

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Gustavo Alves Camargo
Ingrid Gontijo Costa
João Pedro Montes Santos

RESUMO

O objetivo do presente artigo foi de discorrer acerca da situação da saúde no Brasil e, juntamente a isto, analisar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, confrontando-os e discorrendo acerca da possibilidade da aplicação prática de cada um deles. Para tanto, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, buscando-se definir o conceito de Direito à Saúde como um direito fundamental, sob a égide constitucional. Realizou-se, também, um confronto entre os princípios da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, sendo feita uma análise pormenorizada das características principais de cada um desses e avaliando sua aplicação na questão da saúde. Buscou-se, ainda, a análise jurisprudencial da efetiva aplicação dos conceitos abordados no presente estudo, realizando-se uma breve abordagem histórica da situação da saúde no Brasil e confrontando com a atuação prática do poder judiciário. Buscou-se, especificamente, fazer uma análise da judicialização da saúde no cenário brasileiro e, diante disso, buscar os meios, as teorias, normas e princípios mais utilizados para a garantia do Direito à Saúde. Os resultados obtidos com o presente estudo nos possibilitaram reconhecer o verdadeiro estado de calamidade em que se encontra a saúde pública e as políticas públicas a ela relacionadas, sendo necessária a reiterada intervenção do poder judiciário para que prevaleçam as garantias individuais indisponíveis previstas pela Constituição Federal. Para desenvolver tal pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com tipo de pesquisa documental e bibliográfico.

ABSTRACT

The goal of the present article was to expatiate about the health situation in Brazil and, along with that, analyze the principles of reserve against possible and minimum existential, and confront them, descanting about the possibility of practical application, in each of them. Therefore, there were conducted doctrinaires and jurisprudences research, seeking to define the concept of Right to Health as a fundamental right, under the constitutional egis. There were also conducted a confrontation between the principle of reserve against possible and the minimum existential, making a detailed analysis of the main characteristics of each one of them and evaluating its application in the matter of health. It was also sought to make a jurisprudence analysis of the effective application of the principles addressed in this article, making up a brief historical approach of the health situation in Brazil and confronting it with the practical acting of Brazilian judiciary. It was specifically meant to make an analysis of the right of health judicialization in Brazilian scenario so, with that, search for the most used ways, theories and legal terms to grant the right of health. The results achieved from the present study gave us the possibility to recognize the true calamity status that is the public health and its related public policies, being necessary the judiciary to reiterate intervene, so it can make the constitutional individual grants to prevail. To develop this research it was used the deductive method, with documental and bibliographic research types.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 4 |
| 1 DIREITO À SAÚDE..... | 6 |
| 1.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental | 6 |
| 1.2 Eficácia Jurídica e Social do Direito à Saúde | 8 |
| 2 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL..... | 10 |
| 2.1 Mínimo existencial | 10 |
| 2.1.1 Mínimo Existencial: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial . | 10 |
| 2.1.2 Finalidade | 15 |
| 2.1.3 Delimitação | 16 |
| 2.2 Reserva do Possível | 17 |
| 2.2.1 Reserva do Possível: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial . | 17 |
| 2.2.2 Escassez de Recursos..... | 20 |
| 2.2.3 Confronto com o Mínimo Existencial..... | 21 |
| 2.2.4 Delimitação | 23 |
| 3 JUDICIÁRIO COMO MEIO (INEFICAZ DE ACESSO À SAÚDE | 24 |
| 3.1 Judicialização do acesso à Saúde | 24 |
| 3.2 Aplicação Prática dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível | 29 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 32 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 34 |

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como abordagem o tema relacionado à saúde pública brasileira, no que diz respeito às suas limitações impostas pela reserva do possível, conflitante com as necessidades básicas do ser humano, representadas pelo mínimo existencial. Nesse contexto, busca-se demonstrar o embate existente entre os institutos, de forma a apresentar ao leitor, seus conceitos, aplicações, além de analisar os desdobramentos acarretados pela intervenção do judiciário na problemática da saúde nacional. Ao fim, trata-se da questão jurídica referente às ações propostas que buscam o efetivo cumprimento do direito fundamental e social relativo à saúde.

A saúde, apesar de ser direito garantido constitucionalmente, e assim gozar de maior proteção jurídica, sendo essencial à dignidade da pessoa humana e imprescindível para o desfrute de uma vida, encontra barreiras para o seu implemento de forma integral. Se por um lado a sociedade clama pela melhora das condições básicas de saúde, por outro, percebe-se um Estado saturado por não conseguir corresponder à altura da demanda que lhe procura. Assim, a alegação da reserva do possível tornou-se recorrente em nosso ordenamento, o qual assevera não ser o sistema capaz de arcar com toda carga social que lhe é imposta, deixando de cumprir preceitos mínimos e essenciais ao cidadão brasileiro.

O objetivo geral da pesquisa é verificar a aplicação dos princípios constitucionais frente à prestação de serviços proporcionados pelo Estado em relação à saúde pública, analisando o tocante à isonomia entre os indivíduos que precisam de atendimento médico-hospitalar, assim como as possibilidades do Estado frente à necessidade humana. Ainda possui como principal finalidade, explanar sobre os princípios constitucionais relativos à saúde. Discorrer e estabelecer os preceitos legais acerca desse tema no Brasil e se há cumprimento dessas normas. Analisar o trâmite daqueles que optam por recorrer ao Judiciário como forma de garantir a prestação de serviços públicos. Debater sobre os institutos da reserva do possível frente ao mínimo existencial, e, assim, propor ou encaminhar às soluções que possam auxiliar na dinâmica da saúde pública.

Além de atual, por se tratar de tema atemporal, por dizer respeito à condição inerente a vida do ser humano, é também relevante a toda sociedade, já que confere direito mínimo necessário à existência do cidadão com dignidade, impondo ao Estado prestações positivas, de

fazer. Nos casos em que o Estado não garante completamente tais condições, está inviabilizando o gozo de outros direitos fundamentais, tendo em vista que, sem a saúde, ameaça-se o direito à vida, tornando impossível se efetivar grande parte das normas dispostas no ordenamento jurídico nacional, inclusive na própria Constituição Federal.

Metodologicamente, esse trabalho optou por ter como instrumentos de pesquisa, referências bibliográficas, doutrinas, monografias, artigos científicos, análise de jurisprudências que abordem o direito pátrio que trata do tema saúde, especificamente os princípios constitucionais relacionados ao assunto. Introduz-se a contextualização dos direitos humanos acerca da dignidade da pessoa humana, assim como o direito à saúde e ao bem-estar do cidadão. A análise desses instrumentos é textual analítica, além de histórica e comparativa. Quanto à metodologia abordada, é utilizado o método dedutivo.

Quanto à estrutura, o artigo dispõe de três capítulos, sendo o primeiro destinado à contextualização e normatização existente acerca do tema, explanação dos principais conceitos e princípios referentes ao assunto, além de abordar a eficácia e efetividade dos direitos sociais no país. O segundo capítulo, ao aprofundar mais sobre o assunto, trata de fundamentações, delimitações, finalidades e conceitos dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível. Por fim, o terceiro e último capítulo, se destina à análise jurisprudencial e estatística de dados observados em determinados tribunais brasileiros, dados esses relacionados à forma como os cidadãos buscam o acesso à saúde judicialmente, e como esse meio pode afetar as decisões proferidas favoravelmente ou não ao paciente e como isso pode influir na realidade social do país.

1 DIREITO À SAÚDE

1.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a saúde pode ser conceituada como sendo “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”. A abrangência desse direito, alcança todo brasileiro e estrangeiro residente nesse país, conforme art.5º, caput, CF 88, e deve ser aplicado de forma imediata.

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde representa um dos direitos sociais disciplinados em referido dispositivo. Assim, por ser um direito social, torna-se fundamental a todos os cidadãos e representa um dever do Estado, no qual será assegurado por meio de políticas sociais e econômicas com objetivo de reduzir os riscos de doenças e garantir igualdade nas ações e nos serviços que ensejam à sua promoção, proteção e recuperação. Tem-se, então, que nenhuma regra hermenêutica pode se sobressair a esse princípio, que garante, indiretamente, a ordem maior, qual seja, a preservação da vida. (STJ, DJU, 4.9.2000, PG 121, ROMS 11.183-pr, Rel. Min. José Delgado).

Por ser a saúde, um direito social com previsão na Carta Magna, essa possui natureza de plano normativo, vez que visa estabelecer uma nova ordem econômica e social, com estipulação de programas e objetivos que deverão ser efetivamente consubstanciados pelo Estado (SCHWARTZ, 2001). Com isso, os direitos sociais, que são direitos fundamentais do homem, demonstram-se como sendo verdadeiras liberdades potestativas, com dever de cumprimento obrigatório por parte do Estado Social de Direito, tendo como escopo principal a concretude de uma igualdade social (MORAES, 2008).

Em decorrência dessa garantia dada pela Constituição, surgem alguns princípios a serem aplicados, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade e igualdade, os quais visam assegurar ao indivíduo a efetiva prestação dos deveres impostos ao Estado. Canotilho (1997) afirma que os princípios-garantia têm como objetivo instaurar de forma direta e imediata uma proteção aos cidadãos e por isso atribui-se a eles, uma autenticidade de norma jurídica com poder determinante. Esses princípios estabelecem diretamente as garantias para o cidadão e, a partir de então, os autores lhe denominam em forma de norma jurídica.

Como estrutura e ponto de partida de qualquer criação jurídica, encontra-se o princípio da dignidade humana, que, na esfera do Direito, traduz e baseia tudo aquilo que diz respeito ao ser humano, é o centro de imputação jurídica, de significância única e valor soberano da ordem jurídica, assim, como se trata de um ponto referencial no que diz respeito tanto à interpretação, como à aplicação das normas, tem-se que sua utilização prescinde do emprego dos demais institutos ou princípios.

Diante dos princípios norteadores do SUS (Sistema Único de Saúde), tem-se que a Universalidade deve ser entendida como garantidora de atenção por parte do sistema, abrangendo todo e qualquer indivíduo. Nesse sentido, todo cidadão dispõe do direito de acesso aos serviços de saúde disponibilizados publicamente e, nas situações em que o sistema público não consiga propiciar esse direito, o cidadão deve ter ao seu dispor o serviço cedido pela rede privada, porém, custeada pelo poder público, sendo possível assistir o paciente da forma que for necessária. Para que esse sistema subsidiário funcione, os hospitais particulares deverão cumprir requisitos e exigências para que possam oferecer auxílio ao enfermo. Compete as três esferas do governo proporcionar o direito à saúde assegurado pela lei (PONTES *et al*, 2009).

O princípio da igualdade previsto no art. 5º da Constituição Federal, garante aos cidadãos a possibilidade de usufruir e gozar de tratamento igualitário proporcionado pela lei. Em decorrência desse princípio, são proibidas as diferenciações aleatórias, discricionárias e injustificáveis, com base nos valores da Constituição, que possuem o escopo de delimitar a atuação do legislador, intérprete e das autoridades, particulares e públicas. O princípio da igualdade se expressa em duas formas: na lei e perante a lei. O primeiro caso, diz respeito à aplicação do direito no caso concreto. A igualdade expressa na lei, deduz que as normas não devam dar tratamento distinto aos cidadãos, portanto, deve cuidar-lhes de forma igualitária, com exceção das situações devidamente expressas na Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal determinou a tríplice finalidade da isonomia: delimitar o legislador, o intérprete, que é a autoridade pública, e o particular. A atividade legislativa é definida pela igualdade, em seu sentido amplo, assim, a autoridade pública, também está sujeita as regras da isonomia. Um magistrado, não poderá determinar atos provindos das normas que se tornem situações de não igualdade. Cumpre-lhe, ao invés, extinguir arbitrariedades ao exercer a jurisdição nos casos concretos que possuem tal repercussão não isonômica. Para o particular, o princípio se reflete na determinação de sua conduta, que não

poderá discriminar seus iguais, na forma de preconceitos, racismo, podendo ser responsabilizada tanto civilmente quanto penalmente (BULOS, 2002).

O direito à saúde, que é um direito social, afigura-se como um dos elementos que marcaram a transição do constitucionalismo liberal ao surgimento do constitucionalismo social, ou seja, momento em que se passou a exigir do Estado não mais uma possibilidade de exercer a liberdade negativa na atuação enquanto ente assegurado de uma liberdade humana, mas sim uma obrigação de conduta positiva nas prestações dos direitos à saúde aos cidadãos (HUMENHUK, 2004, *apud*, NUNES). Dessa maneira, trata-se o direito à saúde de uma espécie de direito fundamental de 2ª Geração, na qual reclama do Estado uma conduta que possa estabelecer condições mínimas de vida com dignidade, visando diminuir as desigualdades sociais e garantir a efetividade da saúde (IURCONVITE, 2007).

1.2 Eficácia Jurídica e Social do Direito à Saúde

As normas constitucionais devem ser analisadas, contudo, sob o prisma de sua eficácia, que poderá ser tanto jurídica quanto social. Se jurídica, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida ou limitada. Se social, analisa-se sua aplicação ao caso concreto, ou seja, seu potencial para regular e interferir nas relações sociais.

Nas palavras de Temer (2004, p. 23):

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica. Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta para produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeito jurídico na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicada juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada corretamente.

A positivação do direito à saúde no texto constitucional criou, no Brasil, a real possibilidade de que a população recorra ao poder judiciário para garantir sua efetivação, requerendo a aplicação da norma ao caso concreto, sob o argumento – válido – de que o direito à saúde possui previsão no texto maior e, por isso, deve ser garantido a todos, sem

qualquer distinção. Isso porque, segundo a norma, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá, também por previsão constitucional, tratar a todos com igualdade, sem distinção de qualquer natureza e, conseqüentemente, sem diferenciação da gravidade do caso concreto, devendo, dessa forma, garantir à toda a população, acesso irrestrito à garantia da saúde.

Cumpra esclarecer a diferença dos conceitos de eficácia e efetividade. A primeira consiste na efetiva capacidade dos atos jurídicos de surtirem efeitos, cumprindo a finalidade para a qual foi criado. Já a efetividade consubstancia-se na própria eficácia social da norma, ou seja, nos efetivos mecanismos para a sua real aplicação ao caso concreto. Representa, assim, a materialização, no mundo dos fatos, de sua finalidade.

Nesse sentido, confira o voto proferido pelo ilustre Ministro Luiz Fux, nos autos do RECURSO ESPECIAL n. 811.608/RS:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

Fato é que, não obstante sua eficácia jurídica, sua aplicação no plano de realização material, ou seja, sua eficácia social, é deveras utópica. A existência da garantia positivada no texto maior e sua aplicação ao caso concreto, seja por políticas públicas, seja por decisão judicial, não é capaz de fazer surgir tantos leitos quanto necessários, tantos medicamentos quando requeridos ou tantas cirurgias quanto requisitadas.

Nesse sentido, percebe-se que, ainda que atingida a eficácia jurídica, é possível que a norma constitucional não atinja sua finalidade no plano de realização material, ou seja, não seja efetiva, ainda que por decisão judicial, tendo em vista a impossibilidade de atendimento do texto em sua literalidade, levando à sua ineficácia material.

Depreende-se, portanto, que, se por um lado há o dever do Estado de proporcionar aos indivíduos a saúde, por outro, não se pode almejar que todos os procedimentos e assistências sejam fornecidas de maneira integral e efetiva. Com o grande número de processos tratando

do assunto, além daqueles que não recorrem ao Poder Judiciário, as demandas se tornam cada vez maiores, crescendo de forma inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas. Aqui aparece a grande problemática de todo o sistema, qual seja, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Mínimo existencial

2.1.1 Mínimo Existencial: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial

Embora o instituto do Mínimo Existencial não esteja constitucionalmente previsto, não é possível ignorar sua existência, principalmente devido ao reconhecimento doutrinário que lhe é dado. Entretanto, apesar de tal reconhecimento, não lhe foi dada uma definição exata acerca de seu conceito, assim, se torna pertinente esclarecer e estabelecer alguns de seus parâmetros para sua aplicação, ainda que caiba ao intérprete-aplicador da norma o fazer de acordo com cada caso concreto.

Entretanto, é possível estabelecer um “padrão mínimo social”, que engloba as prestações sociais originárias, dentre elas, o atendimento básico e eficiente à saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia. Esse padrão variará de país para país, a depender de seu nível de desenvolvimento, assim como poderá sofrer alteração de interpretação dentro de um mesmo país, o que leva a uma insegurança jurídica que deve ser sanada pela doutrina.

Acerca do assunto, surgiram duas teorias sobre a aplicação do mínimo legal, a primeira, chamada de teoria absoluta, traz que, independentemente da situação concreta, sua utilização estaria blindada de eventual decisão legislativa. Já a teoria relativa, defende que, a partir do caso real, haverá um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade, ou seja, seu uso não será feito de forma irrestrita (BASTOS, 2014). Assim, diante de tais correntes, nota-se que não há no direito, um conteúdo previamente fixado sobre o que seja uma existência digna, o que somente será observado diante de um caso concreto.

Refere-se ao mínimo existencial, o art. 1º da Lei Federal nº 8742/93, como

A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Assim como o faz o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

A delimitação do conteúdo e conceituação propostos pela doutrina brasileira apresenta vários posicionamentos. Para Barcellos (2002), o mínimo existencial significa “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. A autora entende ser o mínimo existencial o cerne do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual engloba um mínimo de quatro elementos prestacionais: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

Sarlet e Figueiredo (2008) asseveram que o objeto do mínimo existencial não se confunde com “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, visto que a garantia de sobrevivência física do homem não queira dizer, necessariamente, a preservação de uma vida digna, com qualidade. Ressaltam que não seja possível elencar taxativamente os elementos essenciais do mínimo existencial, o que merecerá análise de acordo com as necessidades de cada indivíduo e do meio onde vive. Entretanto, dizem ser possível relacionar um conjunto de obtenções já garantidas, que norteariam um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Os autores referem-se, ainda, à efetivação da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, que trata não somente de "um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável". É posto, assim, em sua estrutura, a dignidade e suas formas de concretização, não reduz o mínimo existencial ao "mínimo vital" (SARLET E FIGUEIREDO, 2008).

Finalmente, Torres (1995), embora não delimite um conteúdo específico, afirma que “o problema do mínimo existencial se confunde com a própria questão da pobreza”. De acordo com o autor:

Há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.

Depreende-se, portanto, que o conceito de Mínimo Existencial não pode se limitar ao sinônimo puro e simples dos requisitos para se sobreviver nos aspectos físicos e biológicos. Engloba fatores além desses, os quais proporcionam ao indivíduo uma existência digna, não somente aquela no aspecto vital. Assim, além da própria existência, deve levar-se em consideração, a educação fundamental, a saúde básica, alimentação, saneamento básico, a assistência social aos desamparados, habitação, renda mínima, transporte e acesso à justiça.

Tem-se que a mera sobrevivência, não é sinônimo de mínimo existencial, ainda que haja existência, nem sempre haverá a dignidade humana. Suas exigências podem variar de acordo com as condições econômicas, culturais e sociais de um povo. Alguns parâmetros, no entanto, são, hoje, reconhecidos quanto ao que é necessário para uma vida digna.

Sob o ponto de vista jurídico, ao se tratar do “mínimo existencial” remete-se a condições fortemente ligadas à realização dos direitos fundamentais, que exercem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O núcleo desse princípio diz respeito à preservação e garantia das bases mínimas para uma vida ser considerada digna. Significa que o direito ao mínimo existencial está fundamentado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é o elemento basilar de toda a ordem constitucional. Isso significa que não deverá ou poderá ser violado e que, simultaneamente, deve ser acolhido, promovido e protegido.

Os direitos fundamentais, principalmente os sociais, são a representação do objeto da dignidade humana e a sua efetivação nas instituições sociais. Partindo-se da dignidade, como fundamento constitucional, é que se explicita e até se exige o reconhecimento do direito ao mínimo existencial.

Para melhor elucidação do mínimo existencial, deve se levar em consideração, também, o princípio da igualdade, que, em função das desigualdades existentes na sociedade, tentará atuar no sentido de diminuí-las ou, quando possível, extingui-las, promovendo a isonomia entre os indivíduos, dando possibilidade de acesso dos grupos mais fragilizados e necessitados às políticas públicas. Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade também se mostra como valor norteador para se erguer o Estado Democrático de

Direito, presente no art. 5º da Constituição Brasileira como uma garantia e direito fundamental, com o objetivo de erradicar a pobreza, a marginalização e a redução de desigualdades sociais e regionais (SILVA, 2010).

A partir das necessidades, os pressupostos do princípio da igualdade estabeleceram procedimentos e ações para que ele funcione como norteador da interpretação da norma, a fim de não causar diferenciações, na forma como se é imposto diante de decisões exaradas ou atos realizados, e assim não produza disparidades injustas à luz dos preceitos constitucionais, visto que tem como escopo garantir que os preceitos normativos não prefiram, de forma arbitrária e injustificável, alguns em detrimentos de uma maioria. O que se busca, então, é a solução socialmente justa a todos, oferecendo mesmas condições e oportunidades (SILVA, 2010).

Relaciona-se, ainda, ao mínimo existencial, o princípio da universalidade, que pode ser definido como aquele garantidor de que todos os indivíduos tenham acesso aos serviços realizados pelo Estado, sem que, para isso, tenham que arcar com alguma contribuição econômica.

Esses serviços oferecidos gratuitamente pelo Estado, tem por consequência a criação e implementação de políticas econômicas e sociais que culminariam, na melhoria das condições de vida e saúde de todos os grupos de uma população. Inclui-se nesse rol de melhorias, todos os direitos amparados pelo mínimo existencial já citados, tal como, saúde, educação, transporte, entre outros, de modo a garantir a universalização do acesso a tais serviços e a integralidade de suas ações.

A universalidade, assim, é um princípio fim, ou seja, um ideal a ser atingido, um indicativo das características que o sistema deve seguir para construção de uma meta a ser atingida. É necessário um processo de expansão de cobertura dos serviços, para que a população de forma ampla, tenha acesso ao mínimo existencial que deveria ser proposto pelo Estado, extinguindo-se as limitações jurídicas, econômicas, culturais e sociais (TEIXEIRA, 2011).

Os direitos sociais, além de serem considerados fundamentais e terem expresso reconhecimento na Carta Magna, tiveram garantida também a sua implementação constitucional, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que terá aplicação imediata aquelas normas definidoras dos direitos fundamentais.

Estando dotado de eficácia imediata, na condição de direitos fundamentais, o direito à saúde exigirá do Estado uma conduta ativa quanto à aferição do interesse público por meio de políticas públicas, e por consequência, almeja o alcance das necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, para que se estabeleça o que se chama de mínimo existencial (SILVA, 2010).

A teoria do mínimo existencial deve ser vista atualmente como sendo um direito fundamental e essencial à vida humana, resguardada pela Constituição Federal e com dever de ser assegurada a todos os seres humanos. O mínimo existencial tem como referência os direitos sem os quais não seria possível viver com dignidade e dentro das condições mínimas de existência. São vários os direitos abrangidos pelo mínimo existencial, sendo que dentre eles estão correlacionados os direitos sociais, culturais e econômicos, como é o caso do direito à saúde, enfoque do presente estudo.

O mínimo existencial abrange todo o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para que todos os indivíduos possam usufruir de uma vida digna, devendo o Estado oferecer condições que sejam possíveis de obter a eficácia plena na aplicação dos direitos acima referidos.

O entendimento doutrinário acerca do instituto é bastante complexo e gera, com isso, diversos posicionamentos sobre o tema. Barcellos (2002) assevera ser o mínimo existencial um elemento da constituição que é fundamental e que deve garantir aos indivíduos um conjunto de necessidades elementares para que eles possam viver em sociedade dignamente.

Para Sarlet e Figueiredo (2008) o entendimento do mínimo existencial é inconfundível com o mínimo de sobrevivência e também com o mínimo vital, vez que a garantia de que o ser humano terá subsistência material não define inevitavelmente uma administração da vida em perfeita conjunção e ainda com qualidade. E partindo dessa linha de pensamento é que se torna inverossímil determinar rol taxativo de elementos centrais do mínimo existencial, vez que busca um exame muito mais detido das necessidades de cada indivíduo e principalmente de seu núcleo familiar.

Além da construção doutrinária acerca do mínimo existencial, a matéria também tem sido objeto de discussão no Poder Judiciário, originando várias manifestações jurisprudenciais, em especial nos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (RTJ 175/1212-1213) relacionada à saúde, proferiu o entendimento de que será plenamente possível a intervenção do Poder Judiciário nos momentos em que forem formular e implementar políticas públicas com objetivo em garantir o mínimo existencial ao indivíduo que busca almejar uma tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação de matéria relacionada ao direito fundamental à saúde, recurso especial nº 811.608/RS, que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, manifestou-se privilegiando o mínimo existencial e o revelou como sendo um instrumento eficaz de garantia dos direitos fundamentais.

Desta forma, o denominado mínimo existencial passa a ser encarado como um fator mínimo para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, devendo o Estado assegurar a aplicabilidade e efetividade de referidos direitos, em especial o direito à saúde.

2.1.2 Finalidade

Os direitos sociais devem ser analisados sob o prisma da tutela dos hipossuficientes “assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real (...). Visam, também, garantir a qualidade de vida” (BULOS, 2011, p. 789).

Nos ensinamentos de Clève (2006, p. 38):

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz (sic) progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia (sic) de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).

Vale destacar, nesse sentido, que a Carta da República de 1988 estabelece, em seu art. 3, inciso III, como objetivos fundamentais da república, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, dos quais se faz necessária a existência, aplicação e efetividade dos direitos sociais, em que é parte integrante de suma importância o conceito de mínimo existencial, balizador das relações jurídicas e sociais do Estado com a população em geral.

Outrossim, os direitos sociais encontram-se iminentemente relacionados à dignidade da pessoa humana, vez que se tratam da garantia de necessidades básicas e fundamentais aos cidadãos, constituindo, nesses termos, fundamentos da ordem constitucional, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 e como uma das finalidades da ordem econômica, como preceitua o art. 170, *caput* da Carta.

Sendo assim, de extrema importância é a finalidade para a qual o mínimo existencial encontra-se destacada, que é a da garantia da prestação mínima, por parte do Estado, relativa aos direitos sociais básicos como saúde, educação, etc., de que necessita cada cidadão para a obtenção de uma vida digna e atinente às necessidades essenciais do ser humano, em consonância com os princípios axiológicos determinantes de cada sociedade.

2.1.3 Delimitação

O mínimo existencial, como já pormenorizadamente narrado acima, consiste na prestação mínima que se espera do Estado para com seus cidadãos, relativa às necessidades básicas do ser humano. Sendo assim, necessária se faz a discussão acerca da delimitação da incidência desse conceito, que por vezes se vê em confronto com princípios, normas e situações, as quais permitem perquirir acerca de sua efetividade e dos limites à sua aplicação.

Pode-se definir o mínimo existencial, nas palavras de Torres (1999, p. 141), como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Nesses termos, uma vez que não poderá, o mínimo existencial, ser objeto de intervenção do Estado, não há que se falar em prevalência, *prima facie*, de outro princípio ou norma sobre situação que, indubitavelmente, esteja inserida no contexto do mínimo garantido à cada cidadão.

Tem-se como exemplo o direito à Saúde, que certamente se encontra inserido no conceito do mínimo de que se trata. Uma vez sendo premente a necessidade de acesso a tratamento de saúde de urgência, não pode o Estado negá-lo, sob pretexto de se encontrar incompatível com a situação financeira do país, aplicando-se, então, a reserva do possível.

Trata-se de dever do Estado e que deverá ser prestado a todos, sem distinção, independentemente da capacidade ou situação econômica para tanto.

Eis que se “um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado” (BARROSO, 2003, p. 38), caso que se amolda perfeitamente à aplicação do mínimo existencial, que sempre irá prevalecer sobre a aplicação de outros princípios ou normas que o limitem, tratando-se de uma garantia sem a qual as pessoas não conseguiriam viver com dignidade, de forma igualitária, sendo, assim, um conceito de aplicação absoluta, sobre o qual não poderá haver interferência sob alegação de impossibilidade fática ou econômica de cumprimento.

2.2 Reserva do Possível

2.2.1 Reserva do Possível: Definição e Fundamentação Doutrinária e Jurisprudencial

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, quando do julgamento pela Corte Constitucional Alemã do caso *numerus clausus*, em que se discutia o ingresso de alemães nas universidades públicas face à limitação imposta pelo Estado, sob o argumento de que o número de vagas era insuficiente para o ingresso de todos os interessados. A tese dos estudantes teve como fundamento o direito assegurado pelo disposto no artigo 12 da Legislação Constitucional Alemã, o qual diz que todos os alemães possuem direito de escolha quanto ao exercício de suas profissões, formações e local de suas atividades laborais.

Nas lições de Caliendo (2008, p. 200):

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (*numerus-clausus Entscheidung*). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.

A decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã teve como base os limites de ordem econômica que seria capaz de comprometer a implementação dos direitos sociais, ficando o aprazimento destes direitos, na pendência da existência de condições materiais para a possibilidade de seu atendimento (SILVA, 2010), firmando ainda posicionamento de que os

cidadãos alemães somente poderiam requerer do Estado aquela prestação que fosse enquadrada no limite do razoável.

Nas palavras de Sarlet (*apud* ÁVILA, 2013), o caso levado à Corte Alemã corresponderia à prestação que os indivíduos poderiam de forma razoável vindicar da sociedade, mas desde que aliado aos recursos e poder que o Estado tem de dispor, não se podendo falar de obrigações de prestar que não se enquadrariam dentro dos limites razoáveis.

Assim, além dos limites de razoabilidade de uma pretensão frente à concretização pelo Poder Público, com o surgimento da reserva do possível, tem-se de que os direitos sociais prestados pelo Estado estão a mercê da existência de recursos estatais, que serão implementados através de políticas públicas e por meio de prestações positivas. Ou seja, para que os direitos fundamentais sociais possam ser efetivamente prestados pelo Estado, haverá que se analisar os limites que estão sendo pautados na existência de recursos materiais disponíveis para sua implementação, definidos em Lei orçamentária (SILVA, 2010).

Ocorre que por mais que as prestações estatais sejam provenientes de verbas e custeio público, para que os direitos fundamentais se tornem efetivos e eficazes, tais razões não podem constituir impedimentos para a sua efetivação através de ação no Poder Judiciário. Dessa forma, referidas ponderações não podem ser motivo de justificativas pelo Estado quanto à omissão da efetivação dos direitos fundamentais.

Para que os direitos fundamentais possam ser concretizados com êxito na seara social, em especial os direitos sociais, são requisitos indispensáveis a realização de prestações materiais pelo Estado e a implementação de tais direitos por parte da sociedade. Partindo desse pressuposto, constata que para os direitos fundamentais se tornarem efetivados pelo Poder Público necessário que, além da disponibilidade dos cofres públicos, deve fazer presente a capacidade jurídica de quem tem o dever jurídico de assegurá-los. (SILVA, 2010).

Nesse contexto, incabível a alegação de que os direitos sociais não dependem da existência material de recursos para a sua concretização, sendo ainda pertinente destacar que tais direitos possuem estreita relação com o princípio da reserva do possível.

São vários os pensamentos doutrinários acerca do que é a reserva possível. Lopes (*apud* SILVA, 2010), por exemplo, define que a reserva é uma teoria que faz parte de um conjunto de promessas de benefícios sociais que foi transformado em direitos fundamentais a

partir da segunda metade do século XX, sendo legítima naqueles litígios que versem sobre direito público. Por sua vez, Zantelli, (*apud* SILVA, 2010), faz menção à reserva do possível como sendo uma teoria que impõe determinados limites à realização e concretização dos direitos fundamentais.

A teoria da reserva do possível tem relação com a disponibilidade econômica de recursos por parte do Estado para que sejam garantidos os direitos fundamentais, bem como pela necessidade de estarem disponíveis os recursos para a sua efetivação de acordo com a Lei orçamentária e ainda nos ditames da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, constata-se que a reserva do possível se apresenta como sendo um limitador fático e jurídico, com o escopo de balizar os direitos fundamentais na ótica dominante da disponibilidade econômica, com referencial do mínimo existencial e nos ditames da proporcionalidade e razoabilidade (SILVA, 2010).

Sobre o assunto, o ilustre Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45/DF, decidiu:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, deste modo, que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.

Destarte, os tribunais superiores têm aplicado a teoria da reserva do possível nas demandas em que versam sobre os direitos sociais, notadamente o direito à saúde, porém com a ressalva de que exceto nos casos de justo motivo objetivamente aferível, o argumento da reserva do possível não pode ser invocado pelo Estado com o objetivo de se esquivar de suas obrigações, bem como de suas responsabilidades.

2.2.2 Escassez de Recursos

O princípio da reserva do possível, como já dito acima, trata-se de uma limitação do Estado ao cumprimento de obrigações que lhe foram imputadas, ante as condições socioeconômicas e estruturais daquele.

É importante observar, contudo, a origem germânica desse princípio, constante de um Estado garantista e estruturado, onde há a máxima garantia da igualdade material, caso que não se compara a um Estado em permanente crise social, onde há milhões de cidadãos abandonados à marginalidade, em que não se consegue atingir a efetiva prestação dos direitos sociais mínimos à garantia da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Sobre o tema, confere-se os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 477):

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia (sic) de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Pode-se dividir a cláusula da reserva do possível em dois aspectos, um jurídico e outro fático.

Quanto ao aspecto fático, veja o que preleciona Barcellos (2002, p. 236):

(...) a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Nesse sentido, o aspecto fático se trata da real impossibilidade material, consubstanciado na própria inexistência dos meios hábeis à efetivação da medida como, por exemplo, o acometimento de uma pessoa pelo Mal de Alzheimer ou pela Aids em que, embora premente a necessidade de cura, não existe qualquer tratamento científico que a possibilite.

Quanto ao aspecto jurídico, a impossibilidade está voltada à necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial (FREIRE JUNIOR, 2005). Entretanto, considera-se mais um equívoco, eis que, como já narrado acima, não se pode estabelecer uma limitação face à impossibilidade socioeconômica do Estado.

2.2.3 Confronto com o Mínimo Existencial

Se por um lado há o dever do Estado de proporcionar aos indivíduos a saúde, por outro, não se pode definir, em todos os âmbitos, o que esse conceito abrangeria. Assim, a característica de “bem-estar” atribuída à saúde, alcançaria não apenas um cuidado inicial, e sim todo o tratamento de uma enfermidade, incluindo medicamentos, assistência médica integral, etc., o que abriria infindáveis possibilidades de ações. Com o grande número de processos versando sobre o assunto, além daqueles que não recorrem ao Poder Judiciário, as demandas se tornam cada vez maiores, inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas. Aqui aparece a grande problemática de todo o sistema, qual seja, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Para que se tenha o pleno exercício do direito ao mínimo existencial, é necessário sanar barreiras encontradas na ordem econômica, social e cultural que ainda existem entre os indivíduos e os serviços oferecidos pelo Estado. Sob a ótica econômica, ainda que a população tenha direito a essas prestações de forma gratuita, não se pode ignorar que grande parte da população carente não dispõe de condições mínimas de acesso a tais garantias. Por outro lado, o Estado necessita dispor de um contingente de recursos financeiros que seja possível investir na construção e na melhoria dos serviços por ele prestados (TEIXEIRA, 2011).

A utilização da reserva do possível encontra delimitação quando se está perante os direitos relacionados ao mínimo existencial. Para Torres (2008), o amparo ao mínimo existencial não se submete à reserva do possível, pois tais garantias se encontram entre os direitos de liberdade, na estrutura dos serviços públicos fundamentais. Conforme o autor:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis

que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.) (TORRES, 2008, p. 81-82)

Barcellos (2002) se posiciona de maneira inflexível sobre o mínimo existencial, afirmando ser ele, o núcleo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana e, em função disso, deve ser tido como regra, sem lacunas que possam sofrer ponderações. Entende ainda que a reserva do possível pode coexistir com o mínimo existencial, desde que esse último seja cumprido em sua integralidade. Somente após atingido esse mínimo é que se pode discutir a destinação dos recursos públicos remanescentes. Assim explica:

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

[...] é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2002, p. 246)

Já para Sarlet e Figueiredo (2008), a mera alegação da reserva do possível, não deve servir para afastar os deveres do Estado de oferecer à população o mínimo existencial. Entretanto, não julga ser irrelevante a discussão que se faz acerca do tema, afirmando que, em caso de alegações, as mesmas devem ser aferidas no caso concreto, se submetendo ao contraditório, demonstrando a verdadeira necessidade da prestação requerida e a relação com o mínimo existencial.

O instituto da reserva do possível, sob pena de servir de argumento pelo Estado como maneira de se esquivar de realizar seus deveres constitucionalmente previstos, só poderá ser trazido à baila quando restar comprovada a inexistência de recursos em caixa para cumprimento de certo fim. Deve ser, assim, afastada quando tiver por escopo apenas retirar do

Estado o seu dever de oferecer aos cidadãos o que lhe são de direito, pois sua mera alegação de não dispor de recursos não é suficiente, necessitando de clara comprovação da mesma.

Depreende-se que, em razão da falta de condições econômicas por parte do Estado, que possa oferecer universalmente todos os direitos sociais fundamentais, caberá ao mesmo optar, estabelecendo as necessidades e os critérios a serem cumpridos, através da implementação de políticas públicas.

2.2.4 Delimitação

Mesmo frente as barreiras encontradas no princípio da reserva do possível, não pode esse se tornar um obstáculo à aplicação do mínimo existencial, que preserva um bem maior do que a mera ausência de fundos. Caberá, então, à administração pública, por meio de seu poder discricionário, tendo em vista oportunidade e conveniência, tentar compatibilizar os dois institutos, realizando uma análise interpretativa que leve em consideração a hierarquia destes direitos, fazendo sobressair os direitos considerados de maior importância em tal momento.

Na lição de Meirelles (2004, p. 120):

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.

Cumprido salientar que essa discricionariedade do administrador não dará a ele a opção de concretizar ou não um direito fundamental, mas sim, que, ao promover a distribuição de valores, o faça de forma ponderada no que tange os bens jurídicos em questão. Determinar a efetivação de um direito fundamental somente à existência ou não de recursos traz insegurança jurídica, motivo pelo qual as medidas tomadas por esse devem ser antecedidas por análises cautelosas acerca de cada caso concreto, tendo em vista, sempre, a melhor apreciação diante do conflito de interesses.

Sobre o tema, assevera Barcellos (2002, p.236):

(...) uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada

pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Assim, a interpretação supracitada se faz correta no sentido de que, analisa o mínimo existencial previsto constitucionalmente, quando não oferecido pelo Estado, se torna objeto de ações judiciais, que pleiteiam a disponibilidade de determinada prestação, segundo a necessidade do titular da ação. A partir do exame mais aprofundado sobre os dados estatísticos e análises jurisprudenciais acerca do tema, poderá se constatar quais os meios mais eficazes para que os direitos básicos e clamados pela sociedade são requeridos e devidamente prestados.

3 JUDICIÁRIO COMO MEIO (IN)EFICAZ DE ACESSO À SAÚDE

3.1 Judicialização do acesso à Saúde

Entende-se por justiciabilidade a possibilidade de um indivíduo que é titular de um determinado direito, reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que advém desse direito. Assim, mesmo nos casos de direitos fundamentais sociais, que podem ser sindicáveis por meio de um direito de queixa ou reclamação pode-se dizer em uma subjetivação de direitos ou na existência de um direito subjetivo atribuído a um determinado titular (Queiroz, 2006). Ou seja, esse direito de reclamação ou queixa é reconhecido como forma de combater às violações dos preceitos constitucionais e legais e, especialmente, à “saúde pública”.

Em face da pouca efetividade do Estado no dever de proporcionar aos indivíduos o direito à saúde, que é um direito de todos, independente de raça, gênero, idade e classe social, torna cada vez maior a busca pela reinvidicação do não acolhimento dos anseios dos cidadãos em relação à prestação de serviços de saúde.

Nesse sentido, uma vez que o poder público não está cumprindo com as obrigações de prevenção, tratamento e controle de doenças, bem como na criação de meios para garantir o acesso aos serviços de saúde, surge no mundo contemporâneo o fenômeno da judicialização

desse direito, emergindo, com isso, o embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Considera-se a questão da judicialização, o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais, além do aspecto do cidadão que exerce o seu direito ao solicitar que seja atendida a sua demanda de saúde pelo Poder Público, sob o argumento de estar amplamente garantido na Constituição Federal.

O fenômeno da judicialização da saúde vem crescendo de forma acelerada, desde a década de 90, marco inicial do referido fenômeno, quando os pacientes contaminados pelo vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) pleiteavam perante o Poder Judiciário, pelo fornecimento de novos medicamentos e tratamentos, a fim de combater referida doença.

De acordo com um estudo realizado acerca da judicialização, obtido por meio de acórdãos dos tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), no qual foram analisados 558 acórdãos, sendo 282 do Estado de Minas Gerais, 222 do Rio Grande do Sul e 54 do Pernambuco, foi constatado que as formas de representação jurídica do autor deram-se através do Ministério Público, Defensoria Pública, Advogado Particular e Organização Não-Governamental (TRAVASSOS *et al.*, 2013).

Referida constatação foi embasada nos recursos julgados em segunda instância de ações impetradas contra os serviços públicos de saúde, em três regiões distintas do Brasil, tendo relevância para o presente caso, o fato de ser evidenciado diferenças entre Estados quanto ao tipo de ação demandada, o que será abordado a seguir, e, principalmente, quanto a participação do poder público na representação jurídica dessas ações.

Ocorre que nos acórdãos analisados em referido estudo, observou-se que a Defensoria Pública representou a maior parte das ações no que tange à representação jurídica do autor, e esse aspecto ficou mais evidente no TJRS. Todavia, em todos os Estados analisados, percebe-se de forma bem expressiva a representação por parte da Defensoria Pública.

Dentre os acórdãos examinados, no TJMG, a Defensoria Pública, como representante jurídico do autor, correspondeu a 46,8% das ações acionadas no Poder Judiciário, o Ministério Público a 32,9%, os Advogados Particulares a 20,3% e nenhuma porcentagem relativas às Organizações não Governamentais. No TJRS, a Defensoria Pública atuou em 90,2% dos

casos, o Ministério Público em 8,5%, os Advogados Particulares em 1,3% e as Organizações não Governamentais também em nenhuma ação. No TJPE, por sua vez, a Defensoria Pública representou a fração de 53,3% das ações, o Ministério Público a fração de 50,0%, os Advogados Particulares de 8,3% e as Organizações não Governamentais também de 8,3% (TRAVASSOS *et al.*, 2013).

Ressalta-se que para a propositura de ação por meio da Defensoria Pública é essencial a comprovação da hipossuficiência da pessoa, colocando em análise a sua condição socioeconômica diante do caso concreto. Desse modo, o predomínio da representação desse órgão na maior parte dos casos, evidencia o grande número de hipossuficientes totalmente desamparados em relação à efetivação de seus direitos sociais, em especial o direito à saúde. E como mencionado acima, a participação do referido órgão foi ainda maior no Tribunal do Rio Grande do Sul, vez que nesse Estado há significativo número de hipossuficientes informados, fato esse que facilita o acesso dos menos favorecidos na busca pela efetivação do direito à saúde. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Faz-se mister salientar que o referido estudo teve como fonte de pesquisa os acórdãos disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais acima mencionados, no ano de 2009. A coleta de dados foi realizada através de banco público, disponibilizado pela internet, o que demonstra o atendimento às exigências legais para o estudo realizado. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Destarte, tendo em vista a baixa quantidade de ações com representação jurídica com a participação das Organizações Não Governamentais, é possível concluir que o meio como é pleiteado o cumprimento do direito à saúde é muito mais individual do que coletivo. E isso decorre da busca por parte do particular pela via judicial mais célere, objetivando um atendimento mais rápido das necessidades pleiteadas. Ressalva-se que quando o indivíduo procura pela via judicial, seja pela urgência do agravo a saúde ou pela demora já apresentada pelos serviços, deseja obter de forma célere a satisfação de suas necessidades.

Ao analisar as porcentagens relacionadas à titularidade da ação, percebe-se o predomínio das ações individuais sobre as ações coletivas. Traduzindo em dados estatísticos, tem-se que, 97,8% das ações são de cunho individual, assim, a decisão afeta apenas o próprio autor, restando 1,6% às coletivas, ou seja, toda sociedade aproveita os seus resultados, e 0,5%

que são coletivas e individuais. Diante de tal fato, importante se faz ressaltar algumas observações. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Primeiramente, deve-se observar que o acesso à justiça é um direito do cidadão, garantido constitucionalmente, sendo o meio pelo qual torna possível ao indivíduo pleitear seus direitos mais básicos, como é o direito à saúde. Entretanto, quando o faz de forma individual, ou seja, quando a demanda diz respeito apenas a um paciente, e não a um determinado grupo restrito, surgem alguns desdobramentos que, em larga escala, interferem na realidade social de um país.

Quando um paciente procura uma representatividade frente ao poder judiciário, de forma coletiva ou individual, isso consiste em uma tentativa de combater a ineficácia do poder público relacionado a prestações de seus serviços, inclusive os mais básicos e úteis. Contudo, ao ingressar com uma ação individual, não estaria sendo prejudicada toda a coletividade?

A maioria das leis relacionadas ao tema enfatizam o direito individual à saúde de cada cidadão, todavia, essas deveriam ser consideradas apenas se levassem em conta a coletividade, uma vez que seria humanamente inconcebível, determinar que somente certa pessoa ou certo grupo teria acesso a esse direito. Tal situação de escassez de acesso ao direito à saúde, ocorre por ser a receita brasileira disponível à saúde expressivamente menor do que aquela necessária ao atendimento de qualidade que, em tese, deveria dispor todo cidadão. (TRAVASSOS *et al.*, 2013)

Apesar de garantir, em suas normas, a integralidade do serviço de saúde aos cidadãos, o Brasil é um dos países que menos investe em saúde no mundo. Nos países desenvolvidos como Canadá e Inglaterra, o custo com saúde para cada habitante gira em torno de três mil dólares por ano, enquanto no Brasil, gasta-se cerca de quatrocentos e noventa dólares por habitante. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Com a criação da Emenda Constitucional nº 29, estabeleceu-se quais seriam as porcentagens que Municípios, Estados e União deveriam destinar à área da saúde, além de incumbir o Congresso Nacional de fiscalizar a aplicação destas quantias pelo Sistema Único de Saúde. Tal emenda, entretanto, sofre regulamentação por Lei Complementar que reavalia tal investimento, e, enquanto não editada, vale os critérios mencionados na própria Emenda.

Essa Lei Complementar tem ainda como finalidade a obtenção de maior desfrute e efetividade dos recursos aplicados a este direito social. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2005)

Com o intuito de mudar tal realidade, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 321/13, chamada “Saúde+10” no sentido de aumentar em pelo menos dez por cento as receitas destinadas à saúde. Por outro lado, o próprio governo federal alega inviável tal iniciativa, pois, para arrecadação de mais recursos, seria necessária a implementação de outros impostos, como o CPMF. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Com relação ao suporte que recebe a saúde, no tocante aos direitos e cuidados que toda sociedade necessita, correspondente ao ideal de igualdade, atendendo a comunidade por inteiro, tem-se que, como visto nos dados acima expostos, seria difícil atender a toda população de forma integral, até mesmo em razão da destinação econômica insuficiente dada à saúde. Quanto ao plano individual, esse tem como escopo o tratamento emergencial e célere, o qual o indivíduo pode necessitar em situações extremas. O ponto crucial diz respeito aos reflexos da preponderância da propositura de uma ação ou de outra, não olvidando que se trata de direito social, muitas vezes, efetivado de forma tão individual.

Ao recorrer ao Poder Judiciário, geralmente em situações últimas e peculiares, confere a esse Poder o controle para decidir e tomar atitudes com consequências drásticas. Por exemplo, em caso de indeferimento de determinada prestação, é possível que acarrete o comprometimento, talvez até irreversível, de bens essenciais ao indivíduo, como a vida, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Como já observado nesse capítulo, não existe uma unanimidade de ações utilizadas ou de resultados obtidos nas demandas que visam à garantia do direito à saúde, ainda que, com certeza, haja uma predominância em cada área, como a prevalência das ações de natureza ordinária, de caráter individual, levando à procedência dos pedidos formulados.

Entretanto, podemos concluir que referida predominância tem como escopo a busca pela via judicial mais célere, sendo este o meio mais viável para o acesso à justiça e obtenção do cumprimento do direito à saúde.

3.2 Aplicação Prática dos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Cabe avaliar a aplicação prática dos conceitos de Mínimo Existencial e do Princípio da Reserva do Possível, que são os dois pilares da discussão que se cingem no dever do Estado de garantir o acesso amplo e irrestrito à saúde, para todos os cidadãos, *versus* a limitação orçamentária e física existente no país.

A grande maioria das demandas ajuizadas nesse sentido, independentemente da via escolhida ou do polo ativo da causa, findam por ter os seus pedidos julgados procedentes e, inclusive, com o deferimento de tutelas antecipadas ou medidas liminares, que visam à garantia da aplicação imediata da tutela pretendida. Nesses casos, utiliza-se o balizamento dos princípios constitucionais, em que o Direito à Saúde resta vitorioso, afastando-se a aplicação do Princípio da Reserva do Possível e dando lugar para a incidência da garantia do Mínimo Existencial.

A positivação dos direitos fundamentais, hoje presente na maioria dos ordenamentos jurídicos de cada país, está intimamente ligada ao constitucionalismo moderno. As primeiras previsões constitucionais nesse sentido encontram-se expressas nas constituições americana, de 1787 e na francesa, de 1791, sendo essas as primeiras a reconhecerem alguma espécie de direito, como fundamentais. Tal processo de constitucionalização é fruto de uma evolução histórica, decorrentes da religião e da filosofia do Mundo, que levaram a ideias-chaves, influenciadoras do pensamento jusnaturalista e sua concepção de direitos naturais inerentes ao ser humano. (SARLET, 2003).

Contudo, apesar de presentes no ordenamento e reconhecidos como direitos indisponíveis, inerentes a cada cidadão, muitas vezes essas garantias são marginalizadas, diante da ausência de políticas públicas suficientemente aptas a garantir, a todos, com igualdade, pleno acesso a esses direitos, como o da saúde. É notória a situação do país em que milhares de pessoas aguardam por leitos na fila do SUS ou medicamentos essenciais ao bem-estar e até mesmo, à vida dessas pessoas.

Em virtude disso, começaram os ajuizamentos de demandas individuais e coletivas que visam a garantir esses direitos, provocando controvérsias a respeito de sua efetividade. As discussões doutrinárias e jurisprudenciais se ativeram, ainda, quanto à legitimidade do poder judiciário para interferir na esfera administrativa do Poder Executivo, argumentando-se que

muitas vezes políticas públicas e dotações orçamentarias são ignoradas, quando confrontadas com as garantias previstas pela Constituição.

Nesse diapasão, Krell (2002) reconhece que o Poder Judiciário não deve interferir, diante de juízos de conveniência e oportunidade, os quais são reservados à administração pública. Tal intervenção seria, então, excepcionalidade, quando do desrespeito evidente e arbitrário dos Poderes Legislativo e Executivo aos dispositivos constitucionais e legais. Reconhece, ainda, que a simples tese da separação dos Poderes não se encontra mais apta a solucionar os problemas do mundo moderno. Ainda nas palavras de Krell (2002, p. 22):

(...) parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Há uma discussão em torno dessa atuação extensiva do Poder Judiciário, se isso seria ativismo ou autocontenção judicial. Nas palavras de Moro (2004, p. 14):

(...) a adoção da jurisdição constitucional importa, na prática, em outorgar a corpo de profissionais do Direito – que não são elevados aos seus postos pela vontade popular, nem estão sujeitos à aprovação dela em sufrágios periódicos – o poder de formular políticas públicas e mesmo de obstaculizar a implantação de políticas públicas formuladas por outras instituições mais democráticas, como os parlamentos.

Segundo Tesheiner (2001, p. 180), o juiz:

Deve, porém, fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu, sob pena de trair a missão que lhe foi confiada. Não se prega uma submissão tola, nem cega, mas uma obediência inteligente e voluntária, mais aceita como necessidade social do que imposta por coerção autoritária.

A questão, no Brasil, diante de tantas teorias e discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário, bem como da aplicação dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, levou o debate à mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal, que decidiu, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45, de relatoria do i. Ministro Celso de Mello, ser legítima a atuação do Poder Judiciário visando à garantia dos direitos fundamentais, quando patente a abusividade governamental na elaboração e/ou execução das políticas públicas. Ficou decidido, também, que é inviável a aplicação do Princípio da Reserva do Possível, sendo necessária a garantia, aos cidadãos,

daquilo que é considerado o núcleo substancial do Mínimo Existencial. A decisão restou assim ementada:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

A decisão cuja ementa se encontra acima transcrita, proferida pelo órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, nos mostra a tendência do judiciário em interferir na seara de atuação administrativa do poder público, que é a implementação e execução de políticas públicas na área de saúde, quando restar caracterizado o abuso ou a ineficácia das políticas estabelecidas.

Resta evidente, outrossim, a proteção aos direitos individuais concernentes à saúde, com o afastamento da aplicação do Princípio da Reserva do Possível e a garantia da efetivação dos direitos sociais, preservando-se o núcleo formador do “mínimo existencial”.

Constata-se, então, que quando em conflito um direito individual indisponível, como o direito à vida e à saúde, com fatores de ordem econômica e política, a jurisprudência é assente no sentido de preservar os direitos e garantias individuais face às alegações de impossibilidade do Estado, que tem o dever de preservar a vida e a saúde de todos os cidadãos, independentemente de prévio orçamento ou da existência de capacidade física para o cumprimento da obrigação, prevalecendo, assim, as garantias fundamentais constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo do presente artigo científico conclui-se que o direito à saúde é um direito que alcança a todos os brasileiros, devendo ser aplicado de forma imediata, vez que, por ser um direito social, torna-se fundamental a todos os cidadãos, com dever de cumprimento obrigatório por parte do Estado. Referido direito é uma garantia dada pela Constituição Federal que assegura a todos os cidadãos o acesso aos serviços de saúde pública, inclusive o serviço cedido pela rede privada, nos casos em que o Poder Público não consiga propiciar tal direito.

A garantia de usufruir e gozar de tratamento igualitário proporcionado pela lei faz com que o Estado se torne obrigado a desenvolver condutas positivas nas prestações do direito à saúde, todavia, nos casos de ausência de tais prestações, por ter o direito à saúde previsão no texto constitucional há a necessidade de que a população recorra ao Poder Judiciário para garantir a sua efetivação. Assim, cresce o número de demandas no Poder Judiciário no que se refere à falta de efetividade estatal em relação à saúde, sendo tal crescimento inversamente proporcional ao que acontece com as reservas públicas, o que permite a conclusão de que há um embate entre o mínimo existencial garantido constitucionalmente e a reserva do possível.

Dando sequência, no segundo capítulo conclui-se que o Mínimo Existencial representa o “mínimo social”, que é o atendimento às necessidades básicas à existência digna e eficientes à saúde, sendo direito do cidadão e dever do Estado. Por estar fundamentado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, o referido princípio representa não apenas uma mera questão de sobrevivência, mas também está relacionado à educação fundamental, saúde básica, alimentação, dentre outros direitos.

O Mínimo Existencial possui relação ainda com a igualdade e universalidade, vez que todos os indivíduos possuem acesso aos serviços realizados pelo Estado. Assim, deve esse oferecer condições que sejam possíveis de obter a sua eficácia plena, que é fator mínimo para a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Em contrapartida, a Reserva do Possível representa a disponibilidade econômica de recursos por parte do Estado para que sejam garantidos os direitos fundamentais, além de estabelecer limites quanto ao cumprimento das obrigações que forem impostas. A Reserva do Possível é dividida em duas partes, sendo uma o aspecto fático, que é a real impossibilidade material e a outra o aspecto jurídico, que é a impossibilidade voltada à necessidade de prévia dotação orçamentária.

No terceiro capítulo conclui ser legítima a atuação do Poder Judiciário visando a garantia dos direitos fundamentais, quando restar caracterizado a abusividade governamental na elaboração e/ou execução das políticas públicas. Assim, a reserva do possível não pode servir de argumento pelo Estado como sendo motivo para esquivar de seus deveres impostos constitucionalmente, o que torna inviável a aplicação desse princípio, sendo necessária a garantia, aos cidadãos, daquilo que é considerado o núcleo substancial do Mínimo Existencial.

Ocorre que se o Mínimo Existencial não é oferecido pelo Estado, isso faz com que várias ações judiciais sejam interpostas no Poder Judiciário, cujo objetivo é a busca pelo efetivo cumprimento do direito fundamental e social relativo à saúde. Assim, a intervenção do poder público na seara de atuação administrativa com implementações e execuções de políticas públicas na área da saúde, quando acionado judicialmente, faz com que os direitos sociais sejam efetivados, com preservação do mínimo existencial.

O presente estudo verifica que quando um indivíduo procura uma representatividade frente ao Poder Judiciário, de forma coletiva ou individual, isso consiste em uma opção de tentar combater a ineficácia do poder público em relação às prestações de seus serviços, inclusive os mais básicos e úteis.

Diante dos dados estatísticos analisados e das jurisprudências acerca do tema, observa-se que quando em conflito um direito individual indisponível, como o direito à vida e à saúde, com fatores de ordem econômica e política, tem-se que o entendimento é assente no sentido de preservar os direitos e garantias individuais face às alegações de impossibilidade do Estado, que tem o dever de preservar a vida e a saúde de todos os cidadãos, independentemente de prévio orçamento ou da existência de capacidade física para o cumprimento da obrigação, prevalecendo, assim, as garantias fundamentais constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Bruno Medeiros. Teoria do Limite dos Limites (Schranken-Schranken) na jurisprudência do STF. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51418&seo=1>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 17.02.2016

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

_____. Emenda Constitucional n. 29 de 13 de Setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 811608/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2974395&num_registro=200600123528&data=20070604&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/PR**. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 set. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45/DF**. Relator: CELSO DE MELLO. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45> > Acesso em 15 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RTJ 175/1212-1213**. Relator: CELSO DE MELLO.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 200.

CAMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 23 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Coimbra: Almedina, 1997, pág. 1041.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Emenda Constitucional nº 29 garante financiamento da saúde**. Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/ec29.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 12 out. 2009.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em 29 fev. 2016.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo:Atlas, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dymaima Kyzzy. A geração de direitos humanos e o estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em 23 mai. 2016.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. **Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35, p.36, p.42.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 23 mai. 2016.

SAÚDE MAIS DEZ. **Histórico da EC 29**. Disponível em: <<http://www.saudemaisdez.org.br/index.php/component/content/article/9-legais/25-historico-da-ec-29>>. Acesso em: 23 maio 2016.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde. O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

Torres, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.