

MARIA DA GLÓRIA VIRGINIO BARBOSA

O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à saúde na ordem constitucional. A análise foi feita no contexto dos direitos fundamentais e direitos sociais, para adentrar no assunto do direito à saúde, elencado no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil. Analisa-se a aplicação do princípio da reserva do possível, questionado pela doutrina como pela jurisprudência, enquanto fator limitador da efetividade do direito público subjetivo à saúde. No que tange a forma metodológica foi realizada uma pesquisa exploratória, utilizado-se do método exegético de interpretação, procurando entender a problemática do direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Toda pesquisa foi realizada à luz da literatura revisada, visando determinar os pontos de congruência e de discordância de modo a possibilitar uma síntese que possa contribuir para o avanço do conhecimento nesta área de estudo. Com base no referencial bibliográfico, pode dizer que, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, o direito à saúde, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em o país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas. Portanto, a concretização dos direitos fundamentais, não deve ficar na dependência da reserva do possível, posto que o direito à saúde um direito fundamental que deve ser protegido e/ou resguardado, conforme assegura a Carta Magna. Assim, tem-se que a consagração dos direitos sociais na Constituição Federal, importa no dever de agir do Estado para sua efetivação, de sorte que, restará caracterizada omissão estatal ao ser constatado menoscabo dos direitos sociais.

Palavras-chave: Saúde, Direito, Serviço Público, Princípio da Reserva do Possível, Poderes.

ABSTRACT

This study aims to examine the constitutional right to health in order. The analysis was done in the context of fundamental and social rights , to enter the subject of the right to health , part listed in Article 196 of the Federal Constitution of Brazil . Analyzes the application of the principle of booking possible, questioned the doctrine and the jurisprudence , while limiting factor of the effectiveness of public health subjective . Regarding the methodological form an exploratory, used up the exegetical method of interpretation , trying to understand the issue of the right to health and the principle of reservation was made possible . All research was conducted in the light of the literature reviewed , to determine the points of congruence and discordance to enable a synthesis that may contribute to the advancement of knowledge in this area of study . Based on bibliographic references , you can tell that from the moment a principle stands a fundamental right such as the right to health , would be totally contrary to the constitutional provisions , which is banned in the country , with the fundamental rights guaranteed by entrenchment clauses . Therefore , the realization of fundamental rights should not be dependent booking possible, given that the right to health a fundamental right that must be protected and / or safeguarded as ensures the Magna Carta . So , has the recognition of social rights in the Federal Constitution , matters in the State duty to act for its effectiveness , so that will remain state characterized omission contempt of social rights to be seen .

Keywords : Health , Law , Public Service , the Principle of Possible Reserve Powers .

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar o direito à saúde, garantia assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem como a falta de efetividade desse direito fundamental, tendo em vista a falta de implementação de políticas públicas por parte dos entes federados.

O ordenamento jurídico brasileiro, através da referida Constituição, elencou várias garantias ao indivíduo. Inicialmente, em seu artigo 5º, a Carta constitucional menciona os direitos fundamentais, que compreendem as garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros. Dentre estes direitos destacam-se o direito à vida, pois este é a base para a existência dos demais direitos.

Igualmente, os direitos sociais foram incluídos na Constituição de 1988, como direitos fundamentais. Dentre estes, o direito à saúde, fato que representou um avanço na busca pela igualdade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, o direito à saúde, como direito social que possui a característica de exigir do Estado ação concentrada e efetiva para a promoção e a recuperação da saúde. Deve assim, o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde, posto que o direito à saúde, no Brasil é reconhecido como direito individual humano. Nota-se que sem saúde, os cidadãos não teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, ela é a garantia do bem maior que é a vida, ou seja, o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigacional do Estado.

No Brasil, o administrador público está vinculado às políticas estabelecidas na Constituição e nas normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional. É *mister* que o Estado promova os meios de acesso do cidadão aos bens e serviços deste, pois uma vez alienado ao Estado o direito de cada qual, espera-se que este utilize os recursos e poderes aludidos pela Constituição, necessários às suas garantias.

Com efeito, o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigação do Estado, determinada na repartição de competência dos entes federados. São obrigações positivas do poder político para

garantir existência digna do indivíduo, pois a Constituição Federal já consagrou fundamental à saúde.

Igualmente, 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 das carências no campo da saúde da população, ou seja, utilizar do argumento de que a implementação de políticas pública à saúde é matéria que afeta a discricionariedade do poder executivo.

A escolha do tema justifica-se pela preocupação com a ineficácia do direito fundamental à saúde, posto que a CF/88 delimitou a competência aos entes federados, a obrigação de instituir políticas públicas para que o referido direito seja materializado pelos cidadãos, conforme assegura o art. da CF/88.

Em termos metodológicos utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, no intuito de realizar análise do tema.

Para uma melhor compreensão do presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo aborda o surgimento dos direitos fundamentais, enfocando o direito ao serviço público de saúde, como garantia constitucional conferida aos cidadãos.

No segundo capítulo trata dos direitos fundamentais e a força vinculante da administração pública sobre a efetividade da norma do direito à saúde.

O terceiro capítulo analisa as políticas públicas de saúde e ativismo judicial frente à omissão do Estado em não cumprir a obrigação imposta pela Constituição Federal de 1988, o princípio da reserva do possível e o orçamento público.

Por fim, apresenta uma breve conclusão sobre o assunto, manifestando-se acerca do tema, embora de forma sucinta, uma vez que o tema do objeto do estudo é palpitante e de suma importância para a classe acadêmica, bem como a sociedade em geral.

2. O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS, MORMENTE O DIREITO AO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 atribui às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, aplicação imediata. Assim, o direito social fundamental à saúde, deve ser promovido pelos entes federados, independente de regulação. Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 350):

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, cabendo aos poderes públicos conferir eficácia máxima imediata a todo e qualquer preceito constitucional definido de direito e garantia fundamental.

Nesse sentido, quanto aos direitos sociais, José Afonso da Silva (2007, p. 130) manifesta-se no seguinte teor:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Jair Lima dos Santos (2010), menciona:

O debate sobre os direitos fundamentais prestacionais, surge no marco do Estado Social de Direito e dos novos paradigmas propostos pelos teóricos do Neoconstitucionalismo, que se fazem notar predominantemente a partir do século XX. Ocorreu principalmente depois das duas grandes guerras mundiais e da notoriedade do agravamento das questões sociais, como a fome, a miséria, a desigualdade social, a concentração de renda nas mãos de uma minoria de pessoas, com a conseqüente exclusão social da maioria da população em escala mundial.

Daniel Rosa Correia (2009) disserta que: “a Revolução Francesa que ocorreu em 1789, contribuiu para a formação de um Estado Constitucional de Direito, caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado, frente os administrados.”

Correia (idem) defende, ainda, que:

O Estado Liberal adotou a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu e inaugurou o reconhecimento de direitos fundamentais frente ao Estado. Após o esgotamento do modelo de Estado Liberal, que apenas se abstinha de praticar qualquer ato que os séculos XVIII e XIX. Surgiu a figura do Estado como grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais.

A propósito desse tema, já dissertou José Joaquim Gomes Canotilho (2006, p.80):

A positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem, e das Declarações de Direitos formulados pelo Estados Americanos, ao afirmarem sua independência em relação a Inglaterra. Origina-se, assim, as Constituições liberais dos Estados ocidentais dos séculos XVIII E XIX.

Com o surgimento do Estado Moderno Constitucional houve a necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, já consignou Robert Alexy (1999, p. 234):

A evolução dos direitos fundamentais, assim como a sua gênese, está diretamente ligada ao desenvolvimento do Estado Moderno. A trajetória dos direitos fundamentais tem como ponto comum o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Desta feita, a Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais ao *status* de direitos fundamentais, e tendo em vista a sua natureza prestacional, exige uma atuação efetiva do Estado na implementação de políticas públicas, com fins a efetividades do referido direito.

2.1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A partir da Constituição cidadã de 1988, o direito à saúde passou a ser normatizada como um direito fundamental, de forma a dar mais garantia de um dever do gestor público na efetivação do dever-ser constitucional. Tal direito, não é direito exercido contra o Estado, mas através do Estado, exigindo prestações materiais

positivas que demandam disponibilidade e planejamento orçamentário. Esse último, decorrente dos impostos fiscais, contribuído por todos os cidadãos que praticam o fator gerador dos tributos fiscais.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à saúde como um direito social. Já o art. 196, trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas que vise à redução dos riscos à doença.

Observa-se que o referido mandamento constitucional, cada vez mais esquecido pelo Estado, tendo em vista a falta de adoção de medidas que se mostrem eficazes para a efetivação do direito à saúde em todos os seus aspectos, ou seja, desde o simples tratamento ambulatorial até o fornecimento de medicamentos, equipamentos e tratamentos especializados.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2008).

Com efeito, é dever do Estado prestar assistência à saúde a toda coletividade, posto que o direito à saúde é constitucionalmente assegurado ao povo brasileiro como direito de todos e dever do Estado.

Por estar entre os direitos sociais, mas especificamente no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se configura como um direito indisponível, ou seja, é aquele em relação ao qual os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. Por isso, deve ser obrigatoriamente observada a sua prestação pelo próprio poder que o institui, o Poder Público.

Nesse sentido, já asseverou Humberto Ávila (2007, p. 146):

Portanto, os direitos fundamentais, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, torna-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

Sobre princípio, é importante destacar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.748):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dentro desse contexto, cumpre observar que é dever da Administração Pública garantir aos administrados a concretização de todos os direitos constitucionais existentes, principalmente os mais basilares, como é o direito à saúde.

Dessa forma, os entes federativos têm a obrigação de fornecer serviço relacionado à saúde a toda população, principalmente àquela que possui baixo poder aquisitivo, de forma a preservar o bem maior de todo ser humano que é a sua vida.

Nesse contexto, o poder executivo das três esferas têm a obrigação imposta pelo texto constitucional de implementar políticas públicas no sentido de dar concretude a norma constitucional, consoante se verifica do excerto extraído da obra de Robert Alexy (1999, p. 55/56) que a seguir se responde:

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Com efeito, foi a partir da CF/88, que o direito à saúde passou a ser uma obrigação do poder público, no poder dever de propor políticas públicas para materializar o comando normativo previsto no ordenamento constitucional.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira (2006, p. 230):

Políticas públicas referem-se a providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.

A razão de ser dessa complexa estrutura de atuação não poderia ser outra senão a ditada pela própria Constituição Federal: garantir a todos o direito à saúde. No

entanto, mesmo após todo o tempo decorrido da promulgação da nossa Lei Maior de 1988, a saúde padece de enfermidades profundas, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental não tenha a total efetivação conforme os ditames constitucionais.

A Constituição Federal de forma imperativa estabeleceu o dever que cada ente federado programe políticas públicas com finalidade de efetividade ao direito social saúde, pois são entes federados quem têm o dever constitucional de dar eficácia social as normas fundamentais. É um poder dever vinculado, e não discricionário, como argumenta os gestores públicos.

Segundo o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, o poder executivo tem o dever constitucional de conferir concretude às normas constitucionais, no sentido de fazer valer, com máxima efetividade, os preceitos assegurados pelo Poder Constituinte Originário aos cidadãos, conforme pode-se observar da ementa abaixo transcrita:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. ([AI 734.487-AgR](#), Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.) Vide: [RE 436.996-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006; [RE 271.286-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2000.

Destarte, para que haja a materialização do dever constitucional da administração pública em disponibilizar o serviço público de saúde aos administrados – efetivando o direito público subjetivo fundamental, promovendo a qualidade de vida dos governados.

Rogério Gesta Leal, (2009, p. 1525) ensina que “o direito à saúde se apresenta como direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por esta razão inviolável.”

Ao referir à saúde deve-se considerá-la a integralidade da pessoa humana, abrangendo a saúde física e mental, conforme o art. 3º da Lei nº 8.080/90. Schwartz (2001. p.152) conceitua o direito á saúde como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, e ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como

instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação à possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como sendo o [estado](#) de completo bem-estar físico, mental e social. Ou seja, o conceito de saúde transcende à ausência de doenças e afecções. Por outras palavras, a saúde pode ser definida como o nível de eficácia funcional e metabólica de um organismo a nível micro (celular) e macro (social).

Nessa linha de raciocínio, o serviço de assistência à saúde é público; deve ser garantido pelo Estado, cuja deficiência ou falta, que acarrete dano para o usuário, pode gerar para o Poder Público, a obrigação de indenizar.

Para atingir a finalidade dos direitos afirmados constitucionalmente, é necessário que o cumprimento da norma cogente por parte da Administração pública, que tem sua frente o poder executivo nas três esferas administrativas, pois segundo José Afonso da Silva (2008, p.332):

não basta que os direitos sociais sejam reconhecidos e declarados, é necessário que sejam garantidos. E a experiência constitucional brasileira comprova que a afirmação desses direitos nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade.

Assim como ocorre com a educação e a segurança pública, a saúde pública são serviços essenciais indispensável à vida digna dos cidadãos, conforme assegura o artigo 196 da CF/88, bem como o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De acordo com Rodrigo Conceição (2003):

A Lei Maior de 1988 conferiu a esse serviço público essencial, relevância e hierarquia em relação aos demais, cabendo ao Sistema Único de Saúde – SUS (artigo 198, *caput* da Constituição Federal, e artigo 4º da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências), a gestão e fiscalização dos recursos, a política e fiscalização dos serviços de saúde pública.

Igualmente, a Lei nº 8.080/90, reconhece em seu artigo 2º que "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício."

Em nível internacional tem a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que se assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta do seu artigo 25, *in verbis*:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuida do direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício, conforme artigo 12: "Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental."

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição do Brasil de 1988 disciplina:

Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios orientadores do Estado democrático de direito, pois é este que deve ser observado como parâmetro balizador de aplicabilidade de todas as normas jurídicas.

Sobre a dignidade da pessoa humana José Afonso da Silva (2008, p.220), descreve:

a dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental a República, à dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Nesse contexto, Germano André Doederlein Schwaetz define acerca da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana pode impor o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em mero objeto do acontecer estatal e, logo, com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana (SCHWARTZ, 2001).

Destarte, é evidente o liame entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, visto que a sua não efetividade implica em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Administração Pública não pode ser omissa em prestar as prestações materiais emanadas do texto constitucional.

Ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), consoante excerto abaixo transcrito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio norteador da aplicação dos direitos e garantias, ocupando papel fundamental para a garantia do Estado democrático de Direito.

Nesse diapasão, por ser fundamento da república, estabeleceu limites aos poderes constituinte, executivo e legislativo, bem como as atitudes da sociedade. Os direitos fundamentais só são possíveis de concretização quando respeitado o direito da dignidade.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p. 190) descreve a definição de princípio:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental 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 confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Destarte, a Administração Pública representada pelo Chefe do Executivo tem a obrigação determinada pelo ordenamento jurídico constitucional de programar políticas públicas no sentido de concretizar a regra fundamental constitucional que assegure aos administrados. Nesse sentido assevera Daniel Sarmiento (2004, p. 71):

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Para Maria Paula Dallari Bucci (1996, p. 230): “a vida é o bem primordial de qualquer pessoa, seu primeiro valor moral. Juntamente com a vida nasce a dignidade, e por este motivo é devido à invocação da mesma para proteger e garantir à saúde”.

Consoante Canotilho (1998 p. 78) descreve:

O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como centro da titularidade de direitos”. Entende-se assim que a saúde deve ser o Direito Fundamental, entre os fundamentais - Direito Humano Essencial, já que a saúde é a garantia da vida; sem a saúde o ser humano não se integraliza enquanto ser em dignidade.

Deste modo, entende-se que é de maior importância a efetividade do direito à saúde, visto pois, que as políticas públicas para a saúde são de uma utilidade fundamental à sociedade, tendo em vista que é garantidora do direito à vida.

Nesta senda, a saúde deve merecer proteção integral por parte do Estado, mediante assistência que garanta a efetividade daquele direito em todos os planos, sejam preventivos, de manutenção e de recuperação (cura).

Nesse contexto, José Cretella Júnior (1988, p. 4331):

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus

componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Sendo constitucionalmente garantido o direito à vida e à saúde do indivíduo, compete ao Estado o indeclinável dever de lhe proporcionar tais bens jurídicos indispensáveis a uma sobrevivência digna.

De acordo Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.112): “a vida é o bem primordial de qualquer pessoa, seu primeiro valor moral. Juntamente com a vida nasce a dignidade, e por este motivo é devido a invocação da mesma para proteger e garantir à saúde”.

Para José Afonso da Silva (2008, p. 146):

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

Nesse contexto, os tribunais vêm reconhecendo esse dever do Estado em dar atendimento à saúde de pessoas atingidas por doenças que ponham em risco sua saúde e a própria vida, conforme o excerto jurisprudencial abaixo transcrito.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE REMOÇÃO E INTERNAÇÃO EM UTI. Decisão monocrática da Relatora que negou seguimento ao recurso de Apelação do Réu, ora Agravante, mantendo a sentença que confirmou os efeitos da tutela anteriormente concedida, sendo julgado procedente o pedido autoral para condenar o Estado e o Município "a procederem à internação do autor em Hospital da Rede Pública Municipal ou Estadual que possua tratamento adequado à sua enfermidade, ou na ausência de vaga, seja mantida a sua internação no Hospital particular MEMORIAL". Réu que reitera os argumentos tecidos anteriormente, no sentido de que não há incidência da ordem de custeio, ressaltando que o Autor não havia sequer tentado obter a vaga na rede pública antes de se dirigir ao hospital particular e que ele possui plano de saúde da rede Memorial. Enfatiza que a tutela antecipada foi atendida o mais rápido possível e que é ilegal a internação em unidade privada de saúde, porque o custeio de internações sem clínicas particulares pelo ente estatal mostra-se totalmente desarrazoado. Por fim, alega que há previsão em lei específica da participação complementar da iniciativa privada quando a rede pública de saúde for insuficiente, pois os valores de reembolso do parceiro privado são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e aprovados no Conselho Nacional de Saúde. RECURSO DE AGRAVO INTERNO. (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil). Manutenção da decisão monocrática, eis que restou incontroverso que o Autor é portador de grave enfermidade e que, no momento da antecipação da tutela, encontrava-se em estado grave, correndo risco de morte, necessitando de internação em CTI. Assim, foi deferida a

antecipação dos efeitos da tutela, confirma sentença e na decisão monocrática para promover a remoção e internação do Autor em CTI de hospital da rede pública e, caso inexista vaga na rede pública, custear a internação, os medicamentos e tratamentos necessários no CTI do Hospital Memorial, garantindo -se a imediata eficácia do direito à vida, protegido constitucionalmente.

DESPROVIMENTO DO RECURSO. 023307796.2009.8.19.0001-APELACAO -2ª Ementa DES. LEILA ALBUQUERQUE -Julgamento: 29/03/2011 -DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRURGICO NO JOELHO DE CIDADÃO ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PREENCHIDOS. URGÊNCIA EVIDENCIADA. DEVER DO PODER PÚBLICO. RECURSO EM MANIFESTO CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTIGO 557 DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO. 1. É dever do Poder Público, compreendidos nessa concepção todos os entes administrativos, assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sob pena de deixar o mandamento constitucional direito à saúde no limbo da normatividade abstrata.Relatora Desª.MARIA DAS NEVES DE A. D. FERREIRA.Órgão Julgador: Tribunal Pleno.Data do Julgamento:30/11/2012.Processo nº 07520120025079001.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SAÚDE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. REJEIÇÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS E PORTADORA DE DOENÇA CRÔNICA GRAVE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. SUPREMACIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. SEGUIMENTO NEGADO DO RECURSO A TEOR DO ART. 557 DO CPC. A responsabilidade quanto ao fornecimento de medicamentos aos menos favorecidos é solidária da União, Estados-Membros e Municípios, podendo figurar no pólo passivo da lide qualquer deles. Comprovando-se a indispensabilidade do uso de determinados medicamentos, para o controle e abrandamento da enfermidade grave de que é portador o agravado, é de se manter decisão que determinou o fornecimento desses medicamentos pelo Estado. A inexistência de prévia e específica dotação orçamentária não exime o Estado de adimplir a obrigação constitucional de proteção à saúde e à vida do cidadão. Relatora Desª.MARIA DAS NEVES DE A. D. FERREIRA.Órgão Julgador: Tribunal Pleno.Data do Julgamento:20/02/2009.Processo nº20020080416536001.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 130), o direito à saúde como um direito fundamental e indissociável à vida, consoante excerto doutrinário abaixo transcrito:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, representando, assim, não apenas parte da Constituição Federal formal, mas também o elemento nuclear da Constituição material.Estando entre os principais componentes da vida, a saúde é pressuposto indispensável e indisponível para sua existência, bem como elemento fundamental para a qualidade de vida. Assim, não há que se pensar

em uma vida com qualidade, sem que esteja presente o elemento saúde e por este motivo é indispensável que o Poder Público dispense seus esforços a fim de promover políticas públicas direcionadas e efetivas à saúde da população.

Motivo pelo qual a Constituição atual outorgou ao indivíduo direitos a prestações positivas que podem ser exigidas do Estado, o qual tem o poder e o dever de sistematizar a forma como devem ser observados os princípios a fim de garantir os direitos.

Ainda, sobre o direito à saúde, é importante transcrever os ensinamentos de Sarlet e Figueredo (2008, p.265):

O direito à saúde pode ser incluído na classificação dos direitos fundamentais em dois pontos: direito de defesa e direito de prestação. Quanto ao direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito a proteção da saúde, ou seja, disponibilização de políticas com o fim principal de garantia e manutenção da saúde. Em relação ao direito de prestação, este consiste na realização de atividades a fim de assegurarem a fruição do direito, incluindo nessas o fornecimento de materiais e serviços, como atendimento médico e hospitalar especializado, entrega de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, bem como a prestação de tratamento médico, ao titular do direito fundamental.

Sendo assim, faz necessário que os entes federados responsáveis por efetivarem os comandos constitucionais sobre os direitos fundamentais e sociais, através de políticas que priorizem as necessidades estabelecidas na Constituição como fundamentais, mormente o direito à saúde, para que seja assegurado o bem-estar e a justiça, como forma de dar efetividade aos objetivos fundamentais estipulados na Carta Magna.

2.3 DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de prerrogativas constitucionais que, com o *status* de direitos e garantias fundamentais, tendo por fim assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, pautado na concepção de cidadania.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p.136), a eficácia jurídica da norma, está diretamente associada com a fundamentalidade social desta. Assim:

O primeiro critério que orienta a identificação das modalidades de eficácia jurídica aos enunciados normativos diz respeito ao que se pode denominar de

fundamentalidade social da circunstância por ele regulada, que nada mais é que seu grau de importância ou relevância social. Esse é o parâmetro lógico que orienta a política legislativa de modo geral. Quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pelo dispositivo e, conseqüentemente, os efeitos que ele pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia jurídica associada [...].

Pode-se dizer que é através da materialização do direito à saúde, que o Estado respeita a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Na pertinente especificidade que dá ao direito à saúde, Ingo Sarlet (2008, p.1530):

Sustenta que a Constituição Federal impõe ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para a população, tornando, para, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde.

No entanto, percebe-se uma prática comum dos entes federados, ao utilizar de argumentos infundados para justificarem a não implementação de políticas públicas de saúde - alegando a falta de previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos financeiros e materiais, pois são essas entidades federativas, que a ordem constitucional vigente determinou a responsabilidade, conforme o art. 23, da CF/88.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (1996, p.326) sobre o conceito de efetividade dos direitos e garantias fundamentais. “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e ser da realidade social”.

Desta forma, a valorização do ser humano escudada pelos Direitos e Garantias Fundamentais, não pode encontrar óbices que impeçam ou dificultem o acesso aos serviços públicos, mormente aqueles ligados à vida e a integridade física da pessoa, bem como não podem depender da viabilidade orçamentária, pois é dever do Estado garantir a existência digna de todos. Essas garantias são reconhecidas como núcleo essencial aos direitos do homem. Por sua transcendental importância no contexto de um Estado de Direito.

Nesse contexto, Fábio Konder Comparato (2005, p.149) assevera que:

Os direitos sociais foram alçados a categoria jurídica concretizadora dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e pobres.

Como defende Norberto Bobbio (2004,p 24-25), sobre a dificuldade de efetividade dos direitos do homem, conforme descrito abaixo:

O principal desafio relativo aos direitos do homem encontra-se no campo de sua eficácia: O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Sobre esse tema, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme excerto abaixo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular -e implementar –políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. 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 e promessa institucional inconseqüente, 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 de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado” (RE 267.612 –RS , DJU 23/08/2000, Rel. min. Celso de Mello).

Desta forma, é preciso superar a argumentação de que os direitos fundamentais não são efetivados simplesmente porque o Brasil não possui recursos materiais e financeiros que condicionem a atuação do Estado. A positivação de direitos e garantias fundamentais, exige que a Administração Pública atue de forma efetiva com os anseios da sociedade, posto que a constituição cidadã dar o necessário relevo às políticas fundamentais à vida humana.

A efetivação do direito à saúde, exige a implementação de políticas públicas pelo Executivo, entendidas como ações governamentais voltadas ao atendimento do interesse público, posto que o texto constitucional possua o atributo de imperatividade, o que dá ensejo a atuação dos entes federados na promoção do direito fundamental à saúde.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FORÇA VINCULANTE SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil versa a respeito "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e ao longo de todo o texto constitucional são encontrados diversos dispositivos que asseguram a proteção dos direitos essenciais a toda pessoa humana, mesmo abrangendo um amplo e diferenciado rol de direitos como os sociais e os políticos, os individuais e os coletivos, de liberdade e de igualdade.

Em virtude dos direitos sociais ocuparem uma posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico e, assim, devem ser interpretados e aplicados como normas vinculativas pelo Estado, principalmente através do Poder Executivo, vez que compreendem todo um rol de garantias de natureza público-subjetiva, contidos ao longo do texto constitucional, com vistas a limitar o exercício do poder estatal.

Nesse diapasão, é dever de Administração Pública garantir aos cidadãos a concretização dos direitos fundamentais sociais expressos na Carta Política, sobretudo o direito à saúde, de forma a preservar o direito à vida, posto se tratar de um direito público subjetivo dos cidadãos.

A Carta Magna positivou um direito que pela própria natureza humana, já é inato ao ser humana. José Gomes Canotilho (2006, p.377) compreendem os direitos fundamentais como os direitos jurídicos positivados numa ordem constitucional, uma vez que:

[...] o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).

Com efeito, os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados a todos os cidadãos pela Constituição Federal, por ser norma de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, para possibilite a implementação do bem-estar e justiça social.

Nesse aspecto, Antonio E. Pérez Luño, citado por Roberto Alexy (1999, p. 20) ressalta a importância dos direitos fundamentais:

[...] os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará no respeito e na promoção da pessoa humana; em sua estrita dimensão individual (Estado liberal de Direito), ou conjugando esta com a exigência da solidariedade, como corolário do componente social e coletivo da vida humana (Estado social de Direito).

Com base nesse entendimento, pode-se dizer que foi com o Estado democrático de Direito que os cidadãos passaram a ter o direito de exigir do Estado administração a eficácia da norma fundamental insculpida no texto constitucional.

Sobre os direitos fundamentais cabe, ainda, a citação da definição de função administrativa realizada por Marçal Justen Filho (2005, p.37), desenvolvida à luz da constitucionalização do Direito Administrativo, nos seguintes termos:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.

É obrigação do Estado implementar políticas públicas, com a finalidade de efetivar o direitos sociais, sobretudo o direito à saúde. O cidadão pode exigir do Estado administração a eficácia da norma fundamental insculpida no texto constitucional, posto que à luz das diretrizes do constitucionalismo moderno, a atuação administrativa encontra-se plenamente vinculada à satisfação dos direitos fundamentais.

3.1 SAÚDE E SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

A atual Constituição da República promulgada em 1988, sensível às mudanças do mundo globalizado, municiou toda e qualquer pessoa com instrumentos necessários para que se assegure, plenamente, o exercício da cidadania.

Com o advento da globalização, há que se custodiar o interesse privado do ser humano que necessita ter a sua disposição as proteções necessárias para desfrutar dos serviços públicos essenciais que asseguram dignidade da manutenção da vida humana.

Assim sendo, a valorização do ser humano escudada pelos Direitos e Garantias Fundamentais, não pode encontrar óbices que impeçam ou dificultem o acesso aos serviços públicos, mormente o direito à saúde, essencial à vida e ao desenvolvimento do cidadão.

Para Marçal Justen Filho (2005, p.1289) considera que serviço público é:

Atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.

Tendo em vista que a função básica do tributo é garantir recursos financeiros para o funcionamento do Estado, mormente o direito à saúde. É a chamada função fiscal do tributo. Nesse contexto, sobre a função dos tributos e o serviço público de saúde, já dissertou Ely Lopes Meirelles (2007, p. 330):

Não tem sentido lógico e jurídico o Estado arrecadar tributos e não fornecer a contrapartida social, representada por serviços públicos em padrão adequado, descumprindo a sua obrigação na relação jurídica com o povo. Parece óbvia demais esta conclusão, mas a realidade demonstra que o Estado não presta adequadamente os serviços públicos, bastando uma rápida visualização dos problemas e deficiência dos serviços de saúde, educação, justiça e segurança pública. O serviço público de saúde, no Brasil, é realizado através do Sistema Único de Saúde.

Com efeito, os tributos arrecadados pelo Estado devem ser revertidos em serviços sociais, tais como o serviço de saúde, posto se tratar de um serviço indispensável à qualidade de vida dos cidadãos que arca com suas obrigações tributárias.

Por tais considerações não se pode aceitar a alegação de inexistência de orçamento suficiente como justificativa para a não implementação dos direitos

fundamentais sociais, significa afirmar que o custo impede a concretização do texto constitucional.

É indispensável que os entes federativos estabeleçam políticas públicas com a finalidade de dar efetividade aos comandos incertos no texto constitucional, mormente o direito social à saúde. Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos.

Nesse sentido, para Régis Fernandes de Oliveira (2006, p.191) políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Oliveira (idem) ainda ressalta que:

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada, visto que a omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.

Como assinalou Ana Paula Barcellos (2002, p.190), “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 196, a norma imperativa que obriga aos entes federados, a obrigação de cumprir o direito fundamental social assegurado aos cidadãos.

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

Com efeito, a Constituição atual determinou expressamente que o Estado, mediante políticas públicas, garante aos administrados um serviço essencial à saúde, pois é essencial a uma sadia qualidade de vida, e respeito a dignidade da pessoa humana, princípio democrático que fundamentou na Constituição Democrática.

A Lei nº 8.080/90, também disciplinou o direito à saúde, conforme dispositivo descrito, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
§ 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Assim, percebe-se que explicitação constitucional e infraconstitucional, de uma série de direitos, tendo entre os quais se destaca os direitos sociais, dentre estes, o direito à saúde, é certamente uma das características mais marcantes. Passa-se a ser um dever e não uma faculdade do Estado, em propor políticas públicas para efetivar o direito fundamental à saúde.

Ao ser positivado o direito fundamental na Constituição Federal existe pouca margem de discricionariedade para o administrador não formular e implementar as políticas públicas necessárias para a sua concretização, ou seja, a atuação estatal em relação à concretização de um direito fundamental não pode ocorrer de modo a comprometer a sua eficácia, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade.

Nesse contexto, a Constituição Federal atribuiu à saúde, um direito público subjetivo, pois é através dele que a pessoa pode exercitar uma série de outros direitos positivados no diploma constitucional. Nesse sentido, leciona Lenir Santos (2010, p. 48/49), ao preceituar a respeito deste tema:

Ainda que a saúde jamais poderá deixar de ser considerada um direito por sua ínsita vinculação à vida e à dignidade – ela foi reconhecida, especificamente, na Constituição como direito público subjetivo. A saúde vincula-se geneticamente ao direito à vida, e tem no nosso ordenamento jurídico, um sistema que dela se ocupa, o SUS, e atribuições definidas em lei e na Constituição.

Dessa forma, o direito à saúde assegurado constitucionalmente, tem natureza jurídica de direito público subjetivo, que deve ser assegurado a todos os cidadãos. O art. 200, da CF/88 menciona que: “Na saúde os direitos a serviços para a promoção, prevenção e recuperação devem observar as atribuições conferidas ao SUS”.

Assim, percebe-se que 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.

Dessa forma, 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. Consoante se depreende do entendimento do Lenir Santos (2010, p.37) já pronunciou-se sobre o direito à saúde, observando o seguinte:

Os contornos jurídicos do direito à saúde devem existir tanto no tocante às condições que evitem doenças (qualidade de vida) quanto na definição do padrão de integridade em relação aos serviços de saúde (que serviços de saúde o estado garantirá).

Assim, verifica-se com clareza, que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito a vida, motivo pelo qual o Estado não deve ser omissor com a sua efetividade do comando constitucional.

Logo, o direito à saúde e sua não concretização em grandes áreas, gera crise entre a maior parte da população, que se vê desprovida de condições mínimas de existência digna, é um retrato do abismo existente entre a previsão constitucional e a realidade. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial a propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Entende-se por serviço público, como um conjunto de atividades e serviços ligados à Administração estatal através de agentes e representantes, sempre visando promover o bem-estar à disposição da população.

Com efeito, os serviços públicos essenciais estão diretamente ligados às necessidades básicas da coletividade. Acerca do conceito de serviço público Justen Filho (2005, p.475) define-o como “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidade, individual, transindividual, material, destinada a pessoas indeterminadas e executadas sob o regime de direito público”.

Nesse contexto é oportuno consignar, ainda, o ensinamento de Marlon Alberto Weichert (2005, p. 134) que conceitua o serviço de relevância:

O serviço de relevância pública deve respeito aos direitos constitucionais justamente por ter como objetivo satisfazer as pretensões sociais dos cidadãos. Assim, há direta conexão entre a adequada prestação dos serviços de relevância pública e o respeito aos direitos sociais ou, sob outro prisma, há interesse social no devido fornecimento dos serviços de relevância pública.

Destarte, os serviços de relevância pública, como o serviço de saúde, devem ser efetivados através de políticas públicas com o fim de efetivá-los, conforme determina o texto constitucional, pois é dever do Estado promover os meios de acesso ao cidadão aos bens e serviços deste.

Ainda, no que tange aos direitos sociais, sobretudo ao direito à saúde, o poder público não pode se mostrar omissivo diante de uma obrigação constitucional, posto que a prestação do serviço público de assistência à saúde é função típica do Estado, custeada pela arrecadação dos tributos gerais.

Nota-se que, o poder público não deve descumprir um poder dever constitucionalmente atribuído, que é dar efetividade ao direito à saúde, pois se trata de um direito público subjetivo dos cidadãos. José Afonso da Silva (2008, p. 280), disserta acerca do direito à saúde:

[...] todo homem que for dotado de vida é indivíduo, por isso a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros Direitos Fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. Deste modo entende-se que o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigacional do Estado.

Essa posição aponta para a possibilidade de compelir o Estado, na via judicial, a efetivar no caso concreto os direitos sociais que, embora assegurados pela Constituição Federal, estejam, na prática, sendo sonegados aos administrados.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, conforme excerto abaixo transcrito:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição (...) 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 (...) 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. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República ([arts. 5º, caput](#), e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." ([RE 271.286-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: [STA 175-AgR](#), Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, *DJE* de 30-4-2010; [RE 393.175-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-2006, Segunda Turma, *DJ* de 2-2-2007. Essa possibilidade franqueada ao poder judiciário, é bom que se diga, em nada enfraquece o princípio da separação dos poderes.

Sendo assim, não se pode admitir a utilização de um princípio que vai totalmente contra a dignidade da pessoa humana, sem deixar de levar em consideração o mínimo existencial, que garante ao cidadão o direito a saúde, que é um bem imprescindível, pois deve ser materializado independentemente de questões orçamentárias.

Dessa forma, é imprescindível a atuação do Poder Judiciário no que tange a implementação do direito à saúde quando houver omissão do Estado e materializar tal direito fundamental, visto que é o poder judiciário que pode após a provocação da parte interessada, tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito, decorrente de falta de política pública.

Logo, o Poder Judiciário quando provocado, deve atuar em tutelando os direitos e garantias fundamentais dos administrados, para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais.

A questão relativa ao combate de omissões administrativas que vulneram os direitos fundamentais sociais permite que o poder judiciário controle a vontade da administração pública quando houver omissão estatal, e por consequência, violação de norma fundamental, bem como princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana.

Diante destas considerações, afigura-se ser possível, juridicamente, a emissão de uma ordem judicial, obrigando o Poder Público a oferecer a prestação de um serviço público para além das suas capacidades materiais.

Acerca da judicialidade dos direitos sociais Andrea. J. Krell (2002, p.333) estabelece críticas à transposição do conceito de reserva do possível da dogmática germânica para a realidade brasileira:

A autora infere que se os constitucionalistas alemães fossem inseridos na situação sócio-econômica brasileira, não marcada pela exclusão social e pela falta de condições mínimas de uma exigência digna para boa parte da população, suas concepções não seriam as mesmas e eles passariam, inclusive, a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário.

Assim é possível compreender que, o argumento de que a implementação de políticas públicas é matéria afeta a discricionariedade e conveniência do executivo e do legislativo, não deve ser aceito, sob pena de violar direito público subjetivo assegurado aos cidadãos.

Na concepção de Gustavo Binenbojm (2006, p. 260):

é necessária a atuação de um judiciário que tenha a função de resguardar, ao mesmo tempo, a realização de um processo democrático livre e a concretização dos direitos fundamentais, repita-se, não se visualizando conflito insuperável entre democracia e direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito só alcança a função quando as normas fundamentais expressa no texto constitucional, sair da formalidade e serem materializadas, posto que a Carta Magna é uma norma fundamental do Estado e da vida jurídica do Brasil, bem como regula o exercício do poder e ao reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos.

Nesse contexto, Dirley da Cunha Júnior (2008 ,p. 210) afirma:

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. E ainda: “Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade.

Cunha Junior (idem) afirma, ainda, que subordinar esses direitos aos condicionantes econômicos significa, salvo melhor juízo, negar força normativa da Constituição. A saúde é direito público subjetivo, portanto, podendo ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados, quando falhe o Poder Público, que não pode agir discricionariamente no atendimento a esse dever assistencial.

O dispositivo do artigo 196 da Constituição Federal, repisado no artigo 2º da Lei nº 8.080/90, apresenta-se de pronto "judicializável", eis que seu descumprimento pode ser objeto de ação assecuratória de cumprimento do direito fundamental eventualmente posto em xeque pela omissão dos órgãos encarregados de sua execução.

Todas as garantias individuais concernentes aos direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor.

Miguel Reale (1995, p.13) menciona que:

O direito autêntico "não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Logo, percebe-se que os direitos sociais, mormente o direito a saúde, devem ser cumpridos pelos órgãos do Poder Público, dando eficácia aos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

3.3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO PÚBLICO

O princípio da reserva do possível deve sim ser utilizado, mas não quando se esta em pauta a vida humana, sendo a saúde a base para que se garanta a vida. Ademais, é oportuno ressaltar o princípio do mínimo existencial, o qual garante bens e utilidades imprescindíveis para a vida humana, ou seja, é um meio de garantia da dignidade da pessoa humana, independente de custo.

Referido princípio, não pode ser utilizada como forma de relativizar a aplicação de políticas públicas de saúde, até mesmo porque, a vida humana, não pode deixar de ser levada em consideração por motivos financeiros, tendo em vista que, ha meios suficientes para a concretização desses direitos.

Nesse contexto, faz-se necessário forçar os Poderes Executivos e Legislativos a se precaverem e se adaptarem a esta nova realidade, contribuindo, principalmente para o combate a corrupção e maior moralidade e responsabilidade na atuação administrativa em programas de saúde.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado aplica grandes quantidades de dinheiro em turismo, campanhas políticas dentre outros meios supérfluos, há sim a possibilidade garantir em primeiro lugar as políticas públicas de saúde ao invés de fazerem uso do principio da reserva do possível, até mesmo porque sem saúde, os cidadãos não teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, ela é a garantia do bem maior que é a vida.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais não deve ficar na dependência a reserva do possível, torna-se *mister* ressaltar que existe um direito fundamental que deve ser resguardado e/ou protegido, posto que a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, a vida humana, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de clausulas pétreas.

Andréas Joachim Krell (2002, p.22) afirma que:

A revisão do princípio da separação dos poderes, com o conseqüente incremento da atividade jurisdicional, é de fundamental importância para a correção do atual déficit de concretização constitucional, “visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Com base na citação acima, constata-se que o Poder Judiciário deve ordenar que o Poder Executivo cumpra suas obrigações constitucionais devendo, até

mesmo, retirar verbas de outros setores secundários, se necessário, para concretizar a satisfação destes direitos.

Nesse diapasão, leciona José Gomes Canotilho (2006, p.220) sobre a intervenção do poder judiciário na concretude da constituição, consoante excerto abaixo transcrito:

O Judiciário deve esforçar-se por compreender que a norma está sempre ligada ao problema concreto. Assim, apesar dos formalismos jurídicos, há que se captar as dimensões fundamentais do problema, até porque algumas dessas dimensões radicam na consciência profunda da comunidade. A minha posição é, portanto, que os juízes não são órgãos de transformação social, mas, em alguns casos, eles apontam um caminho importante de concretização da constituição.

A Administração Pública tem o dever constitucional de implementar os direitos sócias, sujeito de direitos que devem ser preservados pelo Estado, principalmente com relação aos direitos humanos, tutelando o direito à saúde. Assim, preocupou-se o constituinte, com a promoção dos diretos fundamentais e da justiça social no país. Consoante se verifica da obra de Guerra (2006, p.13):

Que se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

Observa-se assim, que não é lícito o poder público alegar a falta de verba orçamentária na eficácia dos direitos sociais. Em verdade, o que não se pode é negar estes direitos, pois ocasionará a transgressão de normas e princípios constitucionais, de aplicação imediata e formadoras de todo o arcabouço jurídico.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 349-395) menciona que:

Os obstáculos que usualmente se erguem contra essa imediata aplicabilidade é que, segundo pensamos, não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independente da vontade do legislador ordinário. Esclarecemos, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país.

A comprovação do ônus da falta de recursos para a satisfação de um direito precisa ser apresentada pelo Estado, pois em muitos casos que envolvem a satisfação Direitos Fundamentais, estes estão dispostos na Constituição como direitos de aplicação imediata. Todavia, ainda existiria violação da Constituição Federal, pois esta ordena que tais direitos tenham aplicação imediata, não podendo o Estado deixar de cumprir até mesmo em situações em que não houver, verdadeiramente, verbas públicas.

A esse respeito, Celso de Mello, conforme o excerto abaixo:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno. (BRASIL, 1996).

Ademais, embora se saiba que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos financeiros limitados, precisa-se buscar a efetividade dos direitos fundamentais, pois embora isso seja utópico, as consequências da aplicação da reserva do possível compreendem um atentado às prerrogativas e valores constitucionais, bem como a vida humana passaria a ser desvalorizada.

A concretização dos direitos fundamentais, não deve ficar na dependência de da reserva do possível, sob pena de violação de direitos individuais dos administrados, ou seja, o déficit no orçamento público, não deve ser motivo suficiente, para obstacular a efetividade dos direitos sociais, mormente o direito à saúde.

Destarte, a partir do momento que um princípio se sobressai a um direito fundamental como, por exemplo, a vida humana, estaria contrariando totalmente as normas constitucionais, o que em nosso país é proibido, estando os direitos fundamentais garantidos por meio de cláusulas pétreas.

Embora haja esta dependência da concretização dos Direitos Fundamentais na relação com a reserva do possível, torna-se *mister* ressaltar que existe um direito fundamental que deve ser resguardado e/ou protegido.

Todavia, ainda, existiria violação da Constituição Federal, pois esta ordena que tais direitos tenham aplicação imediata, não podendo o Estado deixar de cumprir até mesmo em situações em que não houver, verdadeiramente, verbas públicas.

Segundo Lenir Santos, João Agnaldo Donizeti Gandin, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza (2010, p.2) sobre a judicialização do direito à saúde:

A necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais. Trata-se de pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores.

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Embora o legislador ordinário tenha feito previsão dos referidos proibições não impede o juiz de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana

A partir do momento que um princípio se sobressai a um outro direito fundamental, por exemplo à vida humana, está contrariando as normas constitucionais, o que em o país é proibido. Consoante leciona Humberto Dantas (2006, p. 152), dissertou sobre o princípio da reserva do possível e orçamento público: “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal”.

Nessa linha de pensamento, a disponibilidade orçamentária não deve ser alegada pelo gestor público, com fins a impedir a efetividade do direito à saúde. Gustavo Amaral (2002, p.145) expõe em sua obra sobre a má aplicação dos recursos públicos: "Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação".

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236) menciona que:

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

Para Gisela Bester (2004, p. 137-138): Se a Constituição diz ser direito de todos um dado direito social, o Estado há de virar-se para prever tal rubrica no orçamento, conforme as competências federal, estadual e municipal, eis que isto é um mandamento, uma ordem, que deve ser providenciada.

Destarte, entrando em conflito o dogma da separação de poderes e o direito fundamental de proteção à vida, considerando as regras especiais de interpretação do texto constitucional, forçoso considerar que há valores que se sobrepõem a outros. Dessa forma, fica patente que o bem jurídico de maior relevância a ser tutelado é a vida, que está assegurado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que a pesquisa realizada demonstra que os direitos fundamentais sociais, mormente o direito à saúde, é um direito subjetivo assegurado pela atual Carta Magna, o qual determina que o administrador público está vinculado às políticas públicas estabelecidas nestas.

Quando não implementadas as políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão, dar concretude à norma, ou seja, reconhecendo judicialmente a eficácia do direito à saúde, pois representa prerrogativa jurídica indisponível aos administrados.

Com efeito, o mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão a partir de políticas públicas definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito; caso não aconteça ter-se-á a ineficácia absoluta dos direitos fundamentais. O mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social

Não se pode aceitar o argumento de que a implementação de políticas públicas seja matéria afeta a discricionariedade do poder executivo, sob pena de violar o direito subjetivo dos cidadãos, pois é dever do Estado garantir a todos os cidadãos, que necessitam da prestação de serviços, o fornecimento de medicamentos, pois a assistência à saúde e a proteção à vida são componentes comuns dos entes federados.

Quando o Estado não cumprir o seu dever constitucional, a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos se faz necessária para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas, tendo em vista que o mesmo está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional.

Com efeito, se a norma constitucional não é cumprida, surge o dever dos entes federados ressarcir o cidadão lesado em virtude da ausência ou da falha no serviço de saúde, através reparação do dano ou de seu ressarcimento, mediante *quantum indenizatório*, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência nacional. Portanto, ficando demonstrado o dano decorrente de ineficiência do serviço de saúde

pública, seja por ausência ou por falha, caracterizada a responsabilidade do Estado e, assim, o dever de indenizar.

Conseqüentemente, o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida humana, derivando uma prestação e/ou obrigação do Estado, determinada na repartição de competência dos entes federados, consubstanciado na ordem constitucional vigente.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, p. 58. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BESTER, Giselia Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2004, v. 1.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n.4, p. 09-53, jul./set.2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. CF/88. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 13, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 4a. edição, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

CONCEIÇÃO, Rodrigo. Dos direitos e garantias fundamentais e a continuidade do serviço público essencial. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 146, 29 nov. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4520>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

CORREIA, Daniel Rosa. A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial. 2009. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1267643746.PDF>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos da pessoa. São Paulo, Brasiliense, 2ª ed., 1982.

DANTAS, Humberto. Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível? São Paulo: Paulus, 2006.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos. Legitimação dos direitos humanos**. 1ªed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8355>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andeas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEÇA, Laíse Nunes Mariz. Responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação dos serviços de saúde. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11016>. Acesso em: 15 set. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 13ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2003

MOREIRA, Márcia Maria. O controle interno como paradigma da administração pública gerencial . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 890, 10 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7569>>. Acesso em: 15 set. 2013.

OEA. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/index.html>>. Acesso em 20 jan.2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 20 jan.2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção jurídica contra omissão legal**, 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 22ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.

RIO DE JANEIRO. Íntegra do Acórdão. Data de Julgamento: 10/11/2010. Decisão Monocrática: 07/06/2011. 0001260-15.2004.8.19.0052- APELACAO -1ª Ementa DES. JOSE GERALDO ANTONIO Julgamento: 10/11/2010 -SETIMA CAMARA CIVEL .Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

SANTA CATARINA. TJ-SC - AC: 20130498920 SC 2013.049892-0 (Acórdão), Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 04/11/2013, Terceira Câmara de Direito Público Julgado).

_____. [TJ-SC - Apelação Cível: AC 20120818796 SC 2012.081879-6 \(Acórdão\)](#). Relator: Des. Jaime Ramos.

_____. TJSC, Ag. de Inst., n. 97.000511-3, Rel. Des. Relator: Des. Sérgio Paladino, julg. 18/09/1997, g. n.) .

SANTOS, Jair Lima dos. Direitos fundamentais prestacionais. Nota sobre o controle judicial de políticas públicas em saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 15, n. 2449, 16 mar. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14488>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

SANTOS, Lenir ET all. **Direito da saúde no Brasil**/André Evangelista de Souza...[et al.]; Organizadora:Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**; 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 03 mar. 2014.

SARMENTO. Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTS, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Livraria do Advogado Ed.: Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STF. [AI 734.487-AgR](#), Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.

_____. [RE 393.175-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-2006, Segunda Turma, *DJ* de 2-2-2007.

STJ. RE 2004/0112790-9. Relator(A) Ministro Luiz Fux (1122). Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Data Do Julgamento 16/06/2005. Data Da Publicação/Fonte DJ 01.07.2005 P. 414. LEXSTJ Vol. 192 P. 177.

TRF5. REO89315020114058400. Relator(a)Relator(a): Desembargador Federal: Manoel Erhardt. Julgamento: 29/08/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação05/09/2013.TRF-5.

WEICHERT, Marlon Alberto. **A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 531.