deve ser promovida em nível primário e secundário, segundo a necessidade da população a ser atendida e na resolução dos problemas de saúde. Esses princípios da regionalização e hierarquia determinam que o serviço de saúde deve ir ao encontro da população delimitada e promover atendimento conforme a necessidade da mesma, promovendo “ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação à saúde, além da assistência ambulatorial e hospitalar nos diferentes níveis de complexidade” (BRASIL, 1990, p.5).

Quanto ao princípio da Resolubilidade, temos que esse princípio preconiza que os serviços do SUS têm plena competência, dentro de seus limites de resolver qualquer problema de saúde. Para melhorar o atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde, o governo brasileiro investiu na ampliação da rede de serviços e também no estímulo à atenção básica, que prioriza as ações de prevenção e promoção da saúde, os Programas de Saúde da Família e Agentes Comunitários de Saúde são as principais estratégias do Ministério da Saúde na qualificação do atendimento básico (BRASIL, 1990, p.5).

O Princípio da descentralização determina que os serviços de saúde devem ser distribuídos e atender dentro da responsabilidade conferida em todas as esferas do governo, ou seja, municipal, estadual e federal, tendo como objetivo a solução dos problemas de saúde dentro das responsabilidades atribuídas e da população-alvo, dando oportunidade para que a população participe das decisões (BRASIL, 1990, p.5).

Quanto ao princípio da participação dos cidadãos, por ele permite-se que a população por meio das suas entidades representativas e de classe, participe ativamente na organização

das políticas de saúde, bem controlando a execução dessas políticas em todas as esferas do governo (municipal, estadual e federal). A participação da população se dá por meio dos conselhos de saúde, “com representação paritária de usuários, governo, profissionais de saúde e prestadores de serviço”, ou ainda, participando das conferências de saúde, que definem as políticas de saúde e as prioridades. Destacando que a participação dos cidadãos tanto pode ocorrer em atividades de esclarecimento dos serviços a população como também nos agravos à saúde, dando oportunidade dos usuários posicionarem-se frente às questões relativas ao agravo (BRASIL, 1990, p.5).

A complementariedade do setor privado como princípio do sistema único de Saúde determina que quando o setor público for insuficiente para o atendimento a população deverá ser contratado o setor privado, seguindo as seguintes condições: celebração de contrato, em conformidade com as normas de direito público, o interesse público prevalece sobre o particular; que a instituição privada esteja de acordo com os princípios básicos e normas técnicas do SUS; que a integração do serviço privado se dê na lógica organizativa do SUS (BRASIL, 1990, p.6).

1.5 Diretrizes do SUS (Sistema Único de Saúde)

Segundo Sérgio Pinto Martins (2002, p. 503), diretriz significa “estabelecer uma linha reguladora, um traçado, um caminho a seguir. Envolve direção, rumo, sentido, uma conduta ou um procedimento a ser seguido”. Diante deste esclarecimento, temos que o SUS – Sistema Único de Saúde deve seguir alguns caminhos constitucionalmente determinados.

As Diretrizes do sistema único de saúde estão determinadas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Artigo 198, Constituição Federal de 1988 – As ações e serviços públicos 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.

§ 1º - O sistema único de saúde será financiado, nos termos do Art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o Art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o Art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º - Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (BRASIL, 1988, p. 73)

CAPÍTULO II - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Direitos Fundamentais

O Estado, ao deixar de prover ao cidadão um direito fundamental baseando-se na reserva do possível, estará agindo contrário a história do homem e seus direitos, pois os direitos fundamentais são aquilo que o homem conseguiu através do tempo, batalhas e dor.

Diante da reserva do possível, se faz necessário aprofundar no estudo dos direitos fundamentais, passando por suas dimensões e caracterizando os direitos sociais e prestacionais para melhor para compreendermos se é necessário e justo a garantia de um direito fundamental e principalmente, o direito à saúde pelo poder judiciário.

Os direitos fundamentais possuem uma vasta terminologia em nosso ordenamento jurídico. É comum, ao analisarmos doutrinas, jurisprudências, artigos entre outros, nos depararmos com terminologias utilizadas como sinônimo aos direitos fundamentais, como por exemplo: direitos humanos, direitos do homem, direitos do cidadão etc.

Paulo Bonavides nos remete a esta discussão, vejamos:

Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Sobre a definição de direitos fundamentais, Carlos Eduardo de Freitas Fazoli e Danilo César Siviero Rípoli, elucidando a doutrina de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, nos traz:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria Jurídica Instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO; NUNES JR, 2004, p. 93,94 apud FAZOLI; RIPOLI, 2008, p. 2).

Segundo Canotilho (1998, p. 373), os direitos fundamentais possuem quatro funções, quais sejam: função de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

A função de defesa constitui normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual e, de outro lado, implicam num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1998, p. 373).

A função de prestação social trata do direito do cidadão a ver cumprido por parte do estado os direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos, como por exemplo a saúde, educação, segurança social etc.

Quanto a função de proteção contra terceiros, esta refere-se à garantia dos cidadãos que o estado tem que efetivar através de medias positivas, afim de proteger os direitos fundamentais de atividades produzidas por terceiros. Nesse passo, Canotilho (1998, p. 375) nos ensina: “Esta função de proteção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais”.

Por último, temos a função de não discriminação, onde deve-se tomar como base o princípio da igualdade, assegurando que o Estado trate dos cidadãos como sendo todos iguais quando da garantia dos direitos fundamentais.

2.1.1 Classificação dos Direitos Fundamentais

A classificação de direitos fundamentais não se prende a apenas um aspecto, ela pode ser analisada sob vários enfoques, na doutrina, por exemplo, as classificações variam segundo sua função, seu conteúdo e o valor ou bem com o qual se relacionam.

Ao estudar a classificação dos direitos fundamentais, nos deparamos com divergências terminológicas quanto às expressões “geração” ou “dimensão” dos direitos fundamentais. Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho nos ensina que a melhor expressão seria dimensões ao invés de gerações, vejamos:

[...] ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’, neste contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mas importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva,

assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realiza-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se igualmente sua função ambiental.” (FILHO, 1997, p. 13).

Sobre o termo “gerações de direitos”, Jorge Miranda faz o seguinte comentário:

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo gerações, gerações de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, uma substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades (MIRANDA, 2000, p. 24).

Bonavides também nos elucida sobre esse tema:

O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa o termo geração, caso este último venha apenas a induzir sucessão cronológica e portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Sendo assim, destarte alguns doutrinadores utilizarem a expressão “gerações”, observamos que para o contexto dos direitos fundamentais melhor se adéqua a expressão “dimensões”, uma vez que, conforme elucidado pelas citações retro, a expressão “geração” poderá nos levar ao errôneo entendimento que a cada geração de direitos, uma substitui a outra, o que não ocorre.

2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão (ou Geração)

Os direitos de primeira dimensão tiveram o início de seu reconhecimento no século XIII, após o período revolucionário, principalmente por ideologias políticas francesas de teor individualista.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, segundo Guerra Filho (1997, p. 13), ‘é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, direitos de liberdade, que são os direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omitta-se de interferir em sua esfera juridicamente intangível’.

Segundo Bonavides (2006, p. 563), “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”.

Citando ainda o autor, destaca que:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Observa-se que diante do exposto pelos ilustres autores, os direitos fundamentais de primeira dimensão se remetem ao direito que o indivíduo tem de se opor ao Estado quando o mesmo extrapola suas atribuições, invadindo a área pessoal protegida do cidadão. Pode-se citar como exemplos dos direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Nesta temática, observa-se também que os direitos de primeira dimensão geram para o Estado uma obrigação de conduta negativa, ou seja, de não interferir no bem tutelado (direitos individuais assegurados). É nesse sentido que surgem os direitos civis e políticos, as liberdades individuais intocáveis do cidadão.

2.1.1.2 Direitos Fundamentais da Segunda Dimensão (ou Geração)

O ponto mais importante dos direitos fundamentais de segunda dimensão está no seu caráter social-prestacional, na atribuição de deveres ao Estado para que este instale e desenvolva mecanismos para resolver os problemas sociais, culturais e econômicos dos cidadãos.

Nesse sentido, Bonavides afirma:

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos em que o estado tem o dever de proporcionar condições sociais, culturais e econômicas igualitárias e adequadas aos indivíduos.

Neste diapasão é que surge a obrigação do estado para com seu povo de prover-lhes, dentre outras coisas, meios suficientes à dignidade humana, como por exemplo, a manutenção da saúde do indivíduo, acesso à educação etc.

É neste aspecto, consoante ao princípio da igualdade que os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem, deles advém os direitos de caráter prestacional. Mormente este entendimento, percebe-se que para a real efetivação desses direitos, o Estado necessitará de recursos financeiros e, face a eventual carência de disponibilidade de recursos, Bonavides (2006, p. 564) destaca que à época de seu surgimento, tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Este entendimento elucida bem a idéia de reserva do possível, pois, como visto, inicialmente e ainda hoje, os direitos que atribuem ao estado um dever prestacional podem estar em risco face a falta de recursos.

Contudo, os direitos fundamentais de segunda dimensão não apresentam apenas cunho prestacional, apresentam também a idéia de justiça social, igualdade servindo como instrumento de reivindicação das classes menos favorecidas.

2.1.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão (ou Geração)

Os Direitos fundamentais de terceira dimensão, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, almejam os direitos coletivos, são também denominados pelos estudiosos de direitos de solidariedade e fraternidade. Por esta dimensão dos direitos fundamentais, o Estado tem obrigação de proteger a coletividade e não apenas os direitos individuais.

Flávia Martins André da Silva, sobre os direitos de terceira dimensão nos traz:

Terceira geração ou terceira dimensão, que foram desenvolvidos no século XX: seriam os Direitos da Fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, etc. Essa geração é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois não se destinavam somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (FLÁVIA, 2006).

Nessa temática, Bonavides elucida o ambiente político-histórico quando do surgimento desta geração de direitos:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade [...] (BONAVIDES, 2006, p. 569)

Destaca ainda o autor (2006, p. 571) a identificação de cinco direitos de terceira dimensão, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Nesse aspecto, observamos que a titularidade dos direitos de terceira dimensão pertencem a coletividade, não obstante, podendo até ser indefinida e indeterminável, como por exemplo o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, em que pese tenha dimensão individual, suas garantias e sistemáticas de proteção atingem um nível global, favorecendo a coletividade como um todo.

2.1.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão (ou Geração)

Os direitos fundamentais de quarta dimensão são aqueles direitos provenientes das preocupações com as globalizações econômica e política, com a possibilidade de novamente o indivíduo ter seus direitos já alcançados até agora, feridos.

Não são todos os autores que conhecem esta dimensão dos direitos fundamentais, alguns acreditam que as dimensões anteriores a abrangem impossibilitando assim auferir a ela uma identidade.

Dentre os autores que entendem possível esta dimensão de direitos fundamentais, Paulo Bonavides diz que a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem a derradeira fase de institucionalização do Estado Social, classificando-o ainda como sendo direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. (BONAVIDES, 2006, 571).

2.2 Direito Fundamental Social

Os direitos fundamentais sociais surgiram com os direitos de segunda dimensão, quando se estabeleceu que o Estado interviria através de políticas públicas com o intuito de garantir que todo cidadão tenha resguardado direitos de igualdade e acessibilidade nas áreas sociais, dentre eles, o objeto do presente trabalho, ou seja, o direito à saúde.

Alexandre de Moraes nos traz o conceito de Direitos sociais, vejamos:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social [...] (MORAES, 2006, p. 178).

No Brasil, os direitos sociais estão previstos no artigo 6º, capítulo II da constituição Federal, vejamos:

Art. 6 – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 28).

A natureza dos direitos sociais, segundo Manoel Gonçalves Ferreira filho (1999), tem cunho de exigibilidade, tendo como sujeito passivo o estado.

Os Direitos Sociais preconizados como direitos fundamentais do ser humano, tem como fundamento incumbir ao Estado obrigação de manter a igualdade social por meio de condições e melhoria de vida dos cidadãos tendo a sua aplicabilidade imediata, conforme dispões o parágrafo único do artigo 5º da Constituição Federal.

2.3 Direitos Prestacionais

Os direitos prestacionais fazem parte do rol de direitos fundamentais sociais, ou seja, também é um direito de segunda dimensão.

No caso específico dos direitos prestacionais, eles representam aqueles direitos em que o estado deve prover aos cidadãos condições materiais àqueles que necessitem, como por exemplo, o direito à saúde, à segurança, à educação (este a constituição partilhou a responsabilidade com a família, art. 205 da Constituição Federal de 1988) dentre outros.

Leonardo Augusto Gonçalves citando Marcos Maselli Gouvêa destaca que:

[...] os direitos prestacionais servem para rotular qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do Estado. Na Alemanha os direitos prestacionais estão divididos em quatro classes, a saber: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público (GOUVEA, 2003 apud GONÇALVES, 2006).

Portanto, os direitos prestacionais em um primeiro plano é a necessidade de prestação material por parte do Estado para a promoção do acesso aos direitos sociais, já em segundo plano é a atuação do Estado na proteção dos direitos sociais. Assim os direitos prestacionais exigem uma atuação ativa do Estado para que o cidadão tenha seus direitos sociais vivenciados e resguardados.

Sobre a ótica da prestação material, Luís Armando Viola destaca:

O Estado do bem-estar social invoca a necessidade de assegurar igualdade material, desviando-se da tutela formal, e demanda prestações estatais que criam pré-condições para o exercício das liberdades. Nesse sentido, o Estado social relaciona-se com a justiça distributiva que deve conduzir a aplicação das prestações estatais (VIOLA, 2006, p. 32).

Nesse sentido, observamos que os direitos sociais prestacionais exigem que o Estado promova ações de bem-estar social de forma plena para todos. Não obstante a isso, sabe-se que a efetivação plena dos direitos prestacionais encontra algumas limitações, como por exemplo, a falta de recursos necessários para que se efetive na atenção de todos os anseios da coletividade

Nesse passo temos que a efetivação dos direitos sociais, mais especificamente os direitos sociais prestacionais dependem da efetiva capacidade do estado de coloca-los em prática. Contudo, nem sempre será possível que o Estado os cumpra, devido a falta de recursos financeiros. Consoante a isto é que o Estado utiliza-se da reserva do possível, para que, alegando tal falta de recursos, deixe de prover aos indivíduos o que lhe são assegurados constitucionalmente.

Diante disso, se faz necessário melhor estudar os princípios que regem à administração pública, tendo em vista que estes refletem nos os atos administrativos, bem como o estudo do princípio da reserva do possível, que serão o próximo objeto de estudo deste trabalho.

CAPÍTULO III - DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Principais Princípios que Regem as Decisões da Administração Pública.

Antes de analisarmos os princípios que regem a administração pública, se faz necessário analisar anteriormente o significado de princípios.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando as palavras de José Cretella Júnior, nos traz o conceito de princípios, vejamos:

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência (CRETELLA JR. apud DI PIETRO, 2005, p. 80).

Neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a importância dos princípios.

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É do conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2000, p. 747).

Alisando este contexto observamos que, como dito por Cretella Júnior e Celso Bandeira de Mello, os princípios de um dado assunto condicionam todas as estruturas subsequentes, sendo assim, no âmbito da administração pública não é diferente, os princípios que a regem são os pontos determinantes para posteriores atos administrativos, ou seja, o administrador público deverá tomar decisões e praticar atos dentro do pré-estabelecido pelos princípios da administração pública, não podendo fugir desta estrutura.

Diante do presente objeto de estudo, ou seja, o princípio da reserva do possível, indispensável é o fato de mencionar e melhor descrever alguns dos principais princípios da administração pública, posto que, alguns deles são demasiadamente utilizados no âmbito de defesa da administração perante demandas contra o estado, e no mais, como acima dito, tais princípios regem a atuação do Estado.

Reforçando esta idéia, Hely Lopes Meirelles destaca que os princípios da Administração Pública são os paradigmas para os atos da administração pública, tendo como

função a boa gerencia dos negócios públicos e absoluto resguardo aos interesses sociais, vejamos:

[...] por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais (MEIRELLES, 2006, p. 87).

Os principais princípios da Administração pública estão elencados em dispositivos constitucionais, mais precisamente em seu artigo 37, e são eles: princípio da legalidade, princípio da moralidade administrativa, princípio da impessoalidade ou finalidade pública, princípio da publicidade e princípio da eficiência, vejamos o que diz este artigo:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (BRASIL, 1988, p. 38).

Os outros, todavia não previstos neste dispositivo legal, estão mencionados na lei 9.784/99, em seu artigo 2º, caput, onde prevê os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público, lembrando que, embora a lei 9.784/99 a lei ser de natureza federal, seu conteúdo aplica-se também aos estados e municípios.

3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um princípio muito comum na ordem jurídica brasileira, porém, no âmbito da administração pública, ele se torna mais severo, vez que, conforme veremos, o administrador somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei, e neste aspecto, o administrador em função da administração difere-se do particular, pois o particular pode fazer tudo o que a lei não vede.

Nesse contexto, Meirelles afirma:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, a lei para o particular significa “pode fazer assim” para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 2006, p. 88).

Previsto no Artigo 37, caput, da Constituição Federal, a legalidade como Princípio da Administração Pública se enquadra no pensamento de que a vontade da administração pública decorre de lei (BRASIL, 1988, p. 38).

Para Meirelles (2006, p. 87), o princípio da Legalidade da Administração Pública significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Alexandre de Moraes (2006, p. 296) ressalva o princípio da legalidade em um paralelo com a função administrativa pública, dizendo que “este Princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com necessidade de preservar-se a ordem jurídica”.

A importância deste princípio pode ser vista de várias maneiras, seja para evitar o abuso de poder, a improbidade administrativa, o desvio de finalidade e, inclusive, para resguardar a real efetivação de outros princípios.

Neste contexto, Meirelles afirma o seguinte:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito. É o que diz o inciso I do parágrafo único do artigo 2º da lei 9.794/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, observância os Princípios administrativos (MEIRELLES, 2006, p. 87).

A não observância deste princípio, por parte do agente público, significa que ele poderá incorrer nas penas de ter seus atos invalidados, bem como responder pessoalmente, conforme o caso, podendo ser disciplinarmente, civilmente e até criminalmente responsabilizado.

Tratando o Princípio da legalidade em um paralelo com a reserva do possível, poderemos obter várias interpretações. Contudo, não se pode negar que preceito constitucional constitui direitos acima de quaisquer outros.

A saúde, tida como direito fundamental, deve estar no rol de obrigações impostas aos agentes públicos competentes, não devendo este, se abster de cumprir, sob pena de estar incorrendo fora da legalidade.

3.3 Princípio da Moralidade

Tratar de moral não é fácil, a moral está em um campo abstrato e materializá-la certamente não é uma tarefa fácil.

A moral nos remete a pensar no que seria “bem” ou “mal”, ou no caso da administração pública, atos que estariam sendo praticados com ou sem honestidade por parte do administrador público.

Di Pietro nos remete a um estudo no que se refere à imoralidade administrativa, vejamos:

[...] a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada a idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a administração pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A Imoralidade estaria na intenção do agente” (DI PIETRO, 2005, p. 92).

Talvez o princípio da moralidade administrativa seja o mais complexo de materializar seu conceito, tendo ainda que, não são todos os autores que acolhem esse princípio, baseando-se na premissa que o conceito de moral administrativa deixa muito a supor, e/ou é demasiado impreciso, ou ainda, pelo fato de que o este princípio seria acolhido pelo Princípio da Legalidade (DI PIETRO, 2005, p. 91).

A ligação entre os princípios da Legalidade administrativa e da Moralidade administrativa é observada por Meirelles (2006, p. 88): “além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação”.

Ainda nesta esteira, Meirelles afirma:

Cumprir a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atende-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, pra que ao legal se ajunte o honesto e conveniente aos interesses sociais (MEIRELLES, 2006, p. 88).

Para identificar ofensa ao princípio da moralidade administrativa, genericamente podemos dizer que ocorre quando se verificar que os atos da administração pública ou da pessoa atingida, mesmo dentro da legalidade, ou não, ofenda a outros princípios administrativos, princípios de justiça, ou mesmo a própria moral e os bons costumes, levando-se de encontro com o princípio da moralidade administrativa o conceito de honestidade.

A Lei 9.784/99, também consagra o princípio da moralidade administrativa, onde a classifica como a “atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa fé” (BRASIL, 1999).

Meirelles, destaca ainda, que a moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador e também constitui pressuposto de validade dos atos administrativos, vejamos:

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima (MEIRELLES, 2006, p. 89).

Diante destes termos, temos que a moralidade na administração pública significa que os atos administrativos não necessitam apenas da legalidade formal, é preciso também que haja a boa fé, princípios éticos nas condutas, tanto do administrador quanto do administrado, que os atos sejam realizados com honestidade, sempre visando a proteção do bem maior que é o interesse público.

A consequência para aqueles que agem contrários a este princípio é a possibilidade de que seus atos sejam declarados atos de improbidade, perda de cargo, dentre outros, como observa Moraes:

A conduta do administrador em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos no art. 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo a ação penal cabível, permitido ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na lei nº 8.429/92 para que o judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça ao patrimônio público (MORAES, 2006, p. 299).

Não se pode deixar de correlacionar a moralidade administrativa com a reserva do possível.

Para aqueles que entendem possível este princípio, a falta de honestidade e boa fé nos seus atos, podendo o administrador tomar decisões dentro da legalidade e que não venham a ferir outros princípios, a reserva do possível muitas vezes vem como paradoxo a este princípio, uma vez que na maioria dos casos em que o Estado se abstém de cumprir o dever de saúde, entre outros, aos que deles necessitam, com a mera alegação de falta de recursos, o estado age fora da moral com aqueles que são proprietários de tais direitos e necessitam deles, pois a administração pública deve, por sua vez, em caráter de boa gestão, anterior a tudo,

observar e colocar em prática os direitos sociais, por terem caráter de imediatividade conforme disposto em nossa carta magna.

3.4 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, também conhecido como “princípio da finalidade pública”, está previsto no artigo 37 da Constituição Federal e na lei 9.784/99, mas especificamente em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso III, onde trata da objetividade no atendimento do interesse público, ou seja, exige por parte do administrador público uma interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige e veda a promoção pessoal de agente ou autoridades.

Este princípio, segundo Di Pietro, da margem a diferentes interpretações, podendo em um primeiro plano corresponder ao princípio da finalidade pública, e num segundo plano, entende a autora que o princípio da impessoalidade está ligado a não atribuição dos atos e provimentos administrativos aos funcionários que os pratica, e sim aos órgãos, vejamos:

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública, que deve nortear toda atividade administrativa, significa que a administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento (...) No segundo sentido, o princípio significa que, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administradora da administração pública (DI PIETRO, 2005, p. 85).

O princípio da Impessoalidade ou finalidade, tem como objetivo evitar o desvio de finalidade, evitar que o agente público pratique um ato pelo qual não chegue ao seu fim legal e também, evitar a promoção pessoal de servidores públicos.

Para Meirelles (2006, p. 92), este princípio veda que o agente pratique atos para interesses privados, que seus atos sejam para qualquer pretensão particular, mesmo que promocional, e que em resultado disso, os atos da administração pública sejam sempre pró-sociedade, garantindo assim o atendimento do fim público a que se dirige o ato do administrador público

Nesse mesmo passo, afirma o autor que “desde que o Princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de

buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros” (MEIRELLES, 2006, p. 92).

Afirma ainda:

O que o Princípio da Finalidade veda é a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob forma de desvio de finalidade (MEIRELLES, 2006, p. 92).

Sendo assim, temos que o princípio da Finalidade ou Impessoalidade é de extrema importância para a administração pública, dando a ênfase ao que realmente é importante, ou seja, o interesse público, vedando expressamente que o administrador público utilize de seu cargo para promoção pessoal, dando prioridade a finalidade do ato administrativo e nada mais.

Este princípio protege, assim como os demais, o interesse público. O atos que dele se afastarem cairão sobre o desvio de finalidade, podendo ser anulados por ter um fim diverso daquele que teria por lei.

3.5 Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade

Aqui nos deparamos com o princípio da administração pública mais importante ao estudo do Princípio da reserva do possível, uma vez que a proporcionalidade e a razoabilidade quase sempre são objeto de defesa do estado nos casos em que ele se nega a efetivar um direito ou a prestar serviços fundamentais, quando o motivo do impedimento for a onerosidade excessiva ao estado.

Entretanto, este princípio serve também como regulador das atitudes dos administradores públicos em função de seus cargos, expõe ao administrador que ele, ao se deparar com uma situação onde ele deverá tomar decisões, ele utilize de critérios satisfatórios e que melhor se adéquem aos interesses públicos.

Segundo Adilson Josamar Puhl:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito também conhecido como princípio da justa medida ou racionalidade. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Segundo o elemento da proporcionalidade, o órgão que emite o ato deve corretamente avaliar a providência eleita em termos quantitativos; que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem

mais, nem menos. Como conseqüência, deve-se estabelecer uma relação custo-benefício da medida, isto é da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Tendo em vista a ponderação da relação “custo-benefício”, uma vez presentes à adequação e a necessidade, e além disto, a medida eleita foi aquela que mais benefícios trouxe ao indivíduo, justamente por interferir minimamente em seu direito, tem-se assim que o princípio da proporcionalidade foi realizado em todos os seus elementos (PUHL, 2005, p. 27).

Também poderia ser chamado este princípio, nas palavras de Meirelles (2006, p. 93), como princípio da “proibição de excessos”, ou seja, utilizando da racionalidade e de “pré-requisitos” (relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência), o administrador deve utilizar da proporcionalidade, ou seja, compatibilidade entre os atos meios para os fins que se deseja atingir.

Neste Princípio do Direito Administrativo, busca-se limites para a discricionariedade administrativa, pois, apesar de, em uma hipótese dos atos do administrador público estarem plenamente de acordo com a legalidade, moralidade, e havendo o interesse da coletividade, pode ocorrer que tal ato seja “irrazoável”, ou seja, pode ocorrer ao mesmo tempo uma segunda hipótese, e nesta haver a necessidade de outro ato, também legal, justamente motivado e de maior urgência aos interesses coletivos que o anterior e não haja recursos necessários para ambos atos ao mesmo tempo.

Ainda neste contexto, deverá o administrador público zelar pela razoabilidade de seus atos, escolhendo assim o que de melhor, naquele momento, ele poderá fazer ao interesse público.

Como já dito, este princípio é a principal forma de defesa da administração pública para abster-se de atos em favor de outrem, detentores de direitos, alegando na grande maioria dos casos que o cumprimento de uma medida em favor de um indivíduo que acarrete onerosidade excessiva, certamente afetará outras, fugindo assim da razoabilidade e proporcionalidade. Contudo, verifica-se que no âmbito judicial face ao preconizado na constituição de 1988, os tribunais brasileiros tem, na maioria dos casos, dado provimento aos anseios populares, fazendo assim, com que se cumpra efetivamente os direitos fundamentais, posto que a discricionariedade e a legalidade permitem ao administrador público zelar primeiramente pelos direitos fundamentais.

3.6 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, tem por essência a exigência de divulgação, publicação dos atos da administração pública para que terceiros possam tomar ciência, dando aos cidadãos o direito de impugna-los, ou mesmo para fins de mera ciência, resguardando os casos de sigilo previstos em lei.

Alexandre de Moraes nos traz este princípio na esfera material, vejamos:

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias (MORAES, 2006, p. 299).

De acordo com o artigo 79-A, parágrafo 8 da lei 9.605/98, a publicidade é requisito de eficácia do ato administrativo, sendo assim, os atos praticados e não divulgados pela administração pública se tornam ineficazes, não produzindo os efeitos almejados (BRASIL, 1998).

Outro ponto importante deste princípio é o fato de que para produzir efeitos jurídicos, a publicação deve ser realizada no órgão oficial da administração, não fazendo parte a imprensa particular. Contudo, entende-se por órgão oficial não apenas o diário oficial, mas também os jornais contratados para essas publicações oficiais (MEIRELLES, 2006, p.94).

Este princípio inicialmente nos leva a idéia de que somente os atos praticados serão objetos de publicações, todavia, este princípio tem uma amplitude maior, vez que a intenção do legislador era, sobretudo, dar segurança jurídica aos cidadãos.

A aplicabilidade deste princípio se dá em todas as partes da administração pública, constituindo requisito essencial à eficácia dos atos administrativos.

3.7 Demais Princípios Inerentes à Administração Pública

O princípio da Supremacia do interesse público é de observância obrigatória pela administração pública e está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da lei nº 9.784/99.

De acordo com Di Pietro:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à administração tem o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo, não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo, não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia, não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que a administração pública se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado (DI PIETRO, 2005, p. 84).

Sendo assim, o administrador público deve atuar dentro das linhas de sua função, não podendo dispor de eventual ato obrigatório, constatando a necessidade dele, pois, agindo assim, o interesse público restará prejudicado.

Os interesses públicos corretamente aplicados, exercendo supremacia sobre os interesses individuais, estará defendendo os cidadãos, pois, as normas de direito público, apesar de abrangerem a individualidade do cidadão, protege toda a coletividade, fazendo que assim, o interesse da maioria seja resguardado.

Outro princípio importante da administração pública é o Princípio da motivação. Este princípio nos traz que todos os atos e decisões da administração pública sejam fundamentados.

Segundo Meirelles (2006, p. 101), pelo princípio da motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática, devendo o administrador apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo.

Outro princípio necessário à administração pública, é o princípio da eficiência. Este Princípio segundo Gustavo Vettorato (2010, p. 1):

é um princípio de atuação sobre o ato discricionário de natureza semelhante aos princípios da racionalidade e moralidade (também provindos do princípio da boa administração), porém todos são aplicados diferentemente sobre o ato administrativo e, por isso, são diferentes entre si. Princípio específico (que também é um dever como todos os outros princípios da administração pública) é o reconhecimento de toda uma massa de doutrinadores, e, também, da própria jurisprudência que tem pronunciamentos sobre o assunto desde 1954.

Eficiência é a “relação entre os resultados obtidos e os recursos empregados” (WIKIPÉDIA, 2010). Neste sentido, temos que no princípio da eficiência é destacada a

destreza, bem como a agilidade do administrador público quando da prática de um ato em função de seu cargo, que chegue ao fim almejado.

Este princípio leva em consideração a atuação do agente público, esperando-se o máximo empenho em suas atribuições e os melhores resultados.

Deve-se ressaltar a diferença entre eficiência e eficácia dos atos administrativos, pois são distintos, a eficácia é analisada pelo resultado do ato, enquanto a eficiência, dentre outras coisas, analisa-se a conduta do agente público, os meios pelos quais ele conseguiu obter o resultado, além do próprio resultado.

Pelo Princípio da responsabilidade do Estado, este é responsável pelos atos causados pelos administradores, tendo assim, a obrigação de reparar os danos causados. No Brasil o Estado responde civilmente por seus comportamentos administrativos tanto objetivamente quanto subjetivamente, com base, respectivamente, em uma mera relação causal entre esse comportamento e o dano e na culpa administrativa (CUNHA JR., 2008, p. 58).

Pelo princípio da autotutela a administração pública tem o controle dos próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos independentemente de recursos ao Poder Judiciário. É uma decorrência do princípio da legalidade, se a administração pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle interno da legalidade (CUNHA JR., 2008, p. 72).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao poder Judiciário (DI PIETRO, 2005, p. 200).

Este princípio está também consagrado nas sumula nº 373 do STF onde diz que “a administração pode anular os seus próprios atos” e pela sumula nº 473, também do STF onde diz que “a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação Judicial (BRASIL, 2010).

3.8 Atuação da Administração Pública nos Casos em que Não Há Recursos para o Cumprimento dos Direitos Fundamentais

Antes de partirmos para o lado “concreto” da atuação administrativa, devemos ressaltar, novamente, que os tais atos devem prestar obediência aos princípios inerentes à administração pública, bem como aos princípios institucionais de cada órgão e aos constitucionais do Estado, ou seja, os atos administrativos estão vinculados, sem prejuízo aos atos discricionários onde é permitido ao agente público optar por determinada providência, ainda sim, não extrapolando a esfera da legalidade, moralidade dentre outras.

Pois bem, feita tal ressalva, partimos para o conceito de ato administrativo, nesse sentido Di Pietro (2005, p. 210, 211) nos traz que “partindo-se da idéia da divisão de funções entre os três poderes do estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é um ato administrativo”.

Nesta esteira, entende-se que o ato administrativo consiste no exaurimento da conduta do agente, seja emanada de lei ou de sua discricionariedade.

Os atos administrativos possuem como atributos a presunção de legitimidade e veracidade, isso significa que os atos estarão sempre conforme a lei, e presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela administração pública. Possuem também, o atributo da imperatividade, onde como o nome já diz, este é o atributo pelo qual o administrador impõe a terceiros, independente de sua concordância, além da Auto-executoriedade e a Tipicidade .

A Auto-Executoriedade é o atributo pelo qual o ato do administrativo pode ser posto pela própria administração, já a tipicidade é aquele que urge em decorrência do princípio da legalidade, ou seja, para cada finalidade que a administração pretende alcançar existe um ato definido em lei (DI PIETRO, 2005, p. 211).

Sabendo que nos direitos fundamentais de segunda dimensão o estado tem a sua atuação de forma a garantir um padrão de igualdade mínimo à sociedade, atuando em diversas áreas sociais como saúde, educação, cultura entre outros, fazendo isso através de intervenções econômicas como incentivos fiscais, realização de atividade econômica direta, controle de expansão de moeda dentre outros, adentraremos sobre os efeitos da não observância deste tipo de atuação, tendo em vista a falta de recursos financeiros.

Sobre o assunto Paulo Bonavides diz o seguinte:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra e ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2006, p. 476).

Neste contexto é que despontou o constitucionalismo social, ou Estado Social de Direito, para que os direitos fundamentais fossem melhor compreendidos e tivessem vigência efetiva na vida social.

Porém, a garantia de cumprimento ao constitucionalismo social, efetivando os direitos fundamentais, para o âmbito administrativo, depende que a administração pública tenha recursos financeiros para isso.

Pois como bem explica Fernando Borges Mânica, (2007, p. 169-186) para a administração pública, o quanto se tem para gastar, como se vai gastar é uma decisão política, que cabe ao administrador “elaborar um plano de ação, descrevendo no orçamento, os meios disponíveis para o atendimento da efetivação dos gastos”.

Diante disso, quando os recursos previstos no orçamento não são suficientes para cumprir com a demanda dos direitos fundamentais, a administração pública valê-se da teoria da reserva do possível para destinar o que entende, dentro da razoabilidade, os recursos disponíveis para atender os direitos fundamentais sociais (MÂNICA, 2007, p. 169-186).

Esta conduta, como veremos, é objeto de discussão tanto na esfera administrativa quanto na esfera judiciária, pois, pode o Estado deixar de efetivar um direito fundamental alegando em tese que esta efetivação extrapola a razoabilidade?

Para isso, se faz necessário estudar o princípio da reserva do possível, que será próximo objeto de estudo.

3.9 Princípio da Reserva do Possível

3.9.1 – Origem

A teoria do princípio da reserva do possível teve origem na Alemanha, nas decisões proferidas pela Corte Federal daquele país, mais precisamente no julgado “*BverfGE n.º 33 303*,” onde o objeto deste, foi o fato de um cidadão alemão ter ingressado com uma ação, tendo como propósito uma possível decisão judicial a seu favor, com o objetivo de obter autorização para cursar medicina em uma universidade pública (BVERFGE N° 33 303, 1972).

A justificativa para isso estava baseada no fato de que a Lei Federal Alemã previa a livre escolha dos cidadãos para escolherem o trabalho, ofício ou profissão em que quisessem ingressar, e, tendo o indivíduo procurado pelas vias administrativas e não conseguindo por

falta de vagas, alegou então, em vias judiciais, a respectiva lei onde assegurava ao povo alemão a livre escolha para o trabalho e demais previsões (BVERFGE N° 33 303, 1972).

Neste caso, tendo em vista que já haviam se esgotado as vagas para o curso de medicina, a universidade não aceitou este cidadão, pois o regulamento interno da mesma não admitia exceções.

A decisão da Corte Federal Alemã estabeleceu que deveria ser observado o princípio da Razoabilidade no presente caso, justificando assim que só se poderia exigir do estado aquilo que efetivamente poderia ser realizado, de acordo com suas possibilidades para a realização de tal ato, e ainda, observou que mesmo que houvesse decisão em sentido de procedência da ação, é reconhecido que não há condição para tanto, ou seja, de nada adiantaria a poder judiciário conceder a vaga, sendo que a faculdade não teria condições físicas para comportar o estudante nela (BVERFGE N° 33 303, 1972). .

Elucidando estes fatos, Sérgio de Oliveira Neto nos traz:

A teoria do princípio da reserva do possível tem origem nas decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Ficando a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade. Assim é que, a origem remota deste posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na Nação Germânica (BverfGE n.º 33, S. 333). No qual uma ação judicial então proposta, visava a obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Embasado na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. Tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em freqüentar as academias públicas (OLIVEIRA NETO, 2010, p. 1).

O entendimento do julgado retro citado nos leva a crer que qualquer demanda em favor de um ou mais cidadãos contra o estado, visando uma dada atitude do estado para saciar um determinado direito dos mesmos, deve caber dentro de um patamar do que o estado possivelmente pode ou não pode fazer.

Restou ainda entendido pelos julgadores que, por mais que seja obrigação do estado suprir as demandas sociais passíveis de serem exigidas, deve-se observar as condições para o cumprimento de tal medida, destacando a razoabilidade do ato a ser cumprido, definido pela possibilidade do estado.

Em outras palavras, restou determinado que os Direitos sociais de caráter prestacional que acarretassem custos demasiados ao estado, ficariam restritos a reserva e disponibilidade de recursos.

Consoante a este entendimento, a reserva do possível vem sendo cada vez mais objeto de motivação para a escusa da administração pública, inclusive no Brasil, para abster-se à prática de um direito social prestacional aos cidadãos que deles necessitem.

3.9.2 – Definição

Ante os vários temas no âmbito jurídico que ganham destaque na atualidade, o bem-estar social, mais especificamente a garantia estatal aos Direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana vem surgindo como objeto de várias discussões nas mais variadas instâncias jurídicas.

De outra parte, sabe-se que o estado, para a realização de qualquer atividade que envolva recursos, deve prever todos os seus movimentos financeiros dentro de um planejamento chamado orçamento.

O Orçamento, tendo sua matéria regulada pela lei nº 4.320/64, em seu artigo segundo prevê que toda a receita e despesa que o estado experimentar, deve estar contida no orçamento, e este deverá obedecer a princípios as finanças pública e obedecer sempre a anuidade (BRASIL, 1964).

A lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica, financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade” – Lei 4.320, de 17.03.1964.

Sendo assim, seguindo o entendimento contido na lei de orçamento, conclui-se que além de qualquer outro ato do executivo que maneje recursos, a manutenção e a efetivação dos direitos sociais também está vinculado a ela, por obviamente também exigir recursos do estado. Desta feita, nos casos em que o estado se vê obrigado por determinação judicial a arcar com eventual despesa, alegará a Reserva do possível em tese de defesa, pois a onerosidade causada pela imposição de cumprimento de um determinado ato prestacional certamente ocasionará gravame financeiro que eventualmente não irá dispor de recursos financeiros ao tempo do cumprimento da determinação.

Sobre a expressão “Reserva do Possível”, Canotilho com maestrina nos ensina:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos cidadãos sem se sobrecarregarem aos cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos (CANOTILHO, 1998, p. 439).

Ainda Canotilho, se referindo à imposição ao estado e aos poderes públicos em um sentido de assegurar as prestações inerentes aos direitos econômicos, sociais e culturais e ainda, sobre a “densidade vinculativa” das normas consagradoras desses direitos, diz que:

[...] o problema da operatividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, confrontam-se com a relativização destes mesmos direitos, pós uma otimização dos direitos a prestações pressupõe a interpositio do legislador e a subordinação da efetividade concreta dos direitos em questão a uma reserva econômica do possível, eventualmente interpretada pelos órgãos de direção política segundo os modelos político-econômicos portadores dos seus programas de acção (CANOTILHO, 1989, p. 510).

Portanto, diante do que foi exposto, temos que a teoria da reserva do possível basicamente é o dever de prover os direitos fundamentais, mais especificamente os direitos sociais que teoricamente emanam mais recursos financeiros, consubstanciados a possibilidade financeira que o estado tem de prover tais direitos, ou seja, o estado vai prover aquilo o que lhe for possível, observando os critérios de proporcionalidade, no qual, em suma, fica evidenciado que muitas vezes pela prática de um ato em favor de um cidadão, os custos deste ato pode vir a prejudicar uma cadeia de assistência estatal, devido a escassez de recursos.

A aplicação desta teoria constitui um ato inconstitucional, pois ela quebra com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal Brasileira, fere os direitos fundamentais, causa uma instabilidade constitucional e insegurança aos cidadãos.

Os direitos sociais é o que de mínimo pode-se esperar do estado, é o mínimo à garantia da dignidade humana, não pode ser objeto de escusa por alegações financeiras, pois certamente o estado pode discricionariamente gerenciar seus recursos para garantir o estado de direito e a dignidade daqueles que mais necessitam e que nele vivem e pagam seus impostos.

A judicialização no cumprimento dos direitos sociais revela-se como uma garantia do povo em face ao estado, que por sua vez detém o poder de discricionariedade de atos. O poder judiciário coloca o estado e o cidadão no mesmo patamar onde de um lado está o mais fraco, que necessita de ver-se cumprido seus direitos e por outro o estado, que muitas vezes de forma ineficaz, em desobservância aos preceitos constitucionais, fere os direitos fundamentais, fere a dignidade do povo que o sustenta.

Em um estado Democrático de Direito, capitalista, onde não há política eficaz de coleta de impostos, onde os cidadãos de diferentes níveis sociais pagam impostos em uma mesma linha de proporcionalidade, deve o estado observar os direitos fundamentais de segunda dimensão, provendo ao cidadão que necessite o mínimo à sua dignidade, para que assim algum dia se chegue a até então utópica idéia de igualdade, pois o cidadão que pode mais certamente não necessitaria de invocar o estado para a cobrança de um direito social.

Sendo assim, não pode o estado implementar políticas sociais injustas, e punir severamente aqueles que necessitem do mínimo à vida, com a sua omissão declarada.

CAPÍTULO IV - DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

4.1 – Controle Judicial sobre os Atos Administrativos

O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário gera opiniões adversas entre os doutrinadores e aplicadores do direito administrativo e constitucional.

A divergência se dá pelo motivo de que uns pensam que a autonomia do administrador público não pode ser transpassada, ainda mais se tratando de atos discricionários, onde cabe apenas ao agente público capaz reconhecer o mérito, ou seja, a motivação e conveniência para aplicabilidade de tal ato para aplica-o.

De outro giro, há também os que acreditam que todo e qualquer ato público poderá ser objeto de exame do poder judiciário.

A doutrina mais aceita neste sentido é a de DI PIETRO, vejamos:

“O poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilatérias, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXII e 37) [...] Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública (...) Não há invasão do mérito quando o judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo poder público” (DI PIETRO, 2005, p. 711).

Através desse conceito, concluímos que, destarte a escolha de um ato administrativo ser de competência exclusiva do administrador, nos casos de discricionariedade, a ausência e/ou falsidade do motivo caracterizam a sua ilegalidade. Consoante a isso, temos os atos ilegais possivelmente serão invalidados, não obstante a isso, ilegalidade sempre poderá ser objeto de discussão do poder judiciário.

4.2 Atuação do Judiciário como Forma de Garantia à Efetivação dos Direitos Fundamentais

Quando se trata da atuação do poder judiciário como forma de garantia à efetivação dos Direitos Fundamentais, há quem critique por entender que a gerência do erário público

para tais direitos, de caráter prestacionais, deve-se ser efetuada pela administração, não sendo da competência do judiciário tomar tais decisões.

Porém, quando a administração pública não cumpre com uma garantia constitucional, deve o poder jurídico interferir, haja vista que tais direitos são fundamentais.

Nesta temática, Otegildo Carlos Siqueira nos traz:

(...)Por certo não cabe institucionalmente ao Poder Judiciário a atribuição de implementar políticas públicas, eis que tal função é própria do legislativo e executivo. Contudo, concretamente, de forma ponderada, deve o Judiciário refutar o descumprimento das obrigações da Administração Pública, mormente quando qualquer ação/omissão implicar na ineficácia de direitos constitucionalmente assegurados, mesmo que tais direitos sejam inerentes às normas ditas programáticas (SIQUEIRA, 2008).

Consoante a este entendimento, a análise do judiciário ao caso concreto é válida e de interesse da sociedade, pois se abstendo o estado de cumprir um direito fundamental, estará ferindo a carta magna, estará ferindo também preceitos fundamentais do próprio estado.

Isso se enquadra também no caso da saúde, pois na efetivação deste direito, os recursos devem ser investidos em diferentes dimensões, que vai desde o saneamento básico até a distribuição dos medicamentos, principalmente para a população que não tem renda suficiente para tratar-se na rede de saúde particular, dependendo exclusivamente da atuação da saúde pública para que seu direito social fundamental seja assegurado.

Nesse sentido, quando o Estado atuando dentro do princípio da reserva do possível, não cumpre com o direito fundamental do cidadão, alguns doutrinadores entendem que cabe ao Poder Judiciário deve intervir para que se cumpra tal direito, levando em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade do caso.

É Nesse sentido que Aruza Albuquerque nos ensina:

[...] é preciso ressaltar que embora não seja incumbência do Judiciário a efetivação dos direitos sociais, já que, este se daria através da execução de políticas públicas e este encargo é primariamente do Executivo. Porém, quando o caso concreto dispuser, o Judiciário poderá apreciar a demanda desde que não se intrometa nos critérios de conveniência e oportunidade dos planos de governo, e tão somente, garanta um cumprimento racional dos preceitos constitucionais e, conseqüentemente, exerça sua função de guardião da Constituição, sobretudo, na defesa da concretização de direitos por ela definidos como imprescindíveis (ALBUQUERQUE, 2010).

No mesmo entendimento, defendendo a atuação do Judiciário na esfera Executiva para o cumprimento dos direitos fundamentais, Luis Roberto Barroso (2010, p. 2) diz que quando não existe uma lei ou ação do Poder Executivo atuando no cumprimento das

determinações constitucionais, cabe ao Poder Judiciário agir dentro da razoabilidade do direito.

Fazendo a defesa da intervenção do Poder Judiciário na área Política e Executiva, Nelson Flávio Firmino citando Cláudia Maria da Costa Gonçalves diz o seguinte:

[...] o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. (...) Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.

Portanto entre os defensores da intervenção do Poder Judiciário no ato Executivo, quando em defesa dos direitos sociais, em especial, à saúde, destacam que não havendo políticas públicas que atuem com eficiência, cabe ao Poder Judiciário determinar que sejam implementadas ações no sentido de garantir aos cidadãos o mínimo de condições de vida saudável, sob um prisma constitucional (GONÇALVES, 2006 apud FIRMINO, 2010, p. 2).

No entanto, é importante ressaltar os argumentos evidenciados por Carine Zeni ao citar o doutrinador Clèmerson Merlin Clève, com os seguintes argumentos:

No que concerne à atividade do Judiciário, é importante verificar os limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes. É preciso, ademais, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais? Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa (CLÉVE, 2007 apud ZENI, 2007, 142).

Ficando aqui uma discussão quanto aos limites dos poderes e sua interferência jurisdicional em outras esferas, mesmo que essa interferência seja em prol da defesa dos

direitos sociais fundamentais, deixando a dúvida quanto à interferência do Judiciário na esfera Executiva, ferindo a questão democrática do Estado Republicano.

É diante de tal argumentação que Carine Zeni (2007, V. 3 nº 2, p. 129-148) diz que o cidadão não pode se acostumar com a proteção que o poder judiciário dispensa quando atua pró-ativamente na garantia dos Direitos Fundamentais Sociais. É preciso que a sociedade se mobilize no sentido de fazer com que o Estado cumpra seus deveres, em especial os sociais fundamentais, para que não se caís na teia estática de um Estado paternalista. O que se precisa é cobranças firmes por parte da sociedade para que o Estado Democrático seja cumprido dentro da ética e da moralidade, trazendo garantias efetivas dos direitos fundamentais do cidadão, cada poder constituído pelo povo cumpra com suas responsabilidades enquanto “gestores” do Poder Público (ZENI, 2007, V. 3 nº 2, p. 129-148).

Quando o tema é saúde esse princípio parece ser de extrema injustiça, nesse sentido diz Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen:

(...) o Poder Judiciário, por mais que tenha como objetivo de conferir a devida aplicabilidade às normas inseridas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante a expedição de ordens judiciais, pois estas não obterão a efetividade pretendida, haja vista que faltam condições materiais suficientes para a sua concretização. Além disso, a satisfação de uns implica em negar o direito a outros, em face da escassez de recursos. Tal fato torna-se ainda mais grave quando se trata do campo da saúde, em que uma decisão pode redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte. Em tais hipóteses, a alegação da reserva do possível, em uma análise superficial, pode parecer cruel e desumana, mormente se visto no caso concreto. Pois, diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios (SILVA; WEIBLEN, V. 2 Nº 2, p 42-53).

De outro giro, há também aqueles que entendem absolutamente desnecessária e autoritária a intervenção do judiciário nas questões administrativas, neste sentido, Otegildo Carlos Siqueira, citando Luis Roberto Barroso, em crítica, nos traz este posicionamento:

“Sobre a possibilidade de tal exigência, Luis Roberto Barroso faz críticas à excessiva judicialização da implementação de direitos prestacionais. Inicia apontando o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal, será oferecido através de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais. Por conseguinte, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a

prerrogativa de gerir os recursos públicos seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública e, por fim, se o Judiciário assume tal postura termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais” (SIQUEIRA, 2008)

Diante deste emaranhado de posições, cai por terra a posição última abordada, uma vez que o judiciário se utiliza da legalidade para por em prática os direitos dos cidadãos, se a administração assim não o fizer.

O Direito à saúde deve ser colocado em prática de imediato, pois, fazendo-se isso, o Estado estará cumprindo a Constituição Federal, pois nela está demasiadamente claro que o direito à saúde é direito de todos e obrigação do Estado, e, não obstante a isso, deve ter a sua aplicação imediata.

Face ao não cumprimento deste direito, cabe ao poder judiciário zelar pelos direitos dos cidadãos, colocando em prática o que de mais importante a Constituição Federal de 1988 preconizou, ou seja, os direitos fundamentais.

4.2 Atuação dos Tribunais Brasileiros

A atuação dos tribunais Brasileiros, através dos julgados disponíveis, em sua maioria, vem se demonstrando, sempre analisando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade e, nunca deixando de ostentar que a garantia dos direitos fundamentais é dever do estado a qualquer tempo, contra a argumentação da reserva do possível por parte da administração pública.

Neste sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso Mello, por exemplo, atuando como relator no “RE - 410715/SP – São Paulo – Agr”, da 2ª Turma se demonstra absolutamente contra à reserva do possível, vejamos:

RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529
RTJ VOL-00199-03 PP-01219
RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300
RMP n. 32, 2009, p. 279-290

Parte(s)

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADV.(A/S): JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.11.2005 (BRASIL, STF, 2005)

No que concerne efetivamente ao direito à saúde, não poderia ser diferente, vez que a saúde faz parte do rol de direitos fundamentais e na maioria das vezes, o caráter de necessidade é de urgência.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação nº 2003.001.04516, distribuído em 10/03/2003, sobre direito fundamental à saúde, o relator, desembargado Nagib Slaibi Filho, especifica o voto de negação do provimento por unanimidade a limitação se medicamentos aos portadores de HIV/AIDS, o que pode ser identificado no julgado a seguir:

Apelação nº 2003.001.04516, distribuído em 10/03/2003

Apelante: Estado do Rio de Janeiro

Procurador do Estado: Doutor José Roberto Waldemburgo Abrunhosa

Apelado 1: Wilson Negreiros Botelho

Advogado: Defensoria Pública

Apelado 2: Município de Nova Iguaçu

Advogado: Doutora Sandra Maria Moura

Relator: Desembargador Nagib Slaibi Filho

A C Ó R D Ã O

Direito Constitucional. Direito à saúde. Medicamento imprescindível à manutenção da vida da pessoa humana. A saúde é direito de todos e dever do Poder Público, a quem a Constituição encarrega de prover os meios suficientes para garanti-la aos necessitados, inclusive fornecendo os medicamentos recomendados pelos avanços da Medicina que não estejam classificados como

excepcionais, adquiridos mediante verbas repartidas pela União com os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

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

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (STF, 2ª Turma, RE 271286/AgR/RS, Min. Celso Melo).) (DELFINO, 2010, p.1,2).

Com relação a distribuição de medicamentos, a Juíza do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Maria Cristina Barros Gutiérrez Salibi destaca a obrigação solidária da União,

Estados, Distrito Federal e Municípios quando legitimidade ad causam, referente a distribuição de medicamentos, neste sentido, transcreveu a seguinte ementa:

Ementa: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. **DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO** (Apel. Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002). (SLAIBI, 2010, p.1-3).

No que diz respeito a disponibilidade dos medicamentos aos usuários do SUS, o Promotor de Justiça de Defesa da Saúde Pública da Comarca de Londrina/PR, Paulo César Vieira Tavares, destacou algumas ações concretas que efetivaram naquele Estado os direitos fundamentais à saúde, conforme segue:

A 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina, nos anos de 2006 e 2007, após avaliar a demanda por medicamentos de alto custo e concluir que uma parcela dos usuários do SUS precisava, de fato, dos medicamentos prescritos pelos profissionais do SUS (não-constantemente nas tabelas oficiais), e esgotada sem sucesso a esfera administrativa, optou pela via judicial, ajuizando-se ações civis públicas e mandados de segurança em face do Estado do Paraná. Em todas estas ações foram concedidas liminares ou as tutelas antecipatórias requeridas, as quais foram, invariavelmente, suspensas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diante disso, o Ministério Público, compartilhando o drama vivenciado pelos usuários do SUS e seus familiares, sendo que alguns dos pacientes já haviam recebido o medicamento de que necessitavam, resolveu mobilizá-los, mostrando aos mesmos que não haveria outra alternativa senão unir este grupo e iniciar um movimento visando à obtenção dos medicamentos.

O Ministério Público chegou a se manifestar publicamente: quem está sendo prejudicado não pode cruzar os braços, porque tem paciente morrendo por conta da insensatez do Tribunal de Justiça. Foi acionada a Comissão de Direitos Humanos da OAB/Subseção de Londrina, que ingressou neste movimento, tendo sido realizada uma audiência pública, na qual foram definidas as ações a serem tomadas na tentativa de reverter o cancelamento do fornecimento de medicamentos de alto custo; sendo criada uma comissão, que decidiu pela elaboração de um abaixo-assinado em defesa dos direitos dos usuários do SUS. Integrantes do movimento se deslocaram a Curitiba e

saíram frustrados do encontro com o Presidente do Tribunal de Justiça; ocasião em que todos, de olhos vendados, fizeram uma manifestação em frente ao prédio do Poder Judiciário. Na seqüência, os pacientes e familiares acamparam em frente à sede da 17ª. Regional de Saúde, garantindo que só sairiam do local quando houvesse uma resposta positiva por parte da Secretaria Estadual de Saúde. Depois de passarem mais de 12 horas acampados, integrantes do movimento foram chamados pela Direção da Regional de Saúde, a qual assumiu o compromisso de viabilizar a entrega de medicamentos para 44 pacientes. A Secretaria Estadual de Saúde – SESA anunciou que providenciaria a elaboração de protocolo, em parceria com entidades ligadas à área médica, visando atender a demanda por medicamentos. Em seguida, a Regional de Saúde de Londrina iniciou o fornecimento de medicamentos para pacientes portadores de doenças crônicas e degenerativas. O Secretário Estadual de Saúde chegou a afirmar que seriam agilizados os pareceres de Câmaras Técnicas da Associação Médica do Paraná, as quais estão analisando todos os casos de pedidos de remédios não inseridos nos protocolos do SUS. A imprensa local não divulgou, mas o Estado do Paraná, no 1º semestre de 2008, forneceu os medicamentos de alto custo para a quase totalidade dos usuários que fazem parte desse movimento. Os casos novos estão sendo integrados neste movimento, que não deixa de realizar reuniões e de receber orientações e assessoria por parte do Ministério Público (Serviço Social). Mais recentemente, em março de 2008, os Ministérios Públicos Estadual e Federal ingressaram com ação civil pública na Justiça Federal em face da União, do Estado do Paraná e do Município de Londrina, pleiteando o fornecimento de colírios para pacientes usuários do SUS portadores de glaucoma e a criação de Centros de Referência em Oftalmologia. A antecipação de tutela foi concedida, sendo que tal decisão liminar de 1º grau teve seus efeitos suspensos pelo Desembargador Federal-Relator do Tribunal Federal Regional – 4ª. Região, em razão de agravo de instrumento interposto pela União. Na seqüência, verificou-se que a 3ª. Turma deste TRF, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso. A ação civil pública ainda não foi julgada. Afastada a possibilidade de uma solução judicial imediata para os cerca de 500 pacientes glaucomatosos de Londrina e Região que necessitam do uso diário de colírios, o Ministério Público (Serviço Social) e a ONG Associação pelos Direitos da Visão, (cuja criação teve participação decisiva do MP, realizaram reuniões e encontros com objetivo de cadastrar o maior número possível de pacientes que necessitam destes medicamentos, a fim de repassar tais cadastros aos Gestores Estadual e Municipal de Saúde. Em junho de 2008, o Estado do Paraná, por intermédio do Hospital de Olhos de Londrina (credenciado ao SUS) distribuiu colírios para 100 usuários do SUS. Considerando que os demais pacientes não estavam recebendo os medicamentos de que necessitam, mais de cem pacientes e familiares participaram de um protesto no Centro de Londrina, para reivindicar a entrega dos colírios pelo Estado, e, munidos de faixas e velas, caminharam até a Regional de Saúde, onde foram recebidos pelo seu Diretor, ocasião em que ameaçaram fazer uma vigília permanente no local até a solução do problema. Menos de 15 dias depois, foi anunciado que o Estado iniciaria o fornecimento dos medicamentos para os demais pacientes portadores de glaucoma, cujo perfil é de aposentados que vivem com menos de um salário mínimo (TAVARES, 2010, p. 8).

Como visto, os tribunais brasileiros vem de maneira exemplar, afastando a reserva do possível como forma de abstenção do Estado de cumprir um direito fundamental e, em

especial o direito à saúde, pelo seu caráter que na maioria dos casos é e extrema urgência, podendo causar danos irreparáveis como a morte do indivíduo por exemplo.

Os direitos fundamentais devem, a qualquer tempo, caso não seja possível abranger a todos, terem preferência em sua concretização, como por exemplo, um determinado departamento de um ente público, antes de realizar obras que poderiam ser realizadas em outras oportunidades, antes de determinar atos que emanam muitos recursos, devem eles, acatar sempre em primeiro lugar os direitos fundamentais, protegendo a dignidade dos cidadãos que há muito tempo se busca, e como visto, sofre resistência por parte de pessoas que todavia estarem na administração pela escolha popular, não tem o conhecimento da lei, e nem a sensibilidade de reconhecer e prover devidamente os direitos mínimos do povo, como lhe cabe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde no Brasil, como restou verificado, desde a época colonial onde o único intuito era isolar os doentes para que não pusessem em risco o projeto de colonização e exploração econômica europeu, até hoje, sofreu várias evoluções através do tempo.

Estas evoluções tiveram como início interesses comerciais e mais tarde, conferências sobre os direitos dos cidadãos, sendo que nesse meio tempo, foram criados e estruturados vários departamentos e órgãos de saúde, como o IAP's, INPS entre outros, contudo, o marco histórico do direito à saúde no Brasil foi a Constituição de 1988, onde nossa Carta Magna elencou a saúde como direito fundamental social, como sendo direito de todos e obrigação do Estado, e também criando o do SUS – Sistema Único de Saúde, vindo este a substituir todos os outros, tendo com princípios a regionalização e hierarquização, a Resolubilidade, a Descentralização, a participação dos cidadãos e a complementariedade do setor privado.

Os direitos fundamentais sociais, também conhecidos como direitos de segunda dimensão, estão expressamente contidos em nossa Constituição Federal, em seu artigo sexto onde, nos trás a idéia de atividades de cunho positivo por parte do Estado à efetivação do mínimo ao cidadão para resguardar sua dignidade bem como a justiça social.

Mormente a isto, verifica-se que os direitos sociais, mais especificamente os direitos de cunho prestacional exigem do Estado recursos para que sejam efetivados, ou seja, estes direitos dependem da disponibilidade de recursos financeiros para devidamente implementados.

O presente trabalho traz a tona se: o Estado, agindo dentro dos princípios que regem a administração pública, o que nem sempre ocorre, pode escusar-se à efetivação de um direito fundamental, e, no presente caso, da saúde, que, em vias de regra tem caráter de urgência?

Verificou-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser objeto de escusa do estado, tendo em vista o seu caráter prestacional, de justiça social, pois só quando assegurados os direitos sociais dos cidadãos, estes poderão gozar da verdadeira liberdade, garantindo o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ao trabalharmos a judicialização no cumprimento dos direitos sociais, esta revelou-se como uma verdadeira garantia do povo em face às decisões Estatais, tendo em vista que ao analisar os atos administrativos, se eles ocorreram sobre os princípios da administração pública, o julgador determinará a providência necessária.

Os tribunais brasileiros, por maioria de julgados, vem felizmente, mostrando-se contra o princípio da reserva do possível como forma de não efetivação dos direitos sociais por parte do estado.

Como se sabe, de acordo com o parágrafo 1º, artigo 5º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, se o estado as deixa de cumprir, estará agindo contra a Constituição, cabendo ao poder judiciário intervir para de fato colocar em prática tais direitos.

Portando, consubstanciado ao que diz a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais devem ter a sua aplicação imediata, e caso o Estado utilize da reserva do possível para não cumprir-los, verifica-se que, destarte a judicialização não ser a mais rápida das medidas, ela se torna eficaz e necessária, principalmente quando se trata do direito à saúde, sabendo que isto está condicionado ao mínimo de existência ao ser humano.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

_____. Cinquenta anos de Jurisprudencia do tribunal constitucional Federal Alemão BverfGE n.º 33 303.

_____. **OMS**. Disponível em :
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde>. Acessado em 25/07/2010.

_____. STF RE 410715 AgR / SP - Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR.SCLA.+E+410715.NUME.&base=baseAcordaos>. Acessado em 28/08/2010.

_____. Lei 4.320, de 17.03.1964

ALBUQUERQUE, Aruza. **Controle das políticas públicas**: o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais. Disponível em < <http://www.webartigos.com/articles/33155/1/controle-das-politicas-publicas-o-papel-do-judiciario-na-efetivacao-dos-direitos-sociais/pagina1.html>> Acesso em 13 de setembro de 2010.

ANDRADE, L.O.M.A. **SUS passo a passo normas, gestão e financiamento**. São Paulo: Hucitec, 2001.

APPARENZA. **Saúde Plena**. Disponível em:
http://www.apparenza.com.br/saudeplena/saudeplena_conteudo.asp?id=171. Acessado em 25/07/2010

BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em:
<<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2010.

BERTOLLI FILHO, C. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2001 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18 edição, Melheiros Editores, 2006.

BRASIL, Lei 9.605/98.

BRASIL, Lei 9.784/99.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo, Ridel, 10ª edição, 2010.

BRASIL. Lei nº 8212 de 24 de julho de 1991. São Paulo: Rideel, 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2ª edição, editora Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª edição, Editora Almedina, 1989

CLAYTON, L.; THOMAS, M.D. **Dicionário médico enciclopédico**. 17ª ed., São Paulo: Manole, 2000.p.1.583

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Jus Podivm, 2008.

DELFINO. **Direito Constitucional à Saúde**. Disponível em
<www.professordelfino.adv.br/decisoes/jurisprudencia4.pdf> Acesso em 14 de setembro de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Editora ATLAS 19ª edição, ano 2005.

DONNANGELO, Cecília. **Saúde e sociedade**. São Paulo, Duas Cidades, 1979.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RÍPOLI, Danilo César Siviero. **Direitos fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira**. São Paulo, 1ª edição, 2008.

FERREIRA FILHO, M.G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, N.A. (Org.). **Ensinando a cuidar em saúde pública**. São Caetano do Sul, SP: Yendis, 2005.

FILHO, Naomar de Almeida; JUCA, Vladi. **Saúde como Ausência de Doença, Crítica à Teoria Funcionalista de Chistopher Boors**, disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csc/v7n4/14611.pdf>
Acessado em 26/07/2010. Acessado em 25/07/2010.

FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Livraria do advogado, 1ª edição, 1997.

FIRMINO, Nelson Flávio. A Efetivação dos Direitos Sociais e o Poder Judiciário. **universo Jurídico**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6739/A_efetivacao_dos_direitos_sociais__e_o_poder_judiciario> Acesso em 14 de setembro de 2010.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Ministério público e a tutela dos direitos sociais**. Disponíveis em <http://www.robertexto.com/archivo5/direitos_sociais.htm> Acesso em 10 agosto de 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Disponível em <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf> Acesso em agosto de 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade social**, 17ª Edição, editora atlas, 2002.

MATOS, Alexandre B.; santos, Cleberson Williams dos. **A saúde pública no Brasil: historicidade da participação popular e evolução jurídico-constitucional para a gestão de um novo modelo**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/CI_03120706.pdf>. Acesso em setembro de 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros Editores Ltda, 32 edição, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

Ministério da Saúde, ABC do SUS – Disponível em <<http://www.geosc.ufsc.br/babcsus.pdf>> acessado em 11/07/2010

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional tomo IV**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª edição, editora Atlas, 2006.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13 de set. de 2010.

PINTO, V. G. **Aspecto histórico da saúde coletiva**. 4ª ed. São Paulo: Santos, 2000.

POLIGNANO, Marcos Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão.** Disponível em: <www.medicina.ufmg.br/internatorural/arquivos/mimeo-23p.pdf>. Acesso em agosto de 2010.

PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade:** como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto. São Paulo: Pilares, 2005.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. **A saúde pública e o Direito Constitucional brasileiro**, PINTO, 2000.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **Departamento de medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.** São Paulo, SP – Brasil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_arttext>. Acessado em 25/07/2010>

SILVA, Flávia Martins André da. **Direitos Fundamentais.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acessado em 25/08/2010.

SILVA, Silvio Fernandes.(Org.). **Redes de Atenção à saúde no SUS: o pacto pela saúde e redes regionalizadas de ações de serviços de saúde.** São Paulo: IDISA/CONASEMS, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAGAZZI, José Luiz. **Direitos Fundamentais, da normatização à efetividade nos vinte anos de constituição Brasileira.** Editora Boreal, São Paulo, 1ª Ed., 2008.

SIQUEIRA, Otegildo Carlos. disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13735>>. Acessado em 29/08/2010.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. **Direito fundamental à saúde – tutela de urgência.** Disponível em <www.tj.rj.gov.br/.../dir.../direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf> Acesso em 15 de setembro de 2010,

SUMULAS STF 346 e 473 – disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>, acessado em 14/08/2010

TAVARES, César Vieira. **A saúde como direito fundamental social e as objeções .** Ministério Público do Estado do Paraná, Londrina, PR. Disponível em <www.priscilaeventos.com.br/images/tese_paulo.doc> Acesso em 02 set. 2010

VETTORATO, Gustavo. **O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4369>>. Acesso em junho de 2010.

VIOLA, Luís Armando. **O direito prestacional saúde e sua proteção constitucional.** Centro Universitário Fluminense – UNIFLU. Rio de Janeiro, 2006.

ZENI, Carine. **O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, agosto de 2007.