



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
DIRETORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

CLARISSA DE QUEIROZ TORRES

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

NATAL
2014

CLARISSA DE QUEIROZ TORRES

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN - como requisito obrigatório para obtenção do título de Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos.

ORIENTADOR: Professor Doutor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão.

NATAL

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Torres, Clarissa de Queiroz.

A efetivação do direito à saúde frente à reserva do possível. / Clarissa de Queiroz Torres. – Natal, RN, 2014.

49 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão.

Monografia (especialização). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
Especialização em direitos difusos e coletivos

1. Direito à saúde - Monografia. 2. Reserva do possível. 3. Ministério público. I. Leão, Paulo Roberto Dantas de Souza. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 340

CLARISSA DE QUEIROZ TORRES

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN - como requisito obrigatório para obtenção do título de Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Orientador
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte - MPRN
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Professora Valéria Maria Lacerda Rocha
1º Examinador
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Professor Carlos Sérgio Gurgel da Silva
2º Examinador
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo Pai amoroso, cheio de compaixão, por me guiar, iluminar, proteger e prover de todas as coisas, a quem glorifico por mais este momento especial em minha vida.

Aos meus avós, Terezinha (*in memoriam*) e Nelson Queiroz, pelo amor incondicional, pelo apoio, pelo exemplo e por todos os ensinamentos, especialmente por me mostrar que somente o saber pode transformar e dignificar a vida do ser humano.

Ao meu marido Fernando Barbalho e à minha filha Maria Luiza, luz que Deus enviou para iluminar meu caminhar, pela força e pela paciência, principalmente pela compreensão.

Aos amigos que essa especialização me trouxe, por cada discussão e cada novo aprendizado, por todas as oportunidades. Especialmente às queridas Luciana Macêdo, Bruna Matoso, Thaise Bandeira e Maria José Soares, pela ajuda nos desesperos diários e pelo carinho.

Ao professor Paulo Roberto Dantas de Souza Leão, orientador do presente trabalho, por todas as dicas, conselhos e por ter acreditado no sucesso desta pesquisa.

Por fim, ao curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, ao Professor Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior e toda a coordenação do curso que organizam e propiciam a sua continuidade e atualização.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia
encontrares o Direito em conflito com a
Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Juan Couture

RESUMO

Este trabalho tem por escopo discorrer sobre o direito à saúde, como um dever do Estado, em face à Constituição Federal. Adentra no cotejo do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida. Em seguida, se aborda o princípio da reserva do possível, associado às questões atinentes à biótica, no que se refere à escassez de recursos na área da saúde e a necessidade de escolher o usuário para os recursos existentes. Posteriormente, verifica-se o papel do Ministério Público como defensor dos direitos coletivos *lato sensu*. Por último, adentra-se na orientação interpretativa dada pelo princípio da proporcionalidade para permitir ao judiciário que atue de forma a tornar efetivo o mandamento Constitucional, em razão do dever do Estado na prestação positiva de atendimento à saúde. Para este fim foi utilizada pesquisa bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial, pretendendo-se levantar o estado da arte que a temática que a relação entre direito à saúde, reserva do possível e princípio da proporcionalidade exige.

Palavras-chave: Direito à saúde; Reserva do Possível; Ministério Público; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work has the purpose to discuss the right to health as a duty of the state, due to the Federal Constitution. Enters the collation of the right to health as a fundamental part of the right to life. Then, it discusses the principle of reservation as possible, coupled with issues relating to the biotic, with regard to the scarcity of resources in health care and the need for the user to choose the existing resources. Subsequently, there is the role of the prosecutor as a defender of collective rights *sensu lato*. Finally, it enters in the interpretive guidance provided by the principle of proportionality to allow the judiciary to act in order to make effective the constitutional commandment, because of the positive duty of the state provision of health care. For this purpose we used literature, doctrinal, jurisprudential and legislative research, the aim being to raise the state of the art that the thematic relationship between the right to health, reserve as possible and the principle of proportionality requires.

Keywords: Right to health; Possible Reserve; Prosecutors; Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À SAÚDE	11
3 A RESERVA DO POSSÍVEL	22
4 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS	27
5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	36
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova perspectiva de proteção aos direitos dos indivíduos. Tendo como meta princípio a consagração da dignidade da pessoa humana descrita na Carta Política como fundamento constitucional brasileiro, advieram consequências jurídicas que, resumidamente, derivam o dever de respeito e de promoção dos princípios fundamentais. E destes, por sua vez, decorrem uma abstenção estatal, impedindo que o Estado adote medidas que violem a dignidade da pessoa humana, o que ocorre quando o indivíduo é tratado pelo Estado como mero instrumento para atingir outras finalidades e, ainda, a imposição de que os poderes públicos adotem medidas no sentido de promover o acesso a bens e utilidades considerados indispensáveis a uma vida digna, ao que se chama de mínimo existencial.

Nesse contexto se insere, de forma ampla e coletiva, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais, o direito à saúde.

A partir da nova Carta Constitucional recai primordialmente para o Estado o dever de conferir efetividade aos direitos fundamentais. Não se concebe mais a Constituição como mero ideário. A força normativa passa a ser a condição preponderante para a conservação do ordenamento jurídico.

Daí o direito à saúde constituir-se de uma prerrogativa jurídica da qual decorre a garantia do próprio cidadão de exigir do Estado a implementação de prestações positivas, derivada de uma norma programática que se apresenta como desdobramento do direito à vida, derivada, por sua vez, do primado maior que é a dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, entretantes, não deve ser aceito como ideia de mero comando programático proclamado pelo constituinte, nem pode se converter em uma promessa constitucional desvirtuada de propósito, já que, desta forma, o Poder Público estaria cometendo grave injustiça em desfavor da sociedade, a omissão seria ilegítima e inconstitucional frente ao cumprimento do dever que determina a Lei Maior.

No entanto, ao que se nota, é constante a omissão do Poder Público em gerir a devida implementação do mínimo existencial, exigido para se alcançar a concretização da dignidade da pessoa humana.

Destarte, surge a exigência de uma concretização judicial dos direitos fundamentais sociais pela assunção do Poder Judiciário, movido, especialmente, pelo Ministério Público, como função essencial da justiça, na defesa e promoção dos direitos à saúde.

O destaque da importância do *Parquet* como órgão responsável a efetivação do Direito à saúde deriva de sua origem constitucional, a qual busca garantir aos indivíduos, especialmente de forma coletivamente considerada, as ações positivas do Estado.

A missão constitucional lhe foi outorgada pela Constituição da República no seu art. 129, inciso III, dotando o citado órgão de legitimação para promover a Ação Civil Pública no intuito de assegurar a proteção dos interesses difusos e coletivos, na busca de impor a jurisdição constitucional de parte essencial de direito fundamental da pessoa humana.

Entretantes, há que se perceber que essa competência para incitar o Judiciário para proteção dos cidadãos encontra algumas barreiras, isso porque a possibilidade de atuação do Juiz não é ilimitada no ordenamento brasileiro, há que se observar sempre o balanço entre a divisão dos três poderes, não podendo a vontade legítima do legislador ser ignorada frente às decisões judiciais.

Notável, assim, que em relação ao limite da atuação do Poder Judiciário, o primeiro entrave a se enfrentar diz respeito à vedação da atuação do juiz como legislador positivo. Caracterizado como ativismo judicial, se objetiva impedir que o magistrado, no caso concreto, verificando uma situação e o *non liquet*, corrija situação, mesmo que para isto tenha que ampliar a abrangência da norma, dando-lhe interpretação considerada, algumas vezes, deveras extensiva.

O argumento de vedação do juiz como legislador positivo é comumente invocado com a finalidade de impedir a atuação judicial mais ativa na concretização das políticas públicas. Tal atuação é considerada, por alguns, como transposição indevida de planos e de competências, por tratar-se de colisão entre normas constitucionais, travadas, de um lado, por normas de direitos fundamentais sociais, e, de outro, pela afirmação do princípio da separação dos poderes e, especialmente, da legalidade orçamentária.

O fato é que os direitos fundamentais sociais exigiriam para a sua concretização por via judicial uma atuação atípica do Poder Judiciário, de forma

tópica ou abstrata, do princípio da separação de poderes, já que, em primeiro lugar, cumpre ao Poder Legislativo normatizar e ao Executivo implementar políticas públicas.

Não obstante, a efetivação direta pelo Poder Judiciário pretere a teoria da reserva legal, uma vez que permite prestações materiais a pessoas individualmente consideradas, como é o exemplo, em relação à saúde pública, da outorga de remédios e procedimentos cirúrgicos de custo elevado, sem que para isso tenha havido previsão orçamentária expressa.

Neste ponto, há entendimento de que esses direitos, ao serem efetivados pelo Poder Judiciário, transferem para o plano judicial uma matéria de cunho eminentemente político.

Entrementes, parcela mais sensível da doutrina e da jurisprudência percebe que o ponto fulcral da questão passa a ser a análise do conflito entre o direito à vida e o preceito constitucional de previsão orçamentária.

Utilizando conceitos basilares derivados de renomados doutrinadores, há de se preponderar o direito de maior interesse, considerando cada caso individualmente. Para tanto, dever-se-á utilizar o princípio da proporcionalidade, de modo a aclarar qual valor será sopesado em detrimento do outro.

Destarte, apenas o caso concreto poderá dizer qual o direito ou princípio deverá prevalecer, o direito à saúde ou a reserva do possível.

Assim, feitas estas considerações iniciais, mostra-se evidente a complexidade do tema, objeto do presente trabalho. É um tema vigorante, que ganhou destaque com a necessidade cada vez maior de o indivíduo buscar a efetivação de direitos fundamentais, especialmente no tocante ao direito à saúde, que não devem ser reduzidos a normas programáticas em sua concepção clássica de meros indicadores de ação, eivadas de real poder normativo.

Buscar-se-á demonstrar que, somente no caso concreto é possível afastar a regra da previsibilidade de despesas públicas em detrimento do direito à saúde.

Para este fim foi utilizada pesquisa bibliográfica, doutrinaria, legislativa e jurisprudencial, pretendendo-se levantar o estado da arte que a temática que a relação entre direito à saúde, reserva do possível e princípio da proporcionalidade exige.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, antes de se adentrar no tema central do nosso estudo, mister se faz estabelecer um panorama geral que possibilitou a integração do direito à saúde como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Para este fim, merece especial realce a dignidade da pessoa humana, que é o condão fundamental para as primeiras alusões ao direito à saúde.

O meta-princípio da dignidade da pessoa humana foi consignado pela primeira vez no Brasil mediante a Constituição de 1934, que disciplinou a ordem econômica de modo a possibilitar uma existência digna a todos. Já a Constituição de 1937, criada em regime autoritário, não trouxe qualquer referência à referida expressão.

A dignidade da pessoa humana foi reinserida nos textos da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/69, outorgadas durante a ditadura militar, que mantiveram a orientação no sentido de que a ordem econômica teria por objetivo a promoção da dignidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, atualmente em vigor, teve como fonte histórica e política as Constituições da Alemanha, Portugal e Espanha, tendo sido construída com a finalidade de reinstaurar o regime democrático de governo, sedimentado no Estado de Direito e nos direitos fundamentais.

De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹,

Seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ílesa às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

No título “Dos Princípios Fundamentais”, o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, prevê expressamente que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira. Na lição de Barroso²,

1 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

2 BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 364.

[...] uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade (art. 5º); os direitos sociais: a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º); os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais (arts. 7º ao 11); os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 17); os direitos difusos, regulados por diversos preceitos da Carta Magna, a exemplo do direito de manifestação e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215), bem assim ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).”

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos que ocupam maior proeminência no ordenamento jurídico brasileiro e se traduz como princípio estruturante ou fundamental. Além disso, consiste em uma norma jurídica de eficácia plena, podendo ser aplicado independentemente de quaisquer proposições normativas regulamentadoras.

Ademais, a dignidade da pessoa humana serve como parâmetro, também, para a interpretação daqueles direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais que, aprovados em conformidade com o previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, são considerados hierarquicamente equivalentes às emendas constitucionais, convergindo, assim, os ordenamentos jurídicos interno e externo para o primado de uma existência digna.

Enfim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a serem realizados pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos da Carta Magna, e, por conseguinte, da normatividade constitucional derivada, já que trata do núcleo essencial do constitucionalismo moderno.

Pois bem, seguindo essa orientação e conforme preluza Luis Sanchis³ vive-se atualmente em uma “nova idade de ouro dos princípios”. O autor assim se refere à era de estudos jurídicos que deverão conduzir uma nova acepção da legalidade,

3 SANCHIS, Luis Prieto. **Sobre Princípios Y Normas**: Problemas del Razonamiento Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17.

numa interpretação favorável ao direito justo e humanitário, favorável à concretização do interesse pela vida humana digna. É justamente nesta vertente que deverá ser aplicado e difundido o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto meta princípio.

No mesmo íterim, o valor da dignidade humana, por estar pautado no direito à vida, informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Além do direito à vida, o Preâmbulo da Constituição de 1988, como texto orientador, que apesar de não possuir força de norma, prescreve ao Estado uma ação em favor dos valores ali consignados, dentre eles o bem-estar social e individual, intrinsecamente concatenado à qualidade de vida e saúde de todos os cidadãos.

Neste sentido é o voto da ministra Carmem Lúcia que, com brilhantismo, afirma na ADI 2.649⁴:

Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que 'O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico' (...).

Assente que o entendimento jurisprudencial, com o qual se filia, percebe que o legislador constituinte busca, na vinculação entre o direito à dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, dentre eles, não somente à conservação da vida, mas também à qualidade da vida, através de preceitos básicos, como a manutenção da saúde dos cidadãos.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.

O atendimento dessas necessidades primárias e, com isso, a garantia efetiva de uma vida com dignidade, fazem parte de pressupostos indissociáveis ao exercício de todo direito fundamental. Não há como se conceber, por exemplo, a liberdade e a autonomia individuais sem uma mínima parte de condições razoáveis de existência e, ressalta-se, de existência digna, não de mera sobrevivência⁵.

Destaca-se, inclusive, a posição do STF, que reconhece a proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que toca à sua vocação prestacional⁶.

Com o mesmo entendimento, Sarlet⁷ equipara vida saudável à vida digna, buscando além do direito à vida, o direito à saúde, que se encontra umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física do ser humano, exigindo-se igualmente posições jurídicas de essencialidade indiscutível.

Pois bem, tomando como parâmetro ser o direito à saúde como essencial a uma vida digna, na atual conjuntura brasileira o assunto se torna mais sensível em relação à (in)efetividade do direito.

Tal como os demais direitos a prestações positivas, o direito à saúde também coloca problemas particulares para sua concretização.

O delineamento constitucional do direito à saúde guarda estreita relação e uma constante abertura ao Direito Internacional, destacando-se diversas normas protetivas nas quais sua importância foi reconhecida, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que contempla, em seus arts. 22 a 25, os direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o qual traz, em seu art. 12, o direito ao mais alto nível possível de saúde; o Pacto de São José da Costa Rica, com a previsão dos direitos à vida e à integridade física e pessoal, conforme arts. 4º e 5º; e, o Protocolo de São Salvador, com menção direta ao direito à saúde em seu art. 10.

No entanto, a consagração do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro somente ganhou força com o advento da Constituição Federal de

5 MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 180-183.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 574.

7 _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 296.

1988, constituindo-se em um dos seus principais avanços, intimamente ligado ao constitucionalismo democrático-social desenvolvido após a Segunda Grande Guerra Mundial.

Antes desse marco, a proteção era bastante limitada e incipiente, restringindo-se à assistência indireta à saúde do trabalhador e dos beneficiários da Assistência Social, despida do caráter integral, universal e gratuito que hoje possui, decorrente da nossa opção político legislativa.

De fato, ao inserir a saúde como corolário da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º da CF/88), direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional a dotou do status de garantia fundamental, com aplicação imediata e eficácia plena, não dependendo a sua fruição de lei ou outra norma subalterna, conforme art. 5º, § 1º, da Carta Magna.

Dos fins do Estado brasileiro, pode-se dizer que a proteção à saúde – como condição de uma existência digna da pessoa humana – torna-se um dos mais relevantes, pelo que merece especial dedicação. E a Constituição Federal de 1988 não só estabeleceu isso claramente, como descreveu o modo pelo qual o Estado deve assegurar a sua garantia.

Observa-se, pela dicção do enunciado constitucional, a extrema vinculação que tem o Poder Público com o atendimento dos direitos fundamentais sociais, não podendo se esquivar, salvo impossibilidade absoluta, de atendê-los. Posto que, do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da Carta Magna de 1988 decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, destacando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais⁸.

Não é por outra razão que o art. 196 da Constituição Federal de 1988, dispõe ser a saúde 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”.

Por sua força normativa e carga valorativa, o direito à saúde configura direito fundamental de segunda dimensão, na qual estão compreendidos os direitos sociais,

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit. p. 323.

culturais e econômicos, assim considerados por exigirem prestações positivas do Estado nos campos da saúde, alimentação, educação, habitação, trabalho, etc.

Paulo Bonavides⁹ traz uma clara definição sobre esses direitos, ao comentar sobre os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social; nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar”.

Portanto, não se trata mais de apenas impedir a intervenção estatal em desfavor das liberdades individuais, como nos direitos de primeira dimensão. Na verdade, consoante ensinamento do Ministro Celso de Mello¹⁰:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

O trecho do julgado transcrito tem alto viés explicativo, com o qual se coaduna, para demonstrar a necessidade de prestação positiva do Estado para garantir que o direito não se restrinja a mera escrita, mas que seja realmente efetivado.

Assim, se faz notável que da leitura do texto Constitucional, a saúde, além de direito, constitui um dever do Estado. Este dever prestacional pressupõe a realização de uma atividade pela qual se viabilize a fruição do aludido direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda da saúde, bem como a organização de ações que viabilizem o seu gozo. Em sentido estrito, traduz-se pelo fornecimento direto de serviços e bens materiais aos titulares do direito fundamental.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 518.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164/SP, do Pleno, Brasília, DF, 17 de novembro de 1995.

O grande mestre Bonavides informa que esses direitos passaram por ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, pela sua natureza de exigir uma prestação material, nem sempre de acordo com o que prega a limitação essencial de meios e recursos do Estado¹¹.

No entanto, o legislador ordinário, por sua vez, trilhando o caminho apontado pelo constituinte, por meio do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, editou a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estatuidando em seu art. 2º que a saúde constitui direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A respeito do tema vale o preciosismo do Promotor de Justiça Marcus Aurélio¹²:

Sabe-se que muitos direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos dependem de políticas públicas e de sistemas especialmente engendrados pelo Direito para a proteção e implementação destas. É o caso do Sistema Único de Saúde (SUS). (...) O grande problema é que, cotidianamente, são estampadas as graves deficiências, a falta de prioridade, a ausência de investimentos, enfim os diversos descumprimentos, notadamente pelo Poder Público, das exigências constitucionais e legais para que tais sistemas de proteção de direitos efetivamente funcionem e, por conseguinte, se alcance a efetiva proteção a direitos de alta relevância constitucional e que dependem de gestão eficiente e de prestações estatais, com fortes reflexos orçamentários.

A reflexão trazida pelo ilustre Promotor demonstra que o direito à saúde é prestação positiva a ser efetivada pelo Estado e, ainda, que o referido direito parece ter encontrado uma “maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional”¹³.

Isso porque, diante da importância conferida pelo Poder Constituinte à saúde, como meio de propiciar a existência digna, fundamento da República do Brasil, não deve o referido direito fundamental sofrer embaraços, de modo a reduzi-

11 BONAVIDES. P. *Op. Cit.* p.564.

12 BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O Ministério Público Social e as decisões estruturais no Brasil**. In: Revista Jurídica In Verbis, ano 19, n. 35, jan/jun 2014.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. Cit.* p. 577.

lo ou dificultar-lhe o acesso por parte do cidadão, pelo contrário, deve-se buscar sua execução constante enquanto direito de titularidade universal.

Atualmente, o núcleo central do conceito de saúde está na ideia de qualidade de vida, manifestando um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda a sociedade como direito a um conjunto de benefícios para a manutenção da integridade física do indivíduo¹⁴.

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, já se manifestou inclusive no sentido de que a ausência ou a não implementação de política pública voltada à garantia do direito fundamental à saúde por parte dos Poderes Executivo e Legislativo justifica a intervenção do Poder Judiciário, conforme trecho da decisão proferida em medida cautelar pelo Min. Celso de Mello¹⁵:

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

14 MORAIS, José Luiz Bolzan de. **O Direito à saúde!** SCHWARTZ, Germano (organizador). A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 23-24.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Brasília, DF, 29 de abril de 2004.

Evidente que ao poder público incumbe formular e implementar essas políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Tal fato se dá porque, conforme já declinado, a regra inscrita no artigo 196 tem caráter programático, e seus destinatários são todos os entes políticos que constituem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro.

Não se pode admitir que seja dado tratamento a um direito fundamental como se fosse mera promessa institucional, isto implicaria no descumprimento do interesse do legislador e da própria Constituição.

.Para o Estado, a saúde do indivíduo é condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. Para a sociedade, 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.

Neste sentido, o artigo 23, inciso II da Carta Social estabeleceu regra de competência no sentido de que todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Destarte, os entes, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros.

Contudo, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, e tantos outros como trabalho, moradia, lazer e segurança¹⁶, cabendo, portanto ao Estado a busca pela implementação de todos esses interesses.

Sendo deste modo, conforme seria esperado, ainda que a saúde seja um princípio fundamental, esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público.

Demonstram-se, então, duas situações contraditórias: a necessidade de o poder público gerir e administrar quais são os direitos que devem ser sobrelevados em cada circunstância no caso concreto através das políticas públicas, enquanto que de outra monta se verifica o cidadão, individual ou coletivamente considerado

16 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

que necessita com urgência de prestação administrativa não abarcada pelo poder público e que diga respeito a um direito fundamental.

No centro da discussão surge a teoria da reserva do possível, que servirá como baliza para limitar a atuação dos entes públicos.

O princípio será corporizado por meio da atuação do administrador, quando trazer à baila a confecção e a execução de políticas públicas, que devem ser compreendidas como um conjunto de atuações do Poder Público. Na visão de Comparato¹⁷, as políticas públicas tratam de uma atividade, numa série ordenada de normas e atos diversos, coligados na busca de uma finalidade previamente estabelecida. Claramente toda política pública, como programa de agir, envolve uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos, como leis, regulamentos, contratos e atos administrativos.

Atrelado a este entendimento, e consciente da insuficiência das políticas públicas, seja pela burocracia, falta de ação do Estado, ou, principalmente, pela reserva do possível (limitação orçamentária), o cidadão, hoje mais perspicaz em relação ao seu direito, consciente da guarida constitucional, intenta, através da tutela jurisdicional, o atendimento de suas necessidades, demandas que cada vez mais vêm se tornando comuns no judiciário.

Esta realidade tem conduzido o Poder Judiciário à formulação de políticas públicas por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender a pretensão do litigante. Certamente essa posição jurisprudencial é passível de críticas diversas.

Dentre estas vale a menção ao princípio da separação dos poderes que veda a intromissão do Poder Judiciário em âmbito que deve ser função típica do Poder Executivo, especialmente no tocante à atividade discricionária, não lhe cabendo a análise da conveniência e oportunidade da Administração para consecução de seus atos.

Contudo, não cabe ao Poder Judiciário negar ao cidadão, em face da omissão Estatal, o resguardo a direitos essenciais à sua existência digna. Compactuando com este entendimento vale transcrever o julgamento do Ministro Celso de Melo na ADI 1.4587 – DF:

17 COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº134, abr./jun. 1998.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. [...] Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

No entanto, surge à baila o questionamento em relação ao orçamento: se caso não houver previsão da Administração para a despesa, nem comportar a transferência ou realocação de verbas, pode o Poder Judiciário determinar que o Administrador execute determinado comando, atuando de modo a atender um direito fundamental de forma isolada, em detrimento de outro direito fundamental?

E se caso o número de pedidos para atendimento do direito à saúde for de grande vulto, capaz, inclusive, de provocar um desequilíbrio financeiro, acarretando o comprometimento nas finanças públicas?

Nesse ponto, merece realce o estudo da reserva do possível, que apenas adiantando o tópico seguinte, tem como fulcro forjar a abstenção de despesas desproporcionais, como é o caso de despesa de elevadíssima quantia em prol de um único beneficiário¹⁸.

Deste tópico em diante se adentrará no conceito de Reserva do Possível, na possibilidade de atuação do Judiciário nas políticas públicas e quem tem legitimidade para demandar contra o Estado, além de se buscar demonstrar quais os requisitos necessários para a utilização de um direito ou de outro, quando os princípios se demonstram em aparente colisão.

18 NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Controle de Políticas Públicas**: Um Desafio à Jurisdição Constitucional. Revista Parahyba Judiciário do Poder Judiciário – Justiça Federal da Paraíba, João Pessoa, Ano 6, nº 7, novembro/2008, p. 232.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL

O arcabouço da teoria da reserva do possível se deu em país germânico por volta dos anos 70. Nesta época, a Corte Constitucional Alemã articulou importante decisão capaz de marcar o início da teoria¹⁹ e que também passou a ser conhecida como “*numerus clausus*”, a qual trazia ao debate a limitação imposta pelo número de vagas nas universidades públicas alemãs *versus* o direito fundamental à livre escolha da profissão.

O interesse dos pretensos estudantes de medicina baseava-se no art. 12 da Lei Fundamental daquele país, a qual afirmava que “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”. O cerne da questão estava na justificativa de que, se a própria Lei Maior do país garantia a liberdade de profissão, não caberia, portanto, ao Estado restringir um direito fundamental, limitando o acesso dos estudantes aos meios necessários para garantir a sua ampla liberdade de escolha.

De forma inovadora, a Corte Constitucional deu azo à teoria da reserva do possível, fundada na razoabilidade, tendo decidido que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar, a partir da análise da pretensão frente às demais necessidades da sociedade. De tal modo, o Estado não acatou a tese de que deveria possibilitar vagas suficientes para todos os estudantes.

É importante mencionar que o interesse maior da teoria, originalmente, não se relacionava exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros, suficientes para a concretização de direito social, mas apenas remete à razoabilidade da medida considerando o necessário para a sua efetivação.

Entretanto, a interpretação e a transposição derivada desse entendimento, especialmente em solo pátrio, consideraram a teoria como uma reserva do financeiramente possível, uma limitação à atuação dos direitos prestacionais pelo Estado.

Neste sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, descreveu: “*Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras*

19 KRELL, Andreas Joachim; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

condicionantes, à reserva do financeiramente possível ('Vorbehalt des finanziell Möglichen')²⁰.

Infelizmente, ao que se denota da análise, vigora no Brasil o entendimento de que a efetividade dos direitos prestacionais se condiciona às possibilidades financeiras dos cofres públicos, especialmente a partir da justificação dada pela teoria mencionada.

Dessa forma, a possibilidade financeira e a previsão orçamentária passam a ser elementos indissociáveis do nascimento do princípio da reserva do possível no Brasil. Neste posicionamento, Ingo Sarlet²¹:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. [...] Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Ainda na visão do autor, o princípio possui dois elementos complementares, primeiramente um fático, no que concerne à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, e, ainda, um requisito jurídico, quanto à existência de autorização orçamentária para o Estado despender os respectivos recursos.

Assim, o elemento fático, disponibilidade de recursos financeiros para atender às necessidades coletivas, é uma demanda crescente e constante. Por isto, o orçamento deve considerar o interesse da sociedade, refletindo um plano de ação governamental. Diversas são as diretrizes, tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais, para orientar a realização e a execução do orçamento público.

Neste tópico, ocorre não raras vezes, mistura entre os conceitos de reserva do possível e reserva orçamentária, sendo que esta última refere-se a certos direitos, em especial direitos sociais, que estejam sujeitos à dotação orçamentária²². Ocorre que a reserva do possível discorre, em geral, sobre o mínimo

20 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. vol. 2, n. 3, Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 286.

22 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 135.

existencial, de forma que não há como se esperar pela discricionariedade do Poder Público, enquanto o cidadão fica mercê dos recursos financeiros que irão atender áreas em detrimento de outras ainda mais essenciais.

Nunca é demais lembrar que a reserva do possível não possui viés puramente econômico, posto que mesmo as leis orçamentárias tem cerne jurídico-normativo²³.

Não obstante, tanto a destinação, quanto os valores a serem utilizados, dependem primordialmente de decisão política e por este motivo, discricionária. É o Estado, por meio do Administrador, que elege quais as despesas pretende realizar e suas respectivas prioridades.

O que fica vinculado, entre outros, é o controle quanto aos gastos públicos que o Estado deve realizar nos termos da legislação aplicável, sob pena de nulidade da despesa realizada.

A partir de então, surge o questionamento sobre quais seriam as prioridades no momento da definição e da execução dos gastos públicos.

Na esfera fática, exige-se o alinhamento entre a efetivação dos direitos sociais ante à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem desconhecer dos recursos financeiros disponíveis.

A questão que se torna tormentosa em casos de direito à saúde ligado, por exemplo, ao fornecimento de medicamento de alto custo não é necessariamente pela possibilidade de suporte pelo Erário, posto que certamente a reserva pública é capaz de custear um tratamento de saúde, por mais caro que seja, caso fosse apenas um indivíduo.

O problema, em realidade, reside no fato de saber se o Poder Público tem condições de custear o mesmo tipo de tratamento a todos que precisarem da mesma medida²⁴.

Infelizmente, é nesse íterim que a reserva do possível começou a ser utilizada como verdadeiro obstáculo para a omissão do Estado. O princípio é o argumento mais comumente utilizado em demandas para que a Administração não cumpra com seu papel constitucional de provedor de diversos direitos prestacionais.

23 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Essencial:** Paradigmas para uma Definição. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008.

24 KRELL, Andreas Joachim; TIMM, Luciano Benetti. *Op. Cit.* p. 572.

A imposição de despesas não previstas ao Poder Público em medicamentos e tratamentos de alto custo, além dos autorizados pela Administração, forçou o Estado a buscar justificativa para a negativa.

Barcellos²⁵, com correto entendimento sobre o tema afirmou que: “a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

Evidentemente, o judiciário foi chamado a posicionar-se sobre a temática, a partir daí, passou-se a verificar correntes diversas. Após o entendimento segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas, por óbice decorrente do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, algumas decisões passaram conceber tal intervenção, nos casos em que se discutisse a efetivação de direitos fundamentais, mencionando a prevalência absoluta destes.

Posteriormente, a jurisprudência pendeu pela limitação de recursos orçamentários e da conseqüente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo. A fonte de sustentação da tese partiu da restrição da possibilidade de intervenção que poderia ser feita pelo Poder Judiciário à reserva do possível.

No entanto, julgados ainda mais recentes apontam que é possível a intervenção do judiciário para garantir a efetivação de direitos fundamentais essenciais, passando a ser a reserva do possível matéria de defesa para o Estado, e, como tal, cabendo a ele o ônus da prova de suas alegações. Restou, portanto, enfraquecida a corrente doutrinária segundo a qual a teoria retro mencionada poderia ser aduzida de forma genérica e sem comprovação expressa²⁶.

Assim, considerando que no Brasil, tanto a iniciativa quanto a execução das leis orçamentárias são competências privativas do Poder Executivo, decorre que a definição das políticas públicas e a escolha das prioridades orçamentárias cabem exclusivamente àquele Poder, não podendo o Judiciário interferir nessa atividade

25 BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p.37.

26 Neste sentido informativo 431 do STJ: [...]Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010.

discricionária do administrador, a menos que sejam observadas violações expressas a direitos fundamentais.

Permanecem duas questões controvertidas, que denotam duas importantes perguntas até agora não respondidas: o que deve fazer o cidadão necessitado de atuação positiva do Estado quando seu direito à saúde é expressamente violado? E quais instrumentos tem o Judiciário para julgar a real necessidade do cidadão em face à reserva do possível?²⁷

Observa-se que esses questionamentos devem ser respondidos com base na negativa do Estado, especialmente tratando-se da saúde, necessidade primária para a manutenção da própria vida.

27 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 273-275.

4 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS

Na disposição do Estado Social, inúmeros atores são chamados a exercerem papéis de garantia dos direitos sociais, com fulcro de avizinhar o legislado do contexto social. Contudo, em face da omissão estatal ou até mesmo de sua negativa, merece destaque o papel do Ministério Público, face às atribuições que lhe foram consagradas na Carta Política.

Como já declinado, o direito à saúde positivado, por si só, não garante que o Estado o efetive para todos em condições de igualdade, especialmente em razão da teoria da reserva do possível. Com esta consciência, o legislador inseriu, dentro do próprio texto constitucional, a competência do Ministério Público para atuar como defensor dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde.

Na conformidade do mandamento pátrio, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 127 da Constituição Federal. E, considerando que a titularidade dos direitos sociais, que tem como dimensão sempre a linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular o indivíduo, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, especialmente no caso do direito à saúde, justificando a atuação efetiva do Ministério Público na defesa tanto do interesse coletivo, quanto individualmente considerado²⁸.

O fato é que o Parquet é um órgão independente e autônomo, tanto administrativamente e financeiramente, tendo como objetivo precípuo garantir a vontade da Constituição como função essencial da justiça.

Classificar o Ministério Público como função essencial da justiça significa dizer que dentro do atual estágio constitucional o órgão não integra nenhum dos poderes, não pertence ao legislativo, judiciário ou executivo. Integra, por outro lado, o Estado de Direito, sempre com sua finalidade de proteção da ordem jurídica e do regime democrático, preservando seus objetivos e regras de essência.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e coletiva dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 4, n. 10, p. 205-229, jan-mar, 2010.

Na intenção de propiciar o cumprimento do seu dever constitucional, o legislador pôs à disposição do órgão diversos instrumentos capazes de trazer eficácia à sua atuação, dentre eles, a Ação Civil Pública, a Ação por Improbidade Administrativa, o Termo de Ajuste de Conduta, o Inquérito Civil, entre outros.

Todas essas ferramentas garantem ao Ministério Público o pleno e o eficaz exercício de sua função de fiscal da lei. Neste papel, a instituição deve fazer com que o Administrador observe a finalidade primária de suas ações, qual seja, o interesse público, devendo ser fiel aos direitos assegurados aos cidadãos.

A legitimidade do Parquet é tão ampla que possui competência para propor Ação Civil Pública para tutela do direito social à saúde a usuário do SUS maior e capaz, mesmo não sendo criança, adolescente ou idoso, notadamente nas situações de urgências e emergências, cuja proteção à saúde se encontra indissociável ao direito à vida. Apesar de deverem ser priorizadas as ações coletivas, sem prejuízo do atendimento das demandas individuais, sobretudo pela forma extrajudicial.

No entanto, é necessário que a representatividade seja agregada com interesses relacionados com as suas atribuições constitucionais.

A definição legal dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é fornecida pelo art. 81, Parágrafo único, do CDC²⁹.

O entendimento majoritário assente se traduz na ideia de que em relação a direitos difusos e coletivos o Ministério Público sempre terá legitimidade adequada para defender tais interesses.

Entrementes, ao se tratar de direitos individuais homogêneos, outra linha de raciocínio se perfilha. Faz-se necessário que o direito seja indisponível³⁰, ou caso não o seja, deve haver ao menos um relevante interesse social na demanda.

29 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

30 Neste sentido inúmeros julgados do STJ: ADMINISTRATIVO. RECURSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a

Com este pensamento, é possível afirmar que o Ministério Público tem legitimação para pretender que o Poder Público forneça medicação de uso contínuo, de alto custo, não disponibilizada pelo SUS, mas indispensável e comprovadamente necessária e eficiente para a sobrevivência, ainda que de um único cidadão, desprovido de recursos financeiros.

Questiona-se, no entanto, do adequado manejo da ação coletiva no caso de um único beneficiário. Apesar de a praxe institucional nominar de Ação Civil Pública qualquer ação de natureza cível promovida pelo *Parquet*, não parece ser mero preciosismo terminológico.

A Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, ou “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, IV da Lei 7.347/85).

Esse tipo de ação tem peculiaridades procedimentais, para atingir seus fins, incompatíveis com a tutela individual, daí a impropriedade de sua aplicação indistintamente.

Acredita-se, sem objetivar retirar a importância fulcral do órgão do Ministério Público, que a iniciativa da postulação no judiciário para beneficiário único deva ser da Defensoria Pública, órgão igualmente essencial da função jurisdicional do Estado.

Ocorre que a Defensoria busca justamente defender os necessitados, atuando em benefício da sociedade e retirando parte da grande demanda que atinge o Ministério Público.

Mas essa tese apenas se aplica, por óbvio, a casos que tenham por objeto um único interessado. Entrementes, a atuação da Defensoria Pública em muitos estados brasileiros ainda é insípida, posto que a criação do órgão e seu fortalecimento ainda não têm a força e a tradição do *Parquet*³¹. Apenas nessa

saúde, a educação. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 945785 RS 2007/0094569-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2013).

31 Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: CPP, art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no

hipótese que se visualiza a possibilidade da manutenção da legitimidade extraordinária do Ministério Público para atuar através de Ação Civil Pública em favor de um só cidadão.

No entanto, esse entendimento é minoritário na jurisprudência, conforme se denota:

APELAÇÕES CÍVEIS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PESSOA HIPOSSUFICIENTE. **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. LEGITIMIDADE DO PARQUET CONFIGURADA.** DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA REPARTIÇÃO DOS PODERES, RESERVA DO POSSÍVEL, RAZOABILIDADE, E DA LICITAÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. As preliminares recursais dizem respeito ao exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso. Questão suscitada em primeira instância e devidamente apreciada pelo juízo a *quo* revolvida em sede de apelação constitui mérito do recurso. Precedentes. 2. Não há que se falar em ilegitimidade do Ministério Público, pois, nos termos do art. 127, da Constituição da República, incumbe ao *Parquet* a defesa dos direitos indisponíveis das crianças e adolescentes, dentre outros. Precedentes. 3. Na proteção do direito à saúde, dentro do qual se inclui o fornecimento de medicamentos ao cidadão hipossuficiente, a responsabilidade é solidária de todos os entes federados, nos termos do art. 23, II da Constituição da República. Precedentes. 4. Hipótese em que o direito à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana se sobrepõem aos princípios da separação dos poderes, ao da razoabilidade, licitação e à reserva do possível, não havendo de se falar em violação a estes últimos. Precedentes. 5. Não basta o Poder Público alegar insuficiência de recursos na implantação de políticas públicas, imprescindível a prova cabal da falta de verbas. Precedente. (TJRN AC 2011.013599-8. 3ª Câmara Cível. Des. Vivaldo Pinheiro. DJe 15.12.2011 – Destaque proposital).

A ementa transcrita demonstra que o Parquet tem legitimidade irrestrita para ações coletivas que digam respeito a direitos indisponíveis, posição que se coaduna com o interesse da Constituição Federal. Para os casos que versam somente acerca

qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do CPP – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 CPP será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o Plenário no RE 135.328." (RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-5-1998, Primeira Turma, DJ de 19-6-1998.) No mesmo sentido: RE 341.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-2003, Segunda Turma, DJE de 5-3-2010.

de interesses individuais homogêneos basta verificar, para a atuação do Ministério Público, a relevância social da demanda.

A relevância social é tão considerável em casos de direitos individuais indisponíveis que o Ministério Público é considerado parte legítima para proteger a saúde pública indistintamente.

O órgão já postulou através de Ação Civil visando a garantia do fornecimento de medicamento Viagra para correção de disfunção erétil (Viagra), que não deixa de abarcar o direito fundamental à saúde e a dignidade dos cidadãos. Nessa monta trecho da fundamentação^{32 33}:

É dever do Sistema Único de Saúde fornecer não apenas os remédios constantes da lista oficial do Ministério da Saúde, mas, tendo em vista as particularidades do caso concreto e a comprovada necessidade de utilização de outros medicamentos, impõe-se a obrigatoria “conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população”.

Não há dúvida, pois, quanto ao dever do Estado (lato sensu) de fornecer os medicamentos necessários, bem como todo o tratamento prescrito, aos doentes com disfunção erétil, ainda que não constem da listagem oficial do Ministério da Saúde e/ou não sejam, atualmente, fornecidos pelo SUS, porque não há como se estabelecer que a obrigação de fornecer medicamento fique adstrita a uma lista oficial padronizada.

Outro julgado refere-se à Ação Civil Pública proposta pelo Parquet com o objetivo de garantir procedimentos cirúrgicos necessários à mudança de sexo para transexuais³⁴. Certamente o objeto desta ação poderia trazer discussão ferrenha

32 TRF-4 AI 2005.04.01.051609-6/SC. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, Data de Julgamento: 29/06/2006.

33 Vale mencionar entendimento divergente de que não cabe ao Parquet se ater a discussão sobre direito ao medicamento “Viagra”, por dizer respeito muito mais ao “bem-estar” do cidadão do que propriamente a sua saúde. Independentemente do posicionamento que se adote em relação ao interesse tutelado, a autora pactua da tese de que se trata de direito individual indisponível, portanto passível de tutela pelo Ministério Público, na medida em que atinge gama extensa de interessados, em sua maioria idosos, com baixa renda e que, além disto, é assegurado à qualquer pessoa o direito à sua dignidade, nela abrangida a dignidade sexual.

34 DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. [...] O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional. Cabível a antecipação de tutela, no julgamento do mérito de apelação cível, diante da fundamentação definitiva pela procedência do pedido e da presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o grande e intenso sofrimento a que estão submetidos transexuais nos casos em que os procedimentos

acerca da indisponibilidade do objeto, entretanto, é necessário trazer a baila que a não consecução da cirurgia pode ocasionar sofrimento psicológico sério, tentativa de suicídio e automutilação. Evidente que além do direito à igualdade, não discriminação e à liberdade há que se falar na predominância do direito à saúde dos que sofrem de tal transtorno.

O fato é que, motivado pelo Ministério Público, o Poder Judiciário passa também a exercer um novo papel, sobretudo diante da positivação dos direitos fundamentais e da necessidade de dotá-los de máxima efetividade.

Não mais se espera uma aplicação inflexível da lei, mister que se obedeça ao significado da legislação constitucional e ordinária, que, não raro, já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica. E que, com isso, se redefinam as relações entre os três Poderes, de ordem a permitir que o Judiciário, com importante atuação do Ministério Público, exerça as funções de controle dos poderes políticos.

Vê-se que a legitimidade do Parquet é dotada para questionar abusos característicos da monopolização das vontades do Estado centralizador, certamente que não se trata de invasão ou usurpação de poderes.

Assim, cabe ao órgão mover o Judiciário para atuar no controle de constitucionalidade e da legalidade das políticas públicas adotadas pela Administração. Se assim não fosse, que outro meio teria a sociedade de exigir coercitivamente o cumprimento dos princípios e regras regentes da ordem jurídica?

Para Koerner³⁵, não cabe à população ser vitimizada pela ausência de amparo estatal, é evidente que deve exigir dos atores sociais disponíveis para abarcar a situação que se apregoa, ou em suas palavras:

Não é cabível esperar que a população se preste a aceitar a perpetuação da mazela da função hipertroficamente simbólica e programática que vêm se dando aos preceitos constitucionais e

cirúrgicos são necessários, situação que conduz à automutilação e ao suicídio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves consequências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais. 18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública. (TRF-4ª Região - Ap. 2001.71.00.026279-9/RS - Rel. Juiz Roger Raupp Rios - 3ª Turma - j. 14/08/2007).

35 KOERNER, Andrei. **Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica**: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro. In: História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 259-281.

legislação infraconstitucional, que redundando na inaceitável convalidação da postergação da solução de necessidades sociais por meio de compromissos dilatatórios, o que de forma diretamente proporcional implica na insuficiência da concretização jurídica e fática de direitos fundamentais. Nesse sentido, o efeito é o de eliminação de alternativas aos atores políticos, e, pois, de constrangimento de sua liberdade de ação.

A ausência de disposição do Ministério Público para ajuizamento das demandas coletivas ou individuais homogêneas pode significar o adiamento das consequências objetivas capazes de advir em razão do indeferimento de medidas, como a prolongação da vida de um paciente³⁶.

Ao postular em favor dos interesses sociais e individuais indisponíveis age, portanto, o órgão, em favor da ordem jurídica e do regime democrático.

Quando isso não ocorre, o Estado não pode alegar ao cidadão que pautou sua conduta nas regras e nos princípios insculpidos no ordenamento jurídico, o próprio sistema normativo - mais precisamente os artigos 2º, 5º, inciso XXXV, e 37, *caput*, da Constituição Federal do Brasil – pois é assegurado ao Poder Judiciário o dever de atuar para restabelecer a legalidade, e essa se dá, para direitos coletivos, por meio da intervenção do Ministério Público.

A menção à legalidade aqui é de fulcral importância, neste ponto entendida como legalidade administrativa, noção que passou por uma profunda modificação de interpretação após a segunda força normativa que foi dada aos princípios.

Isso porque os princípios, no passado, possuíam apenas caráter informativo, ausentes de função normativa, eram meros vetores interpretativos das normas, com papel subsidiário de preencher eventuais lacunas da lei.

Após o intenso desrespeito aos direitos humanos e a crueldade sentida especialmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, passou-se a difundir a valorização pela normatividade dos princípios, passando os princípios regentes da atividade estatal a serem erguidos ao mais alto patamar do ordenamento jurídico³⁷.

36 ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Judiciário e Políticas Públicas**: a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-32, 2010. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/viewFile/118/120. Acesso em 12 jul 2013. p. 26.

37 Para o Ministro Luiz Fux: “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas”. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 880955-RS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601939694&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 05 dez. 2013.

Seguindo a orientação que foi fortalecida com a constitucionalização dos princípios, surge o denominado princípio da normatividade, segundo o qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita, passando a compreender regras e princípios, como serão detalhados no tópico a seguir.

O que importa mencionar para o momento é que direito contemporâneo identifica este princípio defendendo a ideia de que o princípio da normatividade engloba o princípio da Legalidade, já que, este consiste na conformidade das leis, decretos e atos normativos inferiores, bem como todos os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico.

Destarte o princípio da normatividade passou a ser junção do princípio da Legalidade e do ordenamento jurídico como um todo.

Significa dizer que é dever da Administração Pública, por determinação da Lei Maior do Estado, respeitar os princípios mencionados e outros que não estão expressos na lei, mas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da proporcionalidade, mediante o qual é permitido avaliar se os atos do Poder Público refletem um valor de justiça.

Assim, os atos da Administração pública não devem mais observar apenas as leis, mas sim todo o ordenamento jurídico, sempre buscando a satisfação do interesse público e atingindo um ideal de justiça social.

Desta explanação é possível declinar que há casos em que o Poder Judiciário pode e deve intervir para resguardar o primado da legalidade, que passa, necessariamente, pelo respeito ao conjunto normativo que lhe serve de alicerce, especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

E isso sem que se possa cogitar de afronta aos princípios da harmonia e da independência entre os Poderes da República, o Judiciário, através de sua atuação nos casos busca, apenas e tão somente, sua missão precípua de reconhecer a força normativa da pretensão constitucional segundo a qual a lei não excluirá da sua apreciação lesão ou ameaça a direito, pois onde houver direito sendo violado caberá o pedido de intervenção judicial.

A interpretação correta e sistemática dos artigos 2º, 5º, inciso XXXV, e 37, *caput*, da Constituição brasileira, bem assim de todos os outros com os quais eles guardam pertinência, conduz, sem qualquer resquício de dúvida, à dedução de

que o controle judicial da Administração Pública não somente é possível, mas, sobretudo, necessário quando se trata de direitos coletivos e consecução das políticas públicas.

Tanto porque essa é a sua atribuição constitucional quanto porque ela está indelevelmente vinculada a esses direitos. Com efeito, uma das principais características do Estado Constitucional é o controle do poder, notadamente o controle substantivo a partir dos direitos fundamentais.

No entanto, é de se observar que essa intervenção deverá sempre se basear em princípio orientador, como se explanará a seguir.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao que se pôde abstrair, verifica-se que sempre que um cidadão postula, no caso concreto, através dos meios que lhe sejam dados, como por intermédio do Ministério Público pela concretização de seu direito fundamental à saúde, existe um aparente conflito entre princípios constitucionais, quais sejam: dignidade da pessoa humana e direito à saúde *versus* reserva do possível e separação dos poderes.

Para a solução da problemática, importante explanar, de início, alguns pontos da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, defensor da ideia de que as regras são sustentadas por princípios e que no processo de elaboração das leis, o que compete ao legislador é ponderar valores, sopesar princípios e tomar decisões para os casos concretos futuros. Desta conclusão, surge a concepção dworkiniana de que o Judiciário, ao se confrontar com os *hard cases*, deve legislar para o caso concreto.

Dworkin³⁸ concebe os chamados direitos morais, ou seja, direitos subjetivos criados diretamente por uma estrutura extralegal, sem que haja necessidade de previsão normativa, defendendo, ainda, o direito de desobedecer a certas leis que firam os direitos fundamentais. Para Dworkin, estas leis, na verdade, não são sequer Direito, já que este, como se depreende de sua teoria, é parte da moral.

De acordo com o renomado jurista, os direitos fundamentais ocupam seu espaço no mundo jurídico independentemente de haver normas que o prevejam, sendo a sua existência uma realidade de fato, inexorável, que dispensa o reconhecimento do legislador.

Já para Robert Alexy³⁹, o qual deu continuidade ao pensamento de Dworkin acrescentando características próprias, o cerne distintivo entre regras e princípios é que estes são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam algo a ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana**: A teoria e a prática da igualdade. Martins Fontes. São Paulo: 2005, p. 400 - 434.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Mandamentos que podem ser cumpridos em diferentes graus e cuja medida devida de cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das de ordem jurídica.

Segundo Alexy, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, há de fazer-se exatamente o que ela exige, sem acréscimos ou reduções. Elas contêm, pois, determinações, no âmbito do fático e juridicamente possível, diferenciando regras e princípios de forma qualitativa, e não apenas por grau.

Entretanto, é na colisão de princípios e no conflito entre regras que a sua distinção se mostra mais claramente, pois a solução jurídica dada a cada uma dessas situações diverge.

No caso dos conflitos de regras, a resolução dá-se na dimensão de validade, ou seja, somente podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, minimizando o seu caráter definitivo ou declarando inválida pelo menos uma das regras. Com efeito, uma norma vale ou não vale juridicamente. E se ela vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica.

Dessa forma, o conflito entre duas regras há de ser solucionado por outras regras, como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. E conclui Alexy⁴⁰: “o fundamental é que essa decisão se dê no campo da validade”.

Nada obstante, encontraremos solução diversa quando o caso concreto indicar conflito entre princípios, porquanto estes, ao contrário das regras, podem colidir, mesmo quando ambos sejam válidos.

Não se trata de verificar qual dos princípios colidentes é inválido, como se faz no caso de colisão entre regras, mas, sim, de se questionar qual deles tem maior peso na análise fática, embora abstratamente ambos estejam no mesmo nível.

É, pois, a partir do sopesamento que Alexy apresenta a lei de colisão, e com base nela conclui que dois princípios, quando considerados isoladamente, podem levar a conclusões contraditórias; entretanto, não se pode imaginar, por isso, que um invalidará o outro, visto que não há precedência absoluta de nenhum deles. A precedência só pode ser avaliada à luz do caso concreto, conforme ensina o jurista⁴¹:

40 ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 90.

41 ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 95.

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Nesse pórtico, o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional (art. 1º, III) possibilita, numa situação de necessidade imediata, que se dê preferência à proteção à saúde, elemento indissociável à vida, em detrimento de princípios outros, com menor peso, a exemplo da reserva do possível.

Entretantes, essa ponderação entre os princípios deve ser utilizada juntamente com a aplicabilidade das regras do sistema, orientando a interpretação e trazendo justiça ao caso.

Em sendo assim, primeiramente caberá ao administrador verificar com base na lei infraconstitucional se o interessado não preenche os requisitos para recebimento do pedido relativo ao direito à saúde dentre dos padrões exigidos pelo Estado, no entanto, muitas vezes, mesmo que preencha os pressupostos autorizadores para recebimento de medicamentos/tratamentos, esses direitos são negados por ausência de organização do Estado, já que o objeto do pedido foi previsto em instrumento normativo.

Contudo, há inúmeras demandas que versam sobre medicamentos previstos na lista divulgada pelo próprio SUS, mas que não é atendida por falha no próprio sistema.

Situação um tanto mais tormentosa é verificada quando o pedido não é abarcado pelo SUS e sequer aprovado pela ANVISA.

Neste sentido, ainda que fizesse o equilíbrio no uso dos princípios por meio da proporcionalidade, o próprio Dworkin⁴² informou, baseando-se na obra do filósofo francês René Descartes, que a saúde e a vida humana são os bens supremos da sociedade.

E, ainda, que a partilha dos bens na presente sociedade seja injusta e desproporcional, seria censurável exigir pagamento por parte dos mais pobres em relação aos serviços de saúde.

Esse pensamento culminou numa ideia de que a saúde e a manutenção da vida humana são os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual

42 DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 434.

todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que sejam as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

No entanto, para a sobrevivência do Estado democrático, esse ideário não pode ser visto de tal forma, ao menos não sem certas ressalvas.

O ponto fulcral da situação se abstrai em problemáticas. Primeiro, a partir do princípio da separação dos poderes, na medida em que o Judiciário é capaz de conceder medidas para garantir o direito à saúde, conforme já visto. Segundo, o problema do déficit democrático, consistente na própria legalidade da medida.

Novas despesas são geradas, as quais não foram previstas na Lei Orçamentária Anual, de maneira que recursos da saúde, já previamente existentes, terão de ser realocados em favor desta nova despesa. Isto implica em que se o ente federativo for instado judicialmente à aquisição de medicamento de alto custo, atingindo determinado número de pessoas doentes, outros tantos serão fatalmente prejudicados, com evidente quebra do princípio da isonomia entre os cidadãos.

Será a chamada “justiça distributiva” por Aristóteles, data máxima vênua, que irá promover o princípio da igualdade entre os cidadãos, posto que aos menos afortunados ficam reservados o direito da representação judicial através de órgão constitucionalmente assegurado. Se os recursos são escassos e os medicamentos têm alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos, realocação de despesas e visualização do impacto no caso concreto para determinar quais direitos devem ser sobreponderados em relação aos outros.

Ocorre que, especialmente em casos individuais, em que o cidadão é acometido por doença ou deficiência séria, em que o medicamento não é fornecido pelo SUS, ou sequer reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, além disto, tem altíssimo custo para o Estado é realmente forçoso para o julgador proceder de forma a manter os padrões da razoabilidade⁴³.

O Julgador deve considerar que um caso único não deve ser abarcado, quando, por exemplo, um único paciente tem uma despesa em medicamentos de quase 20 mil reais por mês, conquanto que inúmeros outros pacientes poderiam ser

43 A questão relacionada ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público é objeto de significativos debates nos Tribunais Superiores, inclusive com a existência de recursos com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e representativos de controvérsia admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

beneficiados por esta mesma quantia, pessoas com problemas de saúde mais simples?

Por este motivo, o Supremo Tribunal Federal considerou repercussão geral ao RE 566.471, cuja ementa dispõe:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

A partir daí o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, diz existir repercussão geral no caso concreto, já que a hipótese cuida do respeito à saúde como um todo, “questão de inegável apelo coletivo”.

Apesar de ainda não julgado o Recurso Extraordinário, o deslinde da questão certamente tratará de vários quesitos fundamentais para solucionar, com especial ênfase, os requisitos para que o magistrado se baseie no caso concreto ao prolatar sua decisão.

Cada caso deverá sempre ser avaliado em relação aos critérios de necessidade. Entrementes, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente pode, também, gerar lesão à ordem administrativa e ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Até o momento já se tem a diferenciação entre tratamentos puramente experimentais daqueles já reconhecidos, mas não testados pelo sistema de saúde brasileiro. No caso daqueles, o STF pugna pela não obrigatoriedade da concessão pelo Estado.

No entanto, em casos de medicamentos não reconhecidos pela ANVISA, não necessariamente o tratamento será negado, posto que o conhecimento da ciência não é estanque e evolui com grande velocidade, por não raras vezes a Agência é incapaz de acompanhar o sistema.

Como se exemplifica através de dois julgados enfrentados pelo TJRN, o primeiro nega o medicamento por não ser previsto nas exigências legais, o segundo decidiu exatamente o oposto:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DENOMINADO

DACARBAZINA. **FÁRMACO COM REGISTRO CANCELADO JUNTO À ANVISA.** RESOLUÇÃO 348 DE 29/01/2010. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA COMERCIALIZAR E DISTRIBUIR O CITADO MEDICAMENTO. **EXIGÊNCIAS LEGAIS NÃO PREENCHIDAS. INVIABILIDADE DO CUMPRIMENTO DA LIMINAR SINGULARMENTE CONCEDIDA.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (TJRN AI 2011.0008767-2, da 1ª Câmara Cível, rel. Des. Dilermando Mota, DJ 27.01.2011 - Destaque acrescido).

A mesma Câmara decidiu dar provimento a medicamento não previsto na ANVISA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO E SEM REGISTRO NA AVISA.** CASO QUE SE ENQUADRA NA EXCEPCIONALIDADE SUGERIDA PELA RECOMENDAÇÃO Nº 31/2010 DO CNJ. JUÍZO DE CAUTELA. POSSIBILIDADE DE ÓBITO. **DIREITO À VIDA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE JUSTIFICAM A MEDIDA DE URGÊNCIA REQUESTADA.** ART.1º, INCISO III, E ART. 196, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÁRMACO JÁ CONCEDIDO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA EM DEMANDA IDÊNTICA. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJRN AI 2011.000882-8. 1ª Câmara Cível, rel. Des. Saraiva Sobrinho, DJ 06.10.2011 - Destaque acrescido).

Isso porque, não cabem aos pacientes necessitados sujeitarem o seu direito à saúde por essas incongruências. Assim, quando não existe outra opção, há uma forte tendência jurisprudencial a conceder o tratamento aos pacientes, pois noutro caso só lhes restaria aguardar a concretização da ausência de amparo estatal e a violação ao direito à saúde e à vida.

Como se verifica, a ideologia consagrada pela Constituição Federal resume um catálogo valorativo, não sendo meramente um ideário; reclama, pois, efetividade real de suas disposições normativas, cuja aplicação deve se dar dos princípios fundamentais para os princípios setoriais.

E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio basilar da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana, o qual se desdobra, dentre outros, na proteção à vida e à saúde, cuja restrição deve ser a menor possível, vez que constituem bens de valor imensurável e impossíveis de ter seu resguardo preterido.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se pôde abstrair de todo o que foi exposto durante o percurso deste trabalho é que a questão que envolve o tema direito à saúde e limitação pela reserva do possível parece ser muito mais de organização administrativa do que financeira.

Isso porque, na maioria das vezes, o Estado se utiliza da teoria da reserva do financeiramente possível para postergar o direito do cidadão, entretantes, quando forçado pelo Judiciário através de órgão posto à disposição do interessado, “magicamente” parece retirar a dinheiro de outra demanda para atender a determinação judicial.

Se o indivíduo não pode contar com o Estado para proteger direito tão fundamental à existência da própria nação, se torna difícil crer que a sua Constituição Federal não é constituída de princípios meramente interpretativos, sem nenhum cunho normativo.

É necessário que o Estado valorize, em primeira opção, os seus cidadãos, dando-lhes ao menos condições de existência para que possa realmente falar em Estado Democrático de Direito.

O brasileiro não pode crer que a sua Lei Suprema é mero ornamento, um bem supérfluo sem qualquer poder frente ao desejo parcial dos governantes.

Destarte, é de se exigir na aplicação das normas constitucionais, a exegese partindo-se dos princípios fundamentais. Daí se constatando o princípio fulcral e supraconstitucional, fundante da República, a especial proteção à dignidade da pessoa humana o que, sem dúvida, conecta o acesso à saúde e à vida com qualidade, dentro do abrangido pelo mínimo existencial ao cidadão.

Deste último derivam todos os demais direitos fundamentais, associando a uma ideia de proteção e conservação do indivíduo para que possa gozar dos demais direitos fundamentais e após isso, contribuir para o desenvolvimento do Estado.

Motivo pelo qual não se pode conceber a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a própria existência humana, através da vida com qualidade, num desses direitos. Assim, porque no conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência digna.

Pois bem, foi demonstrado no decorrer do estudo que a norma supraconstitucional da dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo, através da constitucionalização do direito fundamental à saúde pela obrigação atribuída ao Estado no seu dever de formular e implementar políticas públicas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, dentre outras vertentes.

Graças à finitude dos recursos e da crescente demanda social, cabe ao Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades. Impõe-se optar através da definição de políticas públicas, cuja implementação depende de previsão e execução orçamentária.

Ainda assim, o agente estatal tem a função de assumir uma postura consciente de seu dever-poder de proteção e promoção da dignidade humana, se impondo o fornecimento de prestações por parte dos responsáveis pela implementação do SUS.

Quando o direito não for garantido a qualquer cidadão, cabe ao Ministério Público interpelar com o objetivo de trazer validade ao direito constitucionalmente tutelado e indisponível.

Dentro deste íterim, a omissão estatal terá que ser plenamente justificada, não cabendo a alegação única de escassez de recursos, especialmente porque, conforme entendimento dos tribunais superiores, é ônus do Estado provar a impossibilidade de pagamento, não podendo se valer de mera dicção sem fundamento probatório.

O fato é que é papel do Estado, tanto rever, quanto aplicar adequadamente os recursos arrecadados para atender as necessidades coletivas e o controle judicial dessas políticas que viabilizam os direitos sociais que necessitam efetivar determinadas prestações passa, necessariamente, pelo controle da disponibilidade de recursos e da execução orçamentária.

Assim, por meio do uso da proporcionalidade o Poder Judiciário, impulsionado do Ministério Público, pode exigir do Poder Executivo a disponibilidade de recursos para atender as necessidades públicas individuais e coletivas, em sede de direitos fundamentais.

Deve ser avaliado que a reserva do possível pode ser requerida e ultrapassada para abarcar situações individuais de demandas em que as condições,

em cada caso, se encontrem abaixo do mínimo existencial ou quando o Estado não consiga se livrar do ônus de comprovar a mera alegação da impossibilidade de cumprimento do dever em virtude da reserva do possível.

Cada um dos poderes constituídos deverá exercer o seu papel para implementar os direitos fundamentais, considerando que o orçamento de cada ente da Federação, deve incluir as políticas públicas, conforme previsões legais que as autorizem.

É patente que o Estado não pode perder de vista os objetivos fundamentais, traçados na Constituição Federal. E, para atender tais objetivos, deve elaborar um planejamento adequado, com um orçamento que lhe permita a viabilização dos direitos sociais, assegurando existência digna a todos.

De uma trajetória traçada a partir da desconsideração da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores pátrios passou por um período de absolutização de tais direitos e tende, atualmente, a buscar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da reserva do possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, nº134, abr./jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. Martins Fontes. São Paulo: 2005.

KOERNER, Andrei. **Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro**. In: História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 259-281.

KRELL, Andreas Joachim; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 21 de jan. de 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. O Direito à saúde. SCHWARTZ, Germano (organizador). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. vol. 2, n. 3, Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O Controle de Políticas Públicas**: Um Desafio à Jurisdição Constitucional. Revista Parahyba Judiciário do Poder Judiciário – Justiça Federal da Paraíba, João Pessoa, Ano 6, nº 7, novembro/2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Essencial**: Paradigmas para uma Definição. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fatima. Efetivação **de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522&revista_caderno=26>. Acesso em fev 2014.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Judiciário e Políticas Públicas**: a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-32, 2010. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/118/120. Acesso em 12 jul 2013.

SANCHIS, Luis Prieto. **Sobre Princípios Y Normas**: Problemas del Razonamiento Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A titularidade simultaneamente individual e coletiva dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 4, n. 10, p. 205-229, jan-mar, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora RT, 2012.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08 de ago. de 2008, Plenário, DJE de 17 de out. de 2008.

_____. RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-5-1998, Primeira Turma, DJE de 19 de jun. de 1998.)

_____. RE 341.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-2003, Segunda Turma, DJE de 5 de mar. de 2010

_____. Mandado de Segurança nº 22164/SP, do Pleno, Brasília, DF, 17 de nov. de 1995.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Brasília, DF, 29 de abr. de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 431 do STJ. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20 de abr. de 2010.

_____. REsp n. 880955-RS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de outubro de 2007.

_____. REsp: 945785 RS 2007/0094569-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 11 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região. AI 2005.04.01.051609-6/SC. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, Data de Julgamento: 29 de jun. de 2006

_____. AP 2001.71.00.026279-9/RS - Rel. Juiz Roger Raupp Rios - 3ª Turma - j. 14 de ago. de 2007).