

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

JEYSON BARRETO FERNANDES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL:
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

**SOUSA
2013**

JEYSON BARRETO FERNANDES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL:
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^ª Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA
2013

JEYSON BARRETO FERNANDES

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA
ANÁLISE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Aprovada em:

____/____/____

Prof^ª. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Orientador

Prof^º.Dr.
Examinador

Prof^º.Dr.
Examinador

SOUSA
2013

“Ensina-me, SENHOR, o teu caminho e guia-me pela vereda plana, por causa dos que me espreitam. Não me deixes à vontade dos meus adversários, pois contra mim se levantam falsas testemunhas e os que só respiram crueldade. Eu creio que verei a bondade do senhor na terra dos viventes. Espera pelo SENHOR, tem bom ânimo, e fortifique-se o teu coração; espera, pois, pelo SENHOR”.
(Salmo 27).

AGRADECIMENTOS

A Deus senhor do universo pai de misericórdia e de bondade, que ofereceu seu primogênito Jesus Cristo para salvar a humanidade. Obrigado Senhor, confiei em tua glória e teu poder e como sempre não fiquei desamparado. Tenho a plena convicção que só cheguei até aqui em virtude das tuas bênçãos, muito obrigado Senhor!!

Dedico esta conquista aos meus pais João Fernandes da Costa e Silvia Barreto Fernandes, que com muito esforço proporcionaram a minha chegada nessa etapa fundamental da minha vida. Os senhores foram meu refúgio nos momentos de aflição, pois, sempre soube que vocês estavam juntos comigo nesta caminhada, e isso foi o pilar principal que me dava forças todos os dias já que eu sabia que não estava sozinho nesta jornada.

Agradeço as minhas irmãs Jéssica Barreto Fernandes, Jonice Barreto Fernandes e Joyce Barreto Fernandes, por além de serem exemplos como pessoas e profissionais em suas respectivas áreas são a prova de que com disciplina e estudo é possível conseguir qualquer sonho almejado. Obrigado por nos momentos mais difíceis de minha vida terem acreditado em mim, e pelo suporte que vocês me proporcionaram desde o tempo em que ainda estudava para o vestibular. Pode ter certeza que sou grato por tudo.

Também agradeço a minha amada namorada e futura esposa Marília Costa de Medeiros, pela compreensão, paciência e apoio nos momentos reservados a feitura deste trabalho. Sei que não foi fácil ter que suportar diariamente minhas queixas e lamúrias, e ainda aguentar à distância e a saudade que nos afligia, por isso reconheço a importância de sua presença inspiradora ao meu lado, muito obrigada meu amor.

A minha orientadora Vanina Oliveira Ferreira de Sousa, pela atenção e compreensão oferecidas durante a realização deste trabalho, no qual sou muito agradecido pela lisura e dedicação em prol deste objetivo.

Agradeço de igual maneira, a todos os servidores e Magistrada da 1ª vara cível da comarca de Pau dos Ferros/RN, pois, foi neste âmbito jurisdicional a gênese para o estudo do presente trabalho.

Sendo assim, agradeço pelo incentivo oferecido por todo o pessoal da 1ª vara cível, pois, sei que vocês sempre acreditaram nesta vitória, e nos momentos em que eu estava desacreditado sempre ouvia uma palavra de esperança. Desta maneira, agradeço aos seguintes servidores: Fabiana Marques, Gildemar, Brizola, Glécia, Raí e Lourdecy. Ainda, a Dra. Ana Orgette pela compreensão e apoio oferecido neste trabalho, bem como, pelas sugestões e

reflexões sobre a temática desta monografia, que me fez despertar e ampliar minha visão sobre determinados pontos que foram imprescindíveis para a compreensão do tema em apreço.

Agradeço especialmente aos meus amigos de faculdade, Jamison Alves (o crente), Kaian Hudson “Fux”, Raniere Camilo (Rani boy), Wilker Andrade (Galado), Francisco de Assis (Deassis), Felipe Melo (Cira), José Afonso (Afonsinho), Leonardo (Léo de Malta), Douglas Araújo (o pegador), Diêgo Diniz, Walter Rêgo e demais amigos da turma 2008.1 noite.

Aos meus amigos que deixei na minha querida Guarabira/PB, em especial: Raiff Pachêco, Raul Neto, Jefferson Oliveira (Geo), Cristiano Barbosa, Vinícius Alves (Mago) e Heberlan Araújo.

A pessoa de Adenor Leonardo Bacchi, “Tite”, exemplo de que com disciplina e perseverança pode-se conquistar qualquer objetivo

Enfim, a todos que contribuíram de forma direta ou indireta, agradeço a todos!

RESUMO

A saúde como pressuposto do princípio da dignidade humana deve ser oferecida de forma eficiente e equitativa para toda população. Essa foi a premissa consagrada na Constituição Federal de 1988, impondo, por conseguinte, o dever do poder público em elaborar políticas públicas de saúde. Acontece que essa obrigação do Estado, não está sendo perfectibilizada de maneira adequada, visto que frequentemente, o Judiciário tem se deparado com a necessidade de efetivar esse direito. Sendo assim, o presente trabalho propõe-se a analisar o caráter fundamental do direito à saúde e a sua implementação através do Poder Judiciário, a partir da delimitação jurídica e financeira do Estado pela teoria da reserva do possível, que vem sendo utilizada pelo poder público como fundamento para impedir o exercício jurisdicional nas demandas associadas à saúde pública. Além disso, em razão do dever estatal em executar de forma satisfatória, condutas positivas que possam oferecer aos cidadãos um mínimo existencial em matéria de saúde será observado, por conseguinte, as formalidades intrínsecas aos meios de solicitação jurisdicional deste direito quando comprovado o cerceamento desta garantia fundamental, e ainda ponderar acerca dos limites e prerrogativas que o Judiciário detém ao julgar as ações atreladas a saúde. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo de abordagem, uma vez que o estudo partiu de uma concepção mais abrangente, como a investigação da origem dos direitos fundamentais e da análise do núcleo dos princípios gerais que regem a matéria, de forma a estabelecer soluções jurisdicionais aos casos em concretos que envolva o direito à saúde. Como método de procedimento foi utilizado exegético-jurídico, a partir da investigação do direito fundamental à saúde, considerando os limites legais de sua aplicação. Por sua vez, utilizou-se da pesquisa bibliográfica com análise da legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas com o tema. Desta forma, considerando o aspecto fundamental e principiológico que o direito à saúde detém, aliando-se que este pressuposto é desdobramento do próprio direito à vida, juntamente com a inércia do Estado na oferta de políticas de saúde condignas com a realidade atual, percebe-se que a solução mais viável e justa está na possibilidade do Judiciário intervir na implementação da saúde pública, analisando o caso em concreto e adotando as medidas razoáveis e cabíveis para que o cidadão que se encontra desamparado possa obter solução plausível junto à jurisdição.

Palavras-chave: Direito à saúde. Reserva do possível. Atuação jurisdicional. Mínimo existencial.

ABSTRACT

Health as assumption of the principle of human dignity must be provided efficiently and equitably throughout the population. This was the premise enshrined in the Constitution of 1988, imposing therefore the duty of the government to develop public health policies. It turns out that the obligation of the State is not being performed adequately, since often courts have been faced with the necessity of realizing this right. Therefore, this paper proposes to examine the fundamental character of the right to health and their implementation by the judiciary, from the definition of the legal and financial state by the theory of reserve for contingencies, which has been used by the public as ground to prevent exercise jurisdiction on the demands associated with public health. Also, examine the state duty to perform satisfactorily, positive behaviors that can offer citizens a minimum existential health analyzing therefore formalities intrinsic to the media request court proved this right when the restriction of this fundamental guarantee, and also examine the limits and prerogatives that the judiciary has to judge the actions linked to health. For this, we used the deductive method of approach, since the study was based on a broader, such as research the origin of fundamental rights and core analysis of the general principles governing the matter in order to establish jurisdictional solutions to concrete cases involving the right to health. As a method of procedure was used exegetical and legal, from the investigation of the fundamental right to health, considering the legal limits of its application. In turn, we used the literature with analysis of the legislation, doctrine and jurisprudence related to the topic. Thus, considering the fundamental aspect principle that the right to health holds, combining that this assumption is unfolding right to life itself, along with the inertia of the state in the provision of decent health policies with the current reality, it is noticed the most feasible and fair is the ability of the judiciary to intervene in the implementation of public health, analyzing the specific case and taking reasonable steps and reasonable for the citizen who is helpless can get plausible solution with the jurisdiction.

Keywords: Right to health. Reservation possible. Jurisdictional action. Existential minimum.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 DIREITO À SAÚDE | 12 |
| 2.1 Do direito à saúde como direito fundamental | 12 |
| 2.2 O caráter principiológico do direito à saúde | 18 |
| 2.3 Da solidariedade dos entes federativos na prestação de serviços de saúde | 23 |
| 3 DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PÚBLICAS DE SAÚDE | 28 |
| 3.1 Aporte conceitual da reserva do possível | 28 |
| 3.2 A reserva do possível versus mínimo existencial | 33 |
| 3.3 Atuação do poder judiciário diante da reserva do possível na efetivação das medidas públicas de saúde | 37 |
| 4 DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS DE SAÚDE | 44 |
| 4.1 Ações individuais de saúde..... | 44 |
| 4.2 Da tutela antecipada nas ações individuais de saúde | 49 |
| 4.3 Medidas processuais positivas em face da fazenda pública..... | 55 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 61 |
| REFERÊNCIAS | 64 |

1 INTRODUÇÃO

O direito subjetivo público do cidadão a uma prestação de saúde adequada por parte do poder público é algo tão intrinsecamente ligado a uma vida digna e justa, que não há como acobertar o debate sobre um tema tão complexo. Não é por outra razão que a própria Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde ao rol dos direitos sociais, estatuidando regramento específico em seu texto.

Com efeito, o direito à saúde como direito fundamental de todo ser humano depende de medidas positivas prestadas pelos entes da federação, que em tese, deveriam garantir em caráter universal e isonômico prestações de saúde, que assegurassem a plenitude física e psicológica de toda população.

No entanto, observa-se que a prestação à saúde, não tem experimentado grande evolução na execução em prol da sociedade, uma vez que se constata uma excessiva procura ao Poder Judiciário, em sede de ações individuais, requerendo a implementação das prestações de saúde, em suas variadas facetas.

Por outro lado, o poder público em todos os seus níveis vem deparando-se com certas dificuldades na consecução dos programas relacionados à saúde, em razão de que, frequentemente, encontra-se obrigado a conceder determinado procedimento de saúde a um único indivíduo, em razão de determinação advinda do Judiciário, o que em tese, inviabiliza o atendimento universal e isonômico para a sociedade

Por óbvio, o cidadão apenas se socorre ao Judiciário quando se encontra acometido de determinada doença, ou necessitando tratamento apropriado para minorar os efeitos nefastos do mal que o indivíduo padece, visto que o Estado que é o detentor dos meios propícios e adequados, não vem cumprindo com o seu dever primordial, que consiste na assistência e proteção integral em matéria de saúde em prol da coletividade.

Com o progressivo e até preocupante, número de ajuizamentos de ações propensas a obrigar o poder público a ofertar determinados atendimentos versando sobre saúde, muito se questiona se seria legítima a ação jurisdicional inclinada a vincular o Estado a elaborar medidas públicas de saúde sem valorar a pertinência da determinação imposta pelo Judiciário.

Nesse contexto, o trabalho apresenta como objetivo geral analisar a prestação jurisdicional, abordando a atuação do Poder Judiciário no que concerne à prestação jurisdicional do direito à saúde.

E como objetivos específicos, compreender as repercussões e decorrências do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro; acentuar o estudo do princípio da reserva do possível frente ao bloqueio de verbas nas contas dos entes estatais tão amplamente discutida nas ações individuais; identificar os limites de atuação jurisdicional nas demandas individuais de prestação a saúde, e ainda relacionar as críticas da possível intervenção do Poder Judiciário, na esfera do Poder Executivo, em razão do grande número de decisões impondo obrigações ao poder público.

Desta maneira, observa-se que o Estado vem criticando de forma bastante acentuada, a participação do Judiciário nas decisões favoráveis a implementação de saúde em proveito de determinados indivíduos alegando para tanto, que diuturnamente encontra-se obrigado a ter que dispendir recursos financeiros em prol de um único indivíduo, impossibilitando o manejo de ações para a população em geral.

Não obstante ter relevância o fundamento estatal da escassez financeira, faz-se necessário atentar que o direito à saúde possui caráter fundamental, e caso não exista no ordenamento jurídico meio propício a impor a determinação de condutas positivas por parte do Estado, o cidadão permanecerá fadado a ter uma vida sem o mínimo de garantia com a saúde. Sendo assim, ainda se achou soluções equânimes para solucionar o conflito entre a reserva do possível, a intervenção do Judiciário, e o direito fundamental da saúde, controvérsias que serão objeto de estudo no presente trabalho.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o caráter fundamental do direito à saúde realçando a particularidade desse direito como norma-princípio, evidenciando a solidariedade dos entes federativos em oferecer determinadas prestações que venham a solucionar os problemas que a sociedade anseia.

Já no segundo capítulo, procurará conceituar a teoria da reserva do possível, teoria utilizada pelo Estado como limite de atuação das prestações sociais, em especial o direito à saúde, além do estudo acerca do mínimo existencial, consubstanciando na ideia de que o cidadão possui direito a uma garantia mínima em prestações de saúde, analisando sobre o prisma de garantia deste direito, a ser implementado através do Poder Judiciário, na qual será tratado com especial enfoque aos parâmetros de atuação jurisdicional.

Por último, o terceiro capítulo tratará de forma peculiar os elementos necessários para a propositura da ação que visa impelir o Estado a oferecer tratamentos específicos e adequados aos que dele necessitem fazendo uma análise jurídica acerca dos efeitos do deferimento da tutela antecipada, em desfavor da Fazenda Pública, na qual sempre se buscará indicar a solução mais favorável e propícia ao indivíduo que se encontra necessitado.

Seguidamente, serão examinadas as medidas processuais cabíveis, quando constatado, que o poder público não cumpriu com as determinações impostas pelo Judiciário, atentando-se para quais providências poderão ser reivindicadas determinando assim, o marco de atuação do Judiciário em tais ações.

Para a consecução do trabalho foi utilizado o método dedutivo de abordagem, uma vez que, o estudo partiu de uma concepção mais abrangente, como a investigação da eficácia e origem das normas fundamentais identificando seu limite de eficácia fundamental, e da análise do elemento nuclear dos princípios gerais que regem a matéria, para o qual posteriormente buscou-se estabelecer premissas mais restritas e específicas aos casos em concretos e particulares, em especial as ações individuais de saúde. E como método de procedimento o exegético-jurídico, uma vez que haverá a investigação sobre as características do direito fundamental à saúde, considerando os limites legais de sua aplicação, utilizando-se da pesquisa bibliográfica com análise da legislação, doutrinas e jurisprudências correspondentes com o tema.

2 DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, é de extrema relevância acentuar a importância e a imprescindibilidade do direito à saúde para o indivíduo, emergindo, assim, a necessidade de investigação dos fundamentos teóricos, para que seja possível aprofundar-se nas questões jurídicas pertinentes ao direito à saúde.

Segundo Barcellos (2010, p. 803):

Em primeiro lugar, os enunciados normativos que versam sobre vida e saúde (como, *e.g.*, o art. 196 da Constituição) buscam proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações. Não há alguma coisa que possa ser descrita com simplicidade como um nível mínimo de *saúde* ou ainda um mínimo de *vida*.

Além disso, há que se destacar a considerável evolução dos direitos fundamentais, que acabou por culminar o posicionamento, de que a saúde não se encontra apenas afeita ao rol dos direitos sociais, uma vez que a busca de critérios orientadores para uma prestação a saúde condizente com a realidade atual é o dever maior do Estado.

2.1 Do direito à saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais são aqueles que se encontram estritamente arraigados com as garantias de uma vida digna para o ser humano, traduzindo-se na ideia de que todo cidadão é possuidor de direitos, e que estes possam garantir sua dignidade como homem perante a sociedade e o próprio Estado.

A criação de um ideal de que o indivíduo é detentor de um direito de caráter fundamental, não surgiu no ordenamento jurídico apenas com a Constituinte de 1988, pelo contrário, sua evolução advém da Revolução Francesa e Americana, podendo-se repartir este avanço em três importantes gerações, conforme descreve Gonet (2009, p. 267): “Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações”.

Com relação à primeira geração dos direitos fundamentais, esta se destaca em razão de sua eminente índole liberalista, levantando a bandeira das liberdades individuais, albergada

pela Revolução Francesa, na qual foi concebido o propósito de que o Estado não poderia interferir de forma incisiva da vida do cidadão. Assim, Agra (2012, p. 157) admite que:

Esses direitos de primeira dimensão são igualmente chamados de direitos de resistência, de defesa e direitos negativos. São denominados dessa forma porque os concretizam com a abstenção do Estado em realizar certas condutas. Assim, o direito à liberdade é garantido desde que os entes estatais não coloquem empecilhos no deslocamento dos cidadãos.

Por conseguinte, a sociedade passou a enfrentar problemas não mais interligados com a liberdade do indivíduo diante do Estado opressor, mas, como efeito da industrialização em massa e o aglomeramento dos cidadãos nos centros urbanos, a sociedade deparou-se com as adversidades de cunho social, necessitando que o Estado se manifestasse de forma positiva, garantindo para o indivíduo um mínimo de amparo para as necessidades de caráter existencial, como por exemplo, a saúde, educação, moradia e amparo ao trabalhador.

Foi assim que surgiu a ideia de que os direitos fundamentais de segunda dimensão possuem nítido caráter social, onde necessitava que o Estado propusesse programas que atendessem as exigências da sociedade. Este é o entendimento Gonet (2009, p. 268) ao asseverar que:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Esse ideal eclodido na Revolução Industrial demonstrou a necessidade dos Poderes Constituídos intervirem na sociedade almejando como objetivo principal, a concretização de uma justiça ampla e social para toda a população. Nota-se que essa referência social, serviu de modelo para as Cartas Constitucionais que a sucederam, como a do México em 1917, a de Weimar em 1919, e no Brasil a Constituição de 1934, todas de cristalino enfoque social, posto que segundo Luño (2007, p. 39-40):

La constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los pólos opuestos de individualismo y del colectivismo. Pero, sin Duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los

derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es La Constitución germana de Weimar de 1919.

Por outro lado, em relação aos direitos de terceira geração, estes são identificados em virtude de sua cristalina perspectiva coletiva, abarcando desta maneira os direitos fundamentais difusos e coletivos, tão amplamente realçado com o pós-guerra. Neste pórtico, Lenza (2011, p. 862) destaca que:

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. Os direitos de 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Desta feita, percebe-se que o direito à saúde encontra-se no rol dos direitos de segunda dimensão, em razão de sua incontestável índole social. Não foi por acaso que o constituinte de 1988 mencionou o direito à saúde, como direito social estatuído no art. 6º da Constituição Federal, e determinou sua integralidade no art. 196.

Em razão desta natureza social que a saúde possui, carece que o Estado tenha o dever de prestar esse direito ao cidadão, não podendo quedar-se inerte em face da insuficiência ou não prestação, ou seja, exige a participação estatal na concretização deste direito fundamental. Em virtude desta necessidade de impor determinadas políticas para a consecução salutar do direito à saúde, faz-se necessário que o Estado exerça uma conduta positiva, assemelhando-se ao que Jellinek já acentuava como o *status civitatis* (SARLET, 2009). Assim assevera, Alexy (2011, p. 265):

Deixando de lado o aspecto da competência e outros refinamentos adicionais, o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais. É a esse ponto que Jellinek se refere quando declara que o status positivo é “exatamente o contrário do negativo”. Ao direito de *a*, em face do Estado, à ação estatal *h* corresponde o dever do Estado, em face de *a*, realizar essa ação.

Com efeito, não seria razoável que no ordenamento jurídico pátrio o direito à saúde, apenas tivesse sua garantia como norma programática, haja vista que a saúde do homem encontra-se de forma emparelhada com sua própria dignidade, esta considerada como direito fundamental a ser tutelado pelo Estado.

No ano de 2000 foi levado ao Pretório Excelso através do RE 271.286/RS, discussão a respeito da viabilidade do poder público em disponibilizar certos medicamentos para indivíduos determinados. No mérito deste julgado foi revelado que o direito à saúde encontrava-se no rol dos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano. Cumpre transcrever parte do voto do Relator Ministro Celso de Melo ao destacar que:

O **sentido** de fundamentalidade do **direito à saúde** - que **representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe** ao poder público um **dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias governamentais**, quando estas **adotarem** providências destinadas a promover, em plenitude, a **satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

Com fundamento no julgamento do *leading case* acima mencionado, Leivas (2012, p. 638) ressalta que:

Neste julgado, no mérito, o STF expressa uma posição clara pela afirmação do direito à saúde como direito fundamental, como direito subjetivo público e como direito de acesso universal e igualitário, fundamentado no art. 196 da Constituição Federal e no direito à vida.

Desta feita, não há outro caminho a ser trilhado que não seja pela consideração do direito à saúde como direito fundamental, devendo o Estado proporcionar seu atendimento de forma congruente ao indivíduo que necessite de seu atendimento.

Merece destaque o posicionamento adotado pelo E. TRF 5º Região, ao julgar matéria semelhante:

CONSTITUCIONAL. TUTELA ESPECÍFICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MEDICAÇÃO. FORNECIMENTO. DIREITO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1 - **Inegável o direito do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde, em face do insculpido no art. 196, caput, da Constituição Política de 1988.** 2 - **Princípio da dignidade da pessoa humana que não deve ser visto somente sob a ótica meramente negativa, impedindo eventual intromissão do Estado no núcleo essencial que o caracteriza, mas também como elemento-base de conteúdo axiológico norteador das ações positivas ou dos direitos a prestações ativas.** 3 - Parte demandante que possui direito a desfrutar de pleno e eficaz tratamento para controlar a grave enfermidade de que é portadora. 4 - Proporcionalidade que pode ser aferida tanto como proibição de excesso -direitos de defesa-, como também proibição de insuficiência -direitos de prestação. Caso em que a Constituição impõe

um dever de tutela e de proteção do bem jurídico em apreço. 5 - Na hipótese em tela, a conduta omissiva de não fornecer o medicamento almejado, longe de favorecer, ameaça seriamente tornar letra morta o direito fundamental à saúde, o que revela a inobservância do subprincípio da adequação. 6 - Ofensa à adequação e reconhecimento de que não existe outro meio que importe em idêntico grau de satisfação do direito à saúde do que a medicação pretendida, sobretudo em razão da sobrevida propiciada, o único medicamento indicado para o caso específico do postulante é aquele buscado por ele, não tendo sido demonstrado que fármaco diverso garantiria a mesma sobrevida e que seja menos dispendioso. 7 - Evidente que o não fornecimento do medicamento desejado malfez a proporcionalidade e, em última análise, o direito a esta prestação em formato do direito à saúde. 8 - Procedência da pretensão autoral. Manutenção da sentença. Apelação Cível improvida. (PROCESSO: 200984000076332, AC542840/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 21/03/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 04/04/2013 - Página 441). (grifos acrescidos ao original).

Nota-se, a teor do julgado acima disponibilizado, que a saúde além de permanecer associada ao princípio da dignidade humana e possuindo, portanto, atributo de norma-princípio, foi destacado seu caráter de norma fundamental, devendo o Estado angariar esforços para sua realização.

Assim sendo, o direito à saúde, faz surgir para o indivíduo o direito de ser beneficiado com programas estatais que sejam capazes de minorar os efeitos maléficos do cidadão portador de determinada enfermidade. Nesse particular, deve-se atentar para o que consagra o art. 5º, §1º, da Constituição Federal 1988, no qual acentua o caráter de aplicabilidade imediata das normas que ostentem o caráter fundamental para o indivíduo, de modo a garantir que o direito à saúde seja sempre disponibilizado ao cidadão que dele necessite.

Por outro lado, percebe-se, nesse ponto, certa divergência se o direito a saúde seria norma de eficácia programática em razão de sua índole social e da necessidade e criação de políticas públicas pelos órgãos governamentais, ou, se em virtude de sua relevância para a dignidade humana, seria norma de direito fundamental subjetivo do cidadão tendo, portanto, sua aplicação imediata.

Se for considerado como norma programática o direito à saúde, Crisafulli (1984 *apud* Bonavides, 2012, p. 257) lembra que:

Nesta acepção, *programáticas* se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo *programáticas* as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus

órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade.

Por mais que seja necessário a implementação de programas governamentais, destinados à criação de mecanismos aptos a uma melhor distribuição da saúde para a população, tais políticas não podem ficar ao livre alvedrio do poder público, não apenas pelo caráter de direito social exposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, mas em razão do próprio direito fundamental a uma vida digna, que a saúde carrega em seu conceito.

Além disso, o direito à saúde sendo estritamente considerado como norma programática, não conduziria o indivíduo que padece do mal, reivindicar seu direito, uma vez que sendo norma programática inexistente direito subjetivo a ser requerido. Nesse lume, acentua Tavares (2006, p. 97):

Neste sentido, o conceito de cláusula programática não apenas vulnera os princípios constitucionais elaborados pela Corte desde sua origem, como atenta contra a hierarquia das normas constitucionais, e, ao anular funções de normatividade, concedendo-as ao Poder Legislativo, atenta contra independência do Poder Judiciário.

Vale repisar que a discussão encontra-se centrada no direito à vida, a própria dignidade humana, ou seja, a questão encontra-se intrinsecamente interligada a sobrevivência do cidadão que necessita do atendimento público a saúde, não podendo, por conseguinte, deixar de ser prestado atendimento de qualidade, utilizando como manto para o descaso por parte dos entes estatais, o caráter programático da saúde. Com relevância Sarlet (2005 *apud* Olsen, 2012, p. 109) assegura que:

[...] os direitos sociais, em virtude de sua conexão com o direito à vida, e à dignidade da pessoa humana, têm, em seu favor, uma presunção de efetividade, ou de subjetividade, de modo que a realização da dignidade da pessoa humana serviria assim como um limite, uma demarcação da subjetividade dos direitos fundamentais sociais.

Conforme demonstrado alhures, o direito à saúde, em sua essência, possui carga de princípio e de direito fundamental, existindo, portanto, direito subjetivo do indivíduo, necessitando que o poder público comprometa-se em oferecer meios adequados para sua prestação, sob pena, do indivíduo cobrar esta realização perante o Judiciário, utilizando como justificativa para tanto, o cunho fundamental do direito à saúde.

2.2 O caráter principiológico do direito à saúde

Percebe-se que a saúde de qualquer cidadão é tão importante, que é comparável aos direitos fundamentais como a liberdade, a livre expressão, entre outras garantias que ostentam a qualidade de norma fundamental. Além disso, o direito à saúde encontra abrigo no próprio direito a vida, aspecto elementar para sua consagração como direito fundamental do indivíduo.

Hodiernamente, vem atribuindo-se a determinados direitos, em razão da própria evolução da sociedade, o caráter de norma fundamental, como é o caso em apreço, surgindo assim, a necessidade de melhor compreensão e aplicação das normas que possuem tal peculiaridade.

Desta maneira, os doutrinadores tentaram estabelecer determinados parâmetros de aplicação das normas fundamentais, dividindo sua estrutura nuclear em norma-regra e em norma-princípio. Conforme enuncia Barroso (2012, p. 340-341):

No direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema abeto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. [...] Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente de *status* de norma jurídica [...].

Sendo assim, em virtude do direito à saúde, ser atualmente considerado como norma de direito fundamental, é primordial para a melhor compreensão da dimensão deste direito subjetivo de cada indivíduo sua análise e diferenciação acerca, se tal direito encontra-se na esfera de regra a ser cumprida pelo Estado, ou possui atributo que o qualifique como princípio a ser respeitado pelo poder estatal. Nesse particular, Alexy (2011, p. 89) garante que:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito.

Inicialmente antes de identificar em qual categoria encontra-se o direito à saúde, faz-se imperioso, conceituar e fazer a devida distinção entre princípios e regras.

Entende-se como regra o conjunto de normas que contém imposições daquilo que tanto no campo fático como na seara jurídica, seja possível de se concretizar, ou seja, as regras só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente (OLSEN, 2012).

Por outro lado, as normas que conduzem em si a carga e o aspecto de princípios, são aquelas que determinam que alguma conduta seja executada, com intuito de atingir determinada finalidade, respeitando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes no ordenamento. As normas-princípios são o alicerce para análise e aplicação do direito, sendo conceituados como mandamentos de otimização.

Observa-se que se assemelham em certos pontos as regras dos princípios, em razão de partirem de uma mesma matriz geradora, qual seja, a norma em sua ampla acepção. Em virtude dessa similitude torna-se mais fácil a distinção entre regra e princípio, partindo-se da ideia da análise de determinados pontos, e do resultado desta indagação, separar de forma apurada a regra do princípio.

Sendo assim, conceberam-se três critérios de análise da norma para sua diferenciação entre regra e princípio, quais sejam: o caráter de natureza do comportamento prescrito; natureza da justificativa exigida; e a medida de contribuição para a decisão (ÁVILA, 2012).

Primeiramente, com relação à natureza do comportamento prescrito, as regras têm o condão de estabelecer determinados eventos, prevendo assim, comportamentos a serem seguidos de forma detalhada. Por sua vez, os princípios são normas inclinadas a executar determinados fins juridicamente fundamentais, e por tal razão, estes princípios possuem como característica a realização de um estado ideal de coisas.

Olsen (2012, p.66) esclarece que:

O critério da “*natureza do comportamento prescrito*”, de modo que as regras descrevem um comportamento e prescrevem uma obrigação, uma proibição ou uma permissão; enquanto os princípios descrevem um estado de coisas, de modo que as condutas a serem adotadas são o meio necessário à realização deste estado.

Partindo-se para o critério de abordagem referente à natureza da justificativa exigida, inicialmente em relação às regras, estas encontram justificativa plausível para sua aplicação, quando houver correlação entre o caso concreto e a hipótese de incidência da regra. Assim, expõe Summers (2000 *apud* Ávila, 2012, p.73):

No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de *correspondência* da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte.

A utilização dos princípios será justificável pela correspondência entre as várias condutas passíveis de serem perpetradas para a materialização do estado das coisas, devendo esses comportamentos adequar-se a finalidade pretendida.

Percebe-se que as regras são normas tipicamente descritivas, e sua utilização sempre corresponderá ao que a norma-regra prevê em seu texto, diferente dos princípios em que a justificativa de utilização carece de interpretação, principalmente sobre os efeitos da conduta e o fim almejado.

Por último, em relação ao terceiro caráter de diferenciação das regras dos princípios, relacionado ao modo de contribuição para decisão, pronuncia-se de forma sintetizada Olsen (2012, p. 66):

O critério da “medida de contribuição para decisão”, segundo o qual as regras fornecem uma contribuição incisiva e definitiva para a decisão do caso concreto, ao passo em que os princípios contribuem de forma acessória, fornecendo indícios e razões a serem observadas.

Com efeito, em relação à contribuição para decisão, percebe-se que os princípios têm a faculdade de exprimir fórmulas tendentes a solucionar determinados casos, mas não possui o poder de criar uma solução específica e detalhada, por tal razão é que os princípios são normas primariamente complementares, diferente das regras que são normas preliminarmente decisivas, na medida em que produz uma solução específica para o caso em concreto.

Além destas três teses que defendem a diferenciação entre norma e regra, existem outras que também defendem sua separação, analisando a norma por outro viés, mas sempre trilhando as mesmas teorias das hipóteses supramencionadas. Assim, sustenta Barroso (2012, p. 341):

Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente de *status* de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados, dentre os quais foram destacados no presente estudo os seguintes:

- a) quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas, princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;
- b) quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito

jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

c) quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante *subsunção*; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

Percebe-se que foram estabelecidos diversos parâmetros, com intuito de estabelecer as divergências existentes entre regras e princípios, conforme acima enunciado. Todavia, para o direito à saúde, a principal diferença para enquadrar de forma incontestada, este direito fundamental como norma-princípio, encontra-se atrelado nas diferenças existentes, no momento da aplicação das regras e dos princípios.

Destarte, as regras apenas serão utilizadas de forma total ou parcial, ou seja, ou a regra é válida e é possível sua aplicação, ou é inválida e seu manejo será afastado. A doutrina de Olsen ressalta tal entendimento (2012, p. 64): “As regras, por sua vez, são determinações no campo do fático e juridicamente viável, que só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente”.

Diante disto, nota-se que, em raras e poucas vezes, duas ou mais regras, poderão colidir ou entrar em conflito, em razão de que utilizando o critério de validade, ou a regra tem ou não sua aplicação, é o tudo ou nada, consoante se infere das palavras de Henriques (2010, p. 879):

Regras se aplicam na modalidade *tudo* ou *nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva.

A única ressalva para o conflito de regras é a possibilidade da própria norma prevê uma cláusula de exceção, consubstanciando na possibilidade, de em determinados casos previstos no ordenamento, a regra ora estabelecida, ser afastada em virtude da exceção prevista. Nesse ponto, exemplifica Alexy (2011, p. 92):

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios

entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Ao fazer uma análise acerca do direito à saúde no cenário jurisdicional, percebe-se que este direito não pode ser analisado como regra, pois caso o mesmo entre em conflito, não poderá haver uma ponderação de interesses, em respeito ao seu caráter definitivo de aplicação.

Por outro lado, quando os princípios de mesma hierarquia, neste caso normas de hierarquia fundamental são postos em confronto a solução não será a aplicação do tudo ou nada, mas deverá existir um sopesamento do grau de importância do princípio colidente, a ser analisado pelo intérprete da norma. Merece destaque o posicionamento de Alexy (2012, p.93):

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Acerca deste conflito de princípios, posicionou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em favor da implementação eficaz direito à saúde ao indivíduo, conforme jurisprudência que segue:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À BASE DE LENALIDOMIDA - REGISTRO NA ANVISA INDEFERIDO - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA - PREVALÊNCIA - DIREITO DA PERSONALIDADE - CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - PONDERAÇÃO - RISCO DE DANO INVERSO - INEXISTÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. -Presentes os pressupostos exigidos pelo art. 273 do CPC, quais sejam, aparência do bom direito ou prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela. -O indeferimento do registro do medicamento à base de lenalidomida pela ANVISA não se sobrepõe aos princípios constitucionais da saúde e da vida, mormente quando a agravada já se submeteu a tratamento com medicamentos registrados, sem a obtenção dos resultados almejados. **-A aplicação dos princípios constitucionais é realizada através de uma ponderação de suas repercussões na situação fática apresentada, acarretando o afastamento daqueles que, segundo a hermenêutica, não oferecem a solução adequada ao caso.** -A antecipação dos efeitos da tutela para compelir o plano de saúde a arcar com fornecimento de medicamento à agravada não contém risco de dano inverso à operadora, vez que em caso de eventual improcedência do pedido a questão se resolve em perdas e danos. - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento Cv 1.0024.13.179034-7/001,

Relator(a): Des.(a) Márcia De Paoli Balbino, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/07/2013, publicação da súmula em 23/07/2013) . (grifos acrescentados ao original).

Desta maneira, verifica-se conforme o julgado acima mencionado, que de forma reiterada o direito à saúde quando posto em discussão pelo Poder Judiciário, poderá colidir com princípios que possuem o mesmo conteúdo de direito fundamental, devendo existir, portanto, esta ponderação de interesses que é peculiar as normas-princípios, tornando-se perfeitamente admissível amoldar o direito à saúde como princípio e não como regra, até porque o direito à saúde encontra respaldo na dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Barroso (2012, p. 342): “Os princípios constitucionais *fundamentais* expressam as decisões políticas mais importantes – Estados democrático de direito, dignidade da pessoa humana – e são os de maior grau de abstração”.

Isto posto, observa-se que é de crucial importância delinear o conteúdo do direito fundamental à saúde possui como princípio, pois, caso entre em colisão com outros princípios de equivalência semelhante, terá o intérprete ou o aplicador da norma, o dever de ponderar e ajustar a medida mais coerente para o caso em concreto. Ademais, só poderia haver esse conflito e ponderação de interesse no caso concreto, se o direito à saúde for também considerado como norma-princípio.

2.3 Da solidariedade dos entes federativos na prestação de serviços de saúde

Percebe-se que no Brasil foi consagrado como forma de Estado, o sistema federalista, abrangendo, portanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, empregando o modelo de descentralização política e de repartição de competências, visto que, os entes federativos têm como garantia basilar, serem autônomos entre si, e em contrapartida, devem obediência ao caráter indissolúvel que evidencia a República Federativa do Brasil.

Observa-se que o direito à saúde, como desdobramento do próprio direito fundamental a vida deve ser oferecido de forma ampla, inclusive a própria Constituição Federal de 1988 outorgou competência legiferante concorrente, tanto para a União, como para os Estados, Distrito Federal e Municípios para no âmbito de sua competência efetivarem através do Poder Legislativo programas públicos relativos à defesa da saúde.

Percebe-se que a utilização de todos os entes federativos aumenta o nível de abrangência dos programas a serem utilizados pela população. Desta feita, assim prescreve o art. 24, XII e art. 30, II, que assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Partindo-se deste panorama exposto pela Constituição Federal, percebe-se que os entes que compõe a federação detêm capacidade e poder para desempenhar de forma abrangente as políticas de saúde. Conforme enuncia Agra (2012, p. 368):

A competência concorrente é a realizada pela União e pelos Estados-Membros, em que o primeiro concretiza normas de caráter geral e os segundos têm a incumbência de realizar as normas de caráter específico. Ela se subdivide em complementar e suplementar. Esta se realiza quando a União se omite de legislar com relação às normas gerais, e assim os Estados têm de legislar de forma geral e específica, e aquela se realiza quando os Estados apenas complementam as normas gerais que foram criadas pelo Governo Federal.

Na competência concorrente, os Municípios podem atuar de forma suplementar, desde que haja uma omissão do Estado-Membro ou deste e da União.

Neste viés, o texto Constitucional também disciplinou em seu art. 198 a criação de um sistema único de saúde, visando à execução dos serviços públicos de saúde, credenciando maior efetividade na disposição destas atividades e alcançando, por conseguinte, um número maior de indivíduos com a realização de políticas públicas. Por ser esclarecedor, faz-se necessário a transcrição do art. 198 da Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

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

Em razão da determinação insculpida no artigo supramencionado, foi editada a lei nº 8.080/90, inaugurando no ordenamento jurídico a organização e o funcionamento dos serviços de saúde, através do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estatui o art. 1º, e *caput* do art. 2º da respectiva norma:

Art. 1º - Esta Lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A lei nº 8.080/90, além de estabelecer os princípios norteadores do serviço público de saúde, e normatizar o direito à saúde como direito fundamental, fixou também a forma de integração do SUS em seu art. 4º, assim dispondo:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

Desta feita, nota-se que existindo a participação da União, dos Estados e dos Municípios na composição deste sistema único, unindo-se em contrapartida, com a natureza subjetiva do direito à saúde, é perfeitamente possível a solicitação de prestações de saúde, em face de qualquer dos entes, em virtude da preponderância do direito a vida e a composição solidária dos entes nas prestações positivas em matéria de saúde.

Sobre a responsabilidade solidária dos entes públicos na execução de serviços de saúde, Francisco (2010, p. 866) destaca que:

Verificando a responsabilidade jurídica do Poder Público no sistema brasileiro, nos moldes do art. 196, *caput*, da Constituição, a saúde é dever do Estado, vale dizer, da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, em responsabilidade solidária (conforme decisão do E.STJ, no RESP 325.337, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. José Delgado), razão pela qual os tratamentos imprescindíveis (na rede pública ou privada) podem ser exigidos de qualquer um deles, individualmente ou de todos ao mesmo tempo.

Com efeito, não seria razoável que o indivíduo que padece de determinada doença, ficasse inviabilizado de receber tratamento específico, em razão de que este ou aquele medicamento fosse apenas fornecido por determinado ente público. Uma vez existindo a

participação de todos os entes no financiamento e manutenção do sistema único de saúde, nada mais plausível que o cidadão possa obter o medicamento ou tratamento pretendido através de qualquer um dos entes da federação.

Em caso de negativa ou prestação de forma não satisfatória, pode o indivíduo utilizar-se da jurisdição ajuizando a demanda em desfavor da União, Estados e Municípios, até porque em razão do dever de prestação adequada de medidas de saúde o poder público, não pode esquivar-se de sua obrigação, alegando que a medida requerida é de responsabilidade do outro ente federado. Cumpre destacar, o que aponta Netto (2010, p.1113):

No que diz respeito à legitimidade passiva, todos os entes da federação deverão atuar *solidariamente* para a efetivação da tutela jurisdicional, não podendo “empurrar” responsabilidades para o outro ente público, seja da esfera federal, estadual ou municipal, em razão da eficácia imediata que possui o art. 196 da Constituição Brasileira de 1988 que protege o direito à saúde [...].

Ponto bastante interessante acerca da solidariedade dos entes federativos foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal no RE 586995 AgR/MG, bem como, no AI 797349 AgR, no qual foi suscitado em ambos os casos, a ocorrência do fenômeno do chamamento ao processo dos demais entes da Fazenda Pública, com fundamento de que, se há a solidariedade no dever de prestação de saúde entre os mesmos, seria necessário, o ingresso de todos os entes nas ações formando, portanto, o litisconsórcio passivo necessário entre os mesmos, conforme enuncia o art. 77, III, do Código de Processo Civil. Assim foram as razões da parte recorrente:

[...] não há como considerar a expressão ' a saúde é dever do estado (art. 196 da CF/88) e a partir disto condenar todos os entes da federação ao fornecimento de medicamentos, indistintamente. Há que se considerar o regramento infraconstitucional acerca da matéria (fl. 38). (AI 797349 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-088 DIVULG 11-05-2011 PUBLIC 12-05-2011 EMENT VOL-02520-03 PP-00460).

Observa-se que é bastante verossímil a solidariedade do Poder Público nas prestações de saúde, no entanto, não irá configurar em tais casos, a hipótese de chamamento ao processo, pois, nas demandas individuais ajuizadas, a controvérsia existente gravita acerca da possibilidade do Judiciário obrigar o ente Estatal a fornecer determinado medicamento ou prestação de saúde, de forma bastante específica, caracterizando-se, portanto, como obrigação

de dar coisa certa ou determinada, não admitindo assim, repartição ou divisão desta obrigação, elemento peculiar para a suposta integração dos demais entes na lide.

Com maestria, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, ao julgar o AgRg no RESP 1.281.020/DF, citou o posicionamento adotado pelo STF no RE 607.381/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, destacando:

[...] o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da recorrida. (AgRg no REsp 1281020/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012).

A propósito, cumpre transcrever o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul evidenciando a possibilidade de pleitear tratamento ou medicamento de qualquer dos entes federados.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. **1. Responsabilidade solidária. Cumpre tanto à União, quanto ao Estado e ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, viabilizar ou custear o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. A ação poderá ser proposta contra um ou contra outro, pois todos os entes federativos têm responsabilidade acerca da saúde pública.** 2. Direito aos medicamentos. Em sendo dever do Estado e dos Municípios garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovada nos autos a necessidade da parte autora em fazer uso dos medicamentos requeridos, imperiosa é a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. Recurso a que se nega seguimento. Art. 557, caput, do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70056260441, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 30/08/2013). (grifos acrescidos ao original).

Nota-se que o cidadão não pode ver seu direito cerceado, em razão de que o Estado ou o Município, e até a União não teriam condições de cumprir com a entrega do medicamento requerimento, com fundamento que tal responsabilidade seria de outro ente, visão esta que não corresponde ao regramento da lei nº 8.080/90.

Destarte, em que pese a existência de solidariedade, não necessariamente irá caracterizar a formação de litisconsórcio passivo necessário, podendo a demanda ser ajuizada em desfavor da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao mesmo tempo, ou em face de apenas um.

3 DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Entende-se que para uma melhor compreensão das ponderações realizadas entre a saúde pública a ser oferecida pelos órgãos governamentais, e sua realização através da jurisdição, faz-se necessário explorar determinados conceitos úteis, com o fito de apurar o real conteúdo da reserva do possível, tão amplamente discutida nas ações levadas ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a análise da reserva do possível é de elementar importância, uma vez que tal instituto pode servir de fundamento para nortear os limites econômicos e razoáveis de atuação jurisdicional e de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Neste sentido, antes de entrar no embate teórico da tese de escassez de recursos públicos, em face da implementação devida do direito à saúde, é inevitável abordar a reserva do possível, sem antes identificar o conceito.

3.1 Aporte conceitual da reserva do possível

É certo que para a realização dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, faz-se necessário que o Estado as realize, fornecendo meios apropriados para a efetivação material de tais prestações. Por óbvio, essas prestações positivas estatais acarretam dispêndio financeiro, pessoal e estratégico por parte do Estado, uma vez que há o dever de elaboração de políticas públicas para as prestações de traço social.

Neste aspecto, como não há direito fundamental ilimitado, até porque inexistente norma ou princípio de cunho irrestrito, o limite material dos direitos sociais expostos no art. 6º da Constituição Federal de 1988 encontra óbice na chamada reserva do possível.

Observa-se que a criação e denominação do que seria reserva do possível teve sua gênese no Tribunal Constitucional Alemão, no caso intitulado de *numerus clausus*. Nesta demanda foi questionada a admissão de alguns indivíduos nas Faculdades de Medicina das cidades de Hamburgo e Munique, haja vista que o número de vagas ofertadas não comportaria de maneira coerente a demanda dos cidadãos daquele Estado.

Nesse ponto, registre-se as palavras de Sarlet (2009, p. 338) ao reafirmar a importância de tal decisão:

Cuida-se, por um lado, da problemática dos subsídios públicos para o financiamento de escolas privadas e, por outro, de um direito ao ensino. Ambos constituíram, juntamente com o direito às condições mínimas existenciais, os exemplos que centralizaram a discussão em torno do reconhecimento de direitos fundamentais sociais originários a prestações com base numa exegese criativa calcada nas demais normas de direitos fundamentais e no princípio do Estado social de Direito.

Neste litígio, foi decidido que por mais que o indivíduo detenha o direito em frequentar e concluir o ensino superior, a quantidade de vagas oferecidas a população colide com a disponibilidade financeira do Estado, pois se, caso contrário, houvesse a imposição para que o Estado Alemão aumentasse o número de vagas nas faculdades, este poderia entrar em colapso, uma vez que determinando à ampliação do número de estudantes, conseqüentemente, aumentaria as despesas estatais de forma considerável. Assim, ressalta Olsen (2012, p. 219):

Portanto, verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito de tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostra razoável.

Desta maneira, com o julgamento do *numerus clausus*, infere-se que por mais que os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, entre outros, só possa ser efetivados com os recursos financeiros advindos do poder público, o destino dessas verbas necessariamente deverá ser feita de forma razoável e proporcional para o fim colimado, pois a prestação realizada de forma descomunal e fora dos limites orçamentários razoáveis compromete todo o sistema estatal.

Sendo assim, observa-se que a reserva do possível é o marco delimitador do alcance das condutas positivas estatais de efetivação de certos direitos. O Estado não pode se desvencilhar de todos os recursos financeiros em prol de apenas um objetivo, deixando desprotegidos outros direitos fundamentais de mesma hierarquia.

Daí exsurge a ideia de que a reserva do possível traduz-se na proporcionalidade e isonomia de alocação dos recursos públicos. Tal é que o poder público vem suscitando a necessidade de aplicação da reserva do possível pelo Poder Judiciário, quando posto em

confronto no julgamento das ações que obriguem Estado a executar determinadas condutas que possam acarretar certo custo financeiro.

Nesse sentido, cumpre transcrever a manifestação da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Norte no Recurso Extraordinário 566471/RN, que assim dispõe:

Para a concretização de determinadas normas constitucionais e infraconstitucionais, especialmente daquelas que veiculam direitos a prestações materiais, cumprirá especial cautela ao julgador [...] doutro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da “reserva do possível” como especial faceta da reserva consistência.

De fato, a partir das ponderações acima delineadas, verifica-se que a expressão reserva do possível pode ser entendida como a garantia do poder público em dispor dos recursos financeiros de forma coerente, e como direito de mensurar e avaliar, quais diretrizes terão preponderância sobre as demais, credenciando desta forma, o equilíbrio na destinação das verbas públicas. Desta forma, relevante mencionar a tentativa de conceituar a reserva do possível apontada por Sarlet (2009, p.286):

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Em outras palavras, a reserva do possível concede proteção do poder público para limitar e controlar o cumprimento de programas de caráter prestacional, servindo também como forma de manejo dos recursos estatais, evitando, desta forma, o investimento desenfreado em apenas um programa estatal, ou em um único indivíduo, eis que o Estado somente tem o dever de prestação na medida em que, o seu orçamento esteja disponível.

Sobre a reserva do possível, Gonet (2009, p. 294) admite que:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

Ocorre que a reserva do possível não é apenas a inexistência ou insuficiência de recursos financeiros para a concretização dos direitos de prestação positiva, além deste feitiço pecuniário, insere-se também neste âmbito as prestações que sejam impossíveis do poder público oferecê-las, isto é, apenas pode pleitear-se aquilo que seja possível de oferecer. Sendo assim, é evidentemente impossível requerer que o Estado seja determinado a promover a cura do mal de Alzheimer ou outra doença incurável. Percebe-se que é algo totalmente inviável.

Seguindo este raciocínio, a reserva do possível em matéria de efetividade dos direitos fundamentais sociais de prestações positivas, desdobra-se tanto no aspecto financeiro, como na esfera de possibilidade lógica de concessão do direito fundamental requerido. Assim, exemplifica Olsen (2012, p. 205):

Nestas condições, no caso do direito à saúde, por exemplo, só é possível pleitear do Estado um determinado bem jurídico se ele estiver disponível naquele momento (não se pode pleitear um transplante de fígado sem que o órgão em questão esteja disponível), bem como se a concessão deste bem jurídico for juridicamente possível (o Estado não poderá ser condenado a tirar a vida de um cidadão para disponibilizar o fígado necessário ao transplante). Dentro destes parâmetros pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais encontram-se sob a reserva do possível.

Por sua vez, além do logicamente possível, à escassez dos recursos financeiros provenientes dos cofres estatais, desdobra-se em dois aspectos distintos: a manifesta inexistência de capital para a realização de políticas públicas e a destinação já exercida destes recursos. Em relação à primeira, o Estado não possui a mínima condição financeira de atender as necessidades sociais em virtude de sua situação orçamentária encontrar-se totalmente deficitária, inviabilizando de forma escorreita as prestações positivas que a sociedade anseia. Quanto à segunda, pode haver a escassez de recursos, em razão do poder público já ter alocado as verbas em outros setores de igual importância, não detendo mais condições de retirá-las e dar-lhes outra destinação específica. Neste caso, em razão do poder estatal possuir a autonomia de escolher qual o direito social fundamental a ser mais amparado ou beneficiado.

Nos casos acima mencionados, também se percebe que aplicação da teoria do reserva do possível quando da escassez de recursos públicos para novas iniciativas, tendo seu nascedouro na alocação destas verbas em outros setores. Em tais situações obrigar o Estado a efetuar políticas públicas que satisfaçam de forma ímpar e individual, todos os indivíduos da sociedade, acabaria por romper todo o sistema orçamentário do poder público.

Assim, quando o cidadão requer ao Judiciário determinada medida de saúde não acobertada pelos programas básicos já existentes, e há o deferimento desta solicitação, o Estado irá desfalcocar determinado setor público já existente para que possa atender a determinação judicial, ou poderá desviar as verbas de futura prestação a ser executada, em face do cumprimento deste mandamento, o que termina por prejudicar as políticas públicas de saúde já traçadas para o atendimento igualitário. Verifica-se, assim, de forma incontestada a reserva do possível, pois, o Estado encontra-se impossibilitando de ofertar o amparo isonômico aos demais indivíduos.

Afinal, é inegável que os recursos pecuniários para o investimento em tais políticas são finitos e não estão sempre disponíveis. Conforme a Procuradoria do Rio Grande do Norte, em suas razões recursais no RE 566471/RN:

[...] os clamores da sociedade são muitos, e a saúde é apenas um deles. Como já demonstrado, senão levado em conta o princípio da reserva do possível quando da concessão de qualquer um dos direitos sociais, o caos estará instalado. O judiciário tem de medir as consequências de suas determinações, visto que há um elemento físico, material, para qualquer coisa.

Desta feita, a reserva do possível pode ser conceituada como o limite material e financeiro de concretização dos direitos fundamentais sociais, erigindo-se como o marco definidor de atuação do poder público em suas prestações positivas. De fato, só pode o Estado agir positivamente caso tenha recursos para tanto. É o que observa Canotilho (1991 *apud* Olsen, 2012, p. 206):

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 de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

No ordenamento jurídico pátrio a tese de reserva do possível foi enfrentada pelo Sodalício Supremo Tribunal Federal, nas demandas atreladas ao direito fundamental à saúde, advindas de grande parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, onde os demandantes portadores de AIDS pleiteavam que o poder público custeasse tratamento de alto custo, com o fim de retardar a consequência terrificante do vírus HIV. Nesta conjectura, segue ementa do RE 242859/RS:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido. (RE 242859, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 29/06/1999, DJ 17-09-1999 PP-00061 EMENT VOL-01963-08 PP-01568)

Assim sendo, restou solidificado o entendimento que por mais que seja plausível a tese da reserva do possível, ora sustentada pelo poder público, o direito fundamental a saúde encontra-se em um patamar mais relevante do que qualquer previsão orçamentária.

Desta forma, verifica-se que a reserva do possível aparece no ordenamento brasileiro não apenas como abstração da matéria soerguida pelo poder estatal nas demandas litigiosas, mas trata-se de verdadeiro elemento fático condicionador dos direitos fundamentais de prestação positiva, servindo ainda como parâmetro para a razoabilidade no dever do poder público em atender as necessidades de natureza social da população existente.

3.2 A reserva do possível versus mínimo existencial

Observa-se que um dos deveres do Estado é propiciar condições favoráveis para que todo cidadão possa ter uma vida digna e justa, sendo este dever estatal verdadeiro corolário de consecução do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o direito à saúde encontra-se acobertado pelo manto do princípio da dignidade humana, impondo assim, ao Estado o ônus de assegurar condições propícias de

vida para toda sociedade, devendo garantir, ao menos, o mínimo do que seja considerado como essencial para o ser humano.

Desta maneira, seria logicamente inviável acreditar em um sistema de saúde, que pudesse abarcar toda e qualquer prestação que o cidadão reivindicasse, até porque, a cada momento da história humana, um novo mal surge, inviabilizando que o poder público acompanhe no mesmo passo as novas enfermidades que irrompem por todo o mundo.

Entretanto, condições básicas sempre devem estar à disposição da população, pois caso o Estado não ofereça um mínimo existencial em matéria de saúde, não há como garantir que o cidadão tenha uma vida digna e justa, sem que o mesmo não tenha em sua esfera pessoal, um mínimo de saúde pública ao seu dispor. Assim expõe Francisco (2012, p. 859-860):

Nesse ponto, a dignidade humana está diretamente vinculada a um conjunto mínimo de prerrogativas e direitos essenciais, denominado por “mínimo essencial”, sem o qual a existência fica desprovida de elementos ao ser humano e à vida em sociedade. O conteúdo do mínimo existencial ou essencial deve ser buscado em cada tempo e espaço, pois está vinculado a alguns fatores sujeitos a transformações contínuas (p. ex., capacitação tecnológica e científica, e desenvolvimento econômico).

Por tal razão, é bom frisar que é dever do Estado, distribuir através dos órgãos que promovem o amparo a saúde dos cidadãos que se encontram precisando de atendimento público, tratamentos básicos ou medicamentos mais simples e acessíveis, pois, caso não seja fornecido este mínimo de amparo pelo governo vigente, o direito fundamental a uma saúde plena estará sendo desobedecido.

Sobre o mínimo existencial, aduz Sarlet (2010, p. 393-394):

De outra parte, mesmo que não se possa adentrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente está assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – em que a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável.

Nesse cenário, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu texto a necessidade de que o Estado ofertasse ações não apenas voltadas a contenção das doenças ou tratamentos que possam surgir, mas também ofertar políticas de prevenção, inclusive

possuindo caráter prioritário sobre as demais, haja vista, a probabilidade de diminuir a incidência dos indivíduos que necessitam de atendimento público com a ampliação de políticas de cunho preventivo.

Ademais, nota-se que os gastos financeiros com medidas tendentes apenas a tratar o mal no paciente acarretam maior gasto pecuniário. Desta forma é o que estabelece o art. 198, II, da CF/88:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Sendo assim, entende-se como mínimo existencial ou essencial em matéria de saúde, o compromisso do poder público, através de seus representantes constituídos, em assegurar mesmo que de forma diminuta, ações que garantam à sociedade a expectativa de obter proteção do Estado, quando o cidadão defrontar-se com situações que acarretem a necessidade de atendimento, tratamento ou outros métodos preventivos, que versem acerca de saúde.

O mínimo existencial em matéria de saúde é o arcabouço das garantias básicas, para que o indivíduo consiga manter-se em um padrão mínimo indispensável para uma vida digna. Neste esteio, pondera Barroso (2010, p. 881):

O mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público.

Observa-se, ainda que caso não haja o cumprimento do mínimo existencial, a sociedade irá deparar-se com tamanha restrição ao direito fundamental a dignidade humana, que poderá levar ao raciocínio de limitação do próprio direito à vida, tamanha a importância do direito à saúde na esfera social, pois como afirma Francisco (2010, p. 873):

Por certo que o direito à vida e à saúde estão inseridos no mínimo existencial, recebendo proteção especial do sistema jurídico constitucional, pois comandos normativos a esse respeito caracterizam-se como cláusula pétrea e preceitos de aplicabilidade imediata, dotados de máxima efetividade.

Desta forma, não pode o Estado furtar-se do dever de aplicar programas tendentes a garantir medicamentos e tratamentos às pessoas que necessitam em razão da obrigatoriedade na definição de políticas públicas, que possibilitem o acesso ao mínimo existencial em saúde.

Por outro lado, verifica-se que ainda não há uma definição exata, qual o marco identificador de realização admissível por partes dos gestores públicos do mínimo essencial. Como é corriqueiro, novas doenças ou males surgem a todo o momento, e em virtude disso, novas pesquisas ou ferramentas necessitam serem criadas, com o fim de sanar ou aprimorar os tratamentos existentes.

Por óbvio, essas novas medidas terapêuticas custam investimentos volumosos por parte dos gestores públicos, que não deveriam medir esforços para a concretização de tais programas. Todavia, há de se ponderar até que ponto o medicamento ou tratamento pretendido encontra-se atrelado ao núcleo do mínimo essencial.

Não é pela interpretação literal da palavra mínimo, que o poder público possa desincumbir-se de conceder prestações de saúde, oferecendo prestações simples, sem a propriedade devida. Noutra norte, também não pode exaurir os recursos financeiros estatais em prol unicamente de determinado programa, em face da reserva do possível, instituto delimitador das prestações sociais positivas.

Em sendo assim, caberá ao administrador público valer-se de peculiar proporcionalidade no momento em que o mesmo destinar os recursos públicos, pois ao mesmo tempo deverá velar entre a existência do mínimo essencial e a reserva do possível. Em outras palavras, terá que encontrar um meio termo entre a escassez de recursos e o mínimo essencial.

É certo que o poder público não pode utilizar a reserva do possível como manto protetor, com intuito de acobertar a ineficiência dos programas destinados a seara da saúde, uma vez que, a saúde por certo tem preponderância sobre a possível escassez orçamentária. Assim, expõe Olsen (2012, p. 326):

O mínimo existencial, como a porção nuclear do direito fundamental necessária a sobrevivência com dignidade de seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto. [...] No caso do direito fundamental à saúde, há que se observar se a atuação restritiva dos poderes públicos não anula a possibilidade de reabilitação do enfermo, condenando-o à morte em virtude de argumentos como a escassez artificial de recursos.

Nesse pórtico, o Supremo Tribunal Federal recentemente manifestou-se no sentido de prevalência do direito fundamental ao mínimo existencial em saúde, não acatando a teoria

da reserva do possível sustentada pelo poder estatal, em análise ao RE 642536 AgR, de relatoria do Ministro Fux:

Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013).

No caso em apreço, nota-se de forma incontestada, que o mínimo existencial deve prevalecer, quando posto em confronto à suposta alegação de falta de recursos orçamentários destinados à saúde, em relação à reserva do possível, pois, além de dever estatal, a própria sociedade necessita de forma contundente de políticas públicas que garantam de forma salutar um parâmetro satisfatório na saúde pública vigente.

Deste modo, entende-se que o Estado tem o dever precípua de outorgar políticas públicas de saúde que possam atender de maneira vantajosa e eficiente a toda população, e que preservem o atendimento igualitário, isonômico, e em especial a proteção do mínimo essencial para todos os cidadãos.

3.3 Atuação do poder judiciário diante da reserva do possível na efetivação das medidas públicas de saúde

O Poder Judiciário tem como dever precípua em interpretar as normas vigentes, dirimir os litígios da sociedade, e ainda assegurar de forma distinta os princípios constitucionais do Estado democrático de direito.

Com fundamento na linha teórica de Montesquieu, o Judiciário, juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo, compõe a teoria tripartite dos poderes, conforme enunciado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, condicionando os poderes a respeitarem a independência, e a devida harmonia entre seus pares.

Tal respeito e harmonia consubstanciam o princípio da separação de poderes, que exsurge como ideal de garantia de que um poder não pode sobrepor-se ao outro, protegendo assim, não apenas o equilíbrio entre os poderes do Estado, mas servindo de guarida para o cidadão, contra os desvarios de quaisquer poderes. Assim, destaca o ilustre Piçarra (1989 *apud* Barroso 2012, p.196):

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Pois bem, partindo-se desta ideia de separação dos poderes, nota-se que é dever do Poder Executivo escolher a forma de organização das políticas públicas de saúde, pois a maneira e a forma em que o mesmo irá redirecionar os investimentos estatais, encontram fundamento no poder discricionário da atividade estatal.

No entanto, o direito à saúde, conforme já discutido, é garantia fundamental a todo e qualquer cidadão, não podendo o indivíduo privado de tal prerrogativa, permanecer prejudicado sem ter a possibilidade de postular seu direito, em razão de que a incumbência na prestação de saúde é exclusiva do Poder Executivo.

Dessa forma, em virtude do direito subjetivo e fundamental a uma saúde digna e respeitável, é perfeitamente cabível a propositura de demanda, pleiteando prestações atreladas a saúde, fato este pacífico nos Tribunais Superiores. Nesse pórtico, merece destaque o posicionamento adotado pelo Ministro Humberto Martins no Resp 1.041.197/MS:

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente

legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

Observa-se que é perfeitamente admissível a propositura de demanda judicial com o fito, de que o poder público seja obrigado a garantir o pleito requerido pelo indivíduo, versando sobre sua saúde.

Sendo assim, por mais que seja relevante o direito fundamental a saúde, pressuposto da dignidade humana, o juiz ao apreciar a lide deverá pautar-se de forma condigna, mormente as peculiaridades de cada caso, devendo julgar de forma proporcional e razoável para ambas as partes litigantes. Ademais, os polos da relação processual sempre serão um indivíduo ou uma coletividade, e do outro a Fazenda Pública em suas diferentes esferas de poder.

No que diz respeito à procedência do feito, este deverá ser analisado sob o aspecto do objeto principal requerido, qual seja o medicamento ou tratamento médico pretendido, devendo necessariamente encontrar-se entrelaçado no conceito do mínimo existencial.

Ou seja, deve-se provar que a inércia estatal, terá como consequência o falecimento do indivíduo, ou seu sofrimento prolongado. Da mesma forma, o tratamento requerido ou o medicamento imprescindível já deverá ao menos existir e ter sua garantia comprovada. Barcellos (2010, p. 812) confirma este posicionamento:

É certo que o intérprete e o aplicador deverão ter especial cuidado para que não sejam violados os princípios da razoabilidade, da economicidade e da isonomia no caso concreto. Isso porque não será razoável ou isonômico que o paciente que obteve tratamento, por força de decisão judicial, disponha de condições de atendimento muito superiores relativamente àqueles que vêm sendo atendidos pelo serviço de saúde prestado pelo Poder Público.

Seguindo este raciocínio, pleitos relacionados à discussão de procedimentos médicos que não estejam atrelados a manutenção do indivíduo, não é razoável que o Poder Judiciário possa interferir no orçamento público, com intuito de deferir medida, por exemplo, tendente a oferecer fármacos ou tratamentos de caráter experimentais, pois, além de grande dispêndio financeiro, não se tem a plena certeza quanto a sua eficácia.

Desta feita, o Judiciário deverá evitar o deferimento de providências propensas a fornecer medicamentos cuja validade não esteja devidamente comprovada, ou tratamentos que não sejam realmente interligados com a manutenção da vida do requerente, pois caso passe a deferir medidas deste jaez extrapolará os limites da sensatez.

Também sua atuação limita-se no bom senso do Magistrado, uma vez que este terá a incumbência de analisar de forma coerente no momento em que conceder determinada medida que possa acarretar um gasto financeiro deveras dispendioso, pois, caso o deferimento venha abalar de maneira considerável os planejamentos estatais, esta providência não pode ser deferida, haja vista que seu deferimento pode, em tese, comprometer todo o orçamento público e não apenas parte dele.

Desse modo, ponderando sobre as peculiaridades que o Magistrado deve observar Henriques (2010, p. 858) assevera que:

Indispensável, pois, que o juiz aprecie com profundidade a hipótese que lhe é posta, verificando em especial: i) se o indivíduo efetivamente necessita daquilo que pleiteia, tanto sob o aspecto financeiro quanto sob o aspecto médico; ii) se o eventual deferimento da pretensão instituiria tratamento diferenciado injustificado; e iii) se a prestação pleiteada desconsidera o estágio atual da saúde no país.

Da mesma forma, deve-se atentar pela concessão de procedimentos que acarretem menos custos que outros. Caso a lide posta à apreciação do Judiciário, seja acerca de determinados medicamentos, deve-se prevalecer pela escolha do fármaco mais barato. Em outras palavras, os remédios genéricos ou de marcas semelhantes que acarretem um custo menor, devem prevalecer sobre os fármacos de alto custo.

Com maestria que lhe é peculiar, assim manifestou-se a Magistrada Ana Orgette de Souza Fernandes Vieira, Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Pau dos Ferros/RN, nos autos da ação ordinária 0002754-64.2011.8.20.0108:

Também, o procedimento requerido não pode ser experimental, nem a medicação pode ser aquela que tenha congênere mais acessível, mudando apenas o nome comercial. Ainda, o indivíduo tem de demonstrar não ter condições de custear a prestação, sem prejuízo do seu sustento e o de sua família. (<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=108&cbPesquisa=NMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=000275464.2011>).

O mesmo raciocínio de que o medicamento deve ser imprescindível para a vida do cidadão, deverá ser feito em relação aos procedimentos cirúrgicos ou tratamentos de determinadas doenças, haja vista tais demandas também versarem sobre a semelhante celeuma jurídica, devendo de igual maneira procurar medida que acarrete a menor despesa possível e ao mesmo tempo tenha sua eficácia garantida.

Destarte, em que pese a preponderância do mínimo existencial sobre a reserva do possível, o caráter de essencial não pode ser tão elevado que possa arruinar o controle orçamentário estatal conforme já afirmado. Em outras palavras, o Magistrado ou a Corte de Justiça no exame do caso concreto, terá que realizar esta estimação de valores, passando a estabelecer determinados parâmetros de preponderância dos limites financeiros a serem destinadas nas demandas judiciais.

Ocorre que, hodiernamente, depara-se com situações, que acarretam extrema dificuldade para delimitar o âmbito de atuação do Judiciário nas demandas de saúde. Atualmente percebe-se que não se tem um critério definidor de quais prestações podem ser deferidas, ou qual o marco financeiro que o Judiciário poderá utilizar, com intuito de obrigar o Estado a custear o tratamento do indivíduo.

Por conseguinte, em razão da inexistência de um critério específico para o tema em questão, nota-se que dificilmente o Magistrado julgador da causa irá indeferir o pedido do indivíduo que socorre ao Judiciário, em razão da doença que está acometido, ou da urgência de realização de certo tratamento. Nesse sentido, assevera Barcellos (2010, p.805-806):

Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Desta maneira, observa-se que a Jurisprudência vem entendendo apenas como limite, o caráter necessário ou fundamental do bem requerido judicialmente, até porque seria tarefa bastante penosa tentar estabelecer certo parâmetro de razoabilidade, quando está em confronto com a vida do ser humano. Neste sentido, confira-se o aresto do Tribunal de Justiça Paraíba:

EMENTA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO PARQUET. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL . INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL . GARANTIA CONSTITUCIONAL DO FORNECIMENTO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO APELO. SEGUIMENTO NEGADO ART. 557, CPC. - Presentes as prerrogativas institucionais do Ministério Público, previstas no art. 127 da Constituição Federal, na defesa dos interesses sociais e individuais

indisponíveis, está legitimado o parquet à execução de medidas concretas para efetivação desse direito. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, legitimando a pretensão quando configurada a necessidade do interessado. O funcionamento do Sistema Único de Saúde SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Não prospera a alegação de inexistência de previsão orçamentária, dado que é a própria Carta Constitucional que impõe o dever de se proceder a reserva de verbas públicas para atender a demanda referente à saúde da população, descabendo sustentar a ausência de destinação de recursos para fugir à responsabilidade constitucionalmente estabelecida. A Portaria 1.318/2002 do Ministério da Saúde, que estabelece a listagem de medicamentos excepcionais a serem fornecidos gratuitamente pelo Poder Público não tem o condão de restringir uma norma de cunho constitucional que, por ser veiculadora de direito fundamental, dever ser interpretada com a amplitude necessária a dar eficácia aos preceitos constitucionais. Segundo o art. 557 do CPC, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. TJPB - Acórdão do processo nº 03720120025848001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DES.^a MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES - j. em 27/03/2013.

Outro ponto que merece atenção é no que concerne à atuação do Poder Judiciário, nas ações coletivas, onde determinado legitimado pugna pelo deferimento, não apenas de medicamentos ou tratamentos para um indivíduo singularizado, mas que possa obrigar o Poder Público através da jurisdição, a programar políticas ou prestações para toda a coletividade. Conforme enaltece Sarmiento (2010, p. 585):

Ademais, as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas demais ações.

Todavia, percebe-se que na atuação jurisdicional coletiva, o Judiciário executa, em tese, função tipicamente administrativa, uma vez que, irá sopesar se a medida pleiteada merece ou não chancela judicial. Ocorre que este encargo de escolha da melhor atividade a ser desenvolvida, é específico do Poder Executivo a quem cabe fazer o juízo de discricionariedade administrativa.

Apesar desta constatação e do caráter administrativo da medida, o TJ/RN entendeu como possível que o Judiciário deferisse tutela de cunho coletivo:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE EXAME DE ELETRONEUROMIOGRAFIA A USUÁRIOS DO SUS. ALEGAÇÃO DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO PELO

CUMPRIMENTO DA PRETENSÃO MINISTERIAL EM SEDE DE TUTELA CONFIRMADA POR SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO. CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA. DIREITO ASSEGURADO A TODOS OS USUÁRIOS DO SUS QUE ESTEJAM NA MESMA SITUAÇÃO DO USUÁRIO BENEFICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PLEITO FORMULADO EM AÇÃO COLETIVA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, DA EFETIVIDADE E DA CELERIDADE PROCESSUAIS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DEVER DO ESTADO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA A USUÁRIOS QUE OSTENTAM A CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE., SOB PENA DE AFRONTA A DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL INAPLICÁVEL EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. OBRIGAÇÃO ESTATAL. APELO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação Cível nº 2011.012971-3 – Natal/RN, Julgamento 24/01/2013; Órgão Julgador 1ª Câmara Cível; **Relator:** Juíza Fátima Soares (Convocada)).

Não resta dúvida quanto à possibilidade do ajuizamento de demanda coletiva, solicitando um atendimento satisfatório para a população como um todo. Em razão disto, entende-se que o Judiciário não ultrapassa o limite do razoável, no momento em que determina a obrigação de programas públicos, visando o atendimento mais abrangente da população. Por mais que seja pertinente a alegação de que estaria o Judiciário, fazendo às vezes de gestor público, entretanto, não pode a jurisdição permanecer inerte quando provocada, devendo solucionar o caso da forma mais equitativa possível, observando evidentemente o direito basilar da saúde.

Logicamente, assim como as demandas individuais, deve-se preservar a qualidade do programa a ser escolhido, e ponderar pela oferta de menor preço, haja vista, tratar-se de verba pública a ser destinada na implantação do objeto requerido.

Desta forma, entende-se como possível e às vezes até necessário a ingerência do Poder Judiciário nas consecuições de políticas públicas, quando comprovado a inatividade do Estado. Por outro norte, o Judiciário deve atentar-se para que sua atuação não venha a interferir tão incisivamente na gestão do poder público, mas, sempre que solicitado possa com destreza, analisar e deferir a medida mais justa para o caso em questão.

4 DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS DE SAÚDE

Percebe-se de forma cristalina que o direito à saúde é um dever a ser perseguido pelo Estado, acarretando o direito do indivíduo em solicitar atendimento eficaz e célere, junto aos órgãos do poder público em qualquer de suas esferas federativas, seja a própria União, Estado, ou Municípios.

Consoante afirmado anteriormente, pode o cidadão que se sinta inconformado com a negativa estatal em cumprir as deveres básicos de assistência a saúde, pleitear junto ao Poder Judiciário, para que este possa obrigar ou aplicar as medidas cabíveis, que possam impor as autoridades públicas o cumprimento com responsabilidade da matéria relacionada ao direito à saúde.

Assim sendo, certos requisitos deverão ser obedecidos no momento do ajuizamento da ação tendente a deferir medida de saúde pública, até porque, quando há divergência entre o cidadão e o Estado, e essa desavença deságua na seara jurisdicional, determinados preceitos serão analisados pela autoridade competente ao julgamento.

4.1 Ações individuais de saúde

Para que o cidadão possa valer-se da prestação jurisdicional, faz-se necessário que a demanda posta em juízo para apreciação, preencha certos requisitos atinentes a toda e qualquer ação, aliando-se a preceitos específicos e singulares das ações que guardam relação com o direito à saúde.

Nesta acepção, como toda e qualquer ação intentada, com intuito de que seja levada a julgamento pelo Judiciário, terá que respeitar os ditames estabelecidos na ritualística processual, não será diferente neste tipo de demanda, visto que deverá obediência ao preenchimento dos elementos processuais, bem como, das condições da ação.

De início, com relação às condições da ação, conforme estabelece o Código de Processo Civil em seu art. 267, VI, se divide em interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam*.

Caso o requerente não preencha tais condições, ocorrerá o fenômeno da carência da ação, impedindo sua apreciação nos termos propostos pela parte autora. Assim, preleciona Didier (2008, p.71):

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Seguindo este raciocínio, o interesse de agir ou processual reparte-se em utilidade e necessidade. Com relação à necessidade, esta se fundamenta na imprescindibilidade do Judiciário intervir no litígio, para solucionar o conflito entre as partes. Por sua vez, a utilidade relaciona-se com a noção de que com o resultado prático pretendido, tenha o condão de acarretar benefícios para a parte demandante.

Voltando-se para as demandas individuais de saúde, entende-se que o interesse encontra-se demonstrado quando o poder público não disponibilizar o medicamento apropriado para o mal sofrido, ou na hipótese de não ofertar tratamento adequado para a cura do mal. Sendo assim, é relevante que a parte promovente possa comprovar a deficiência estatal, no oferecimento do objeto requerido.

Entretanto, por mais que seja interessante a prova da negativa da administração pública para obtenção do objeto solicitado, tal documento probatório não poderá servir de escusa para o pronunciamento favorável do Judiciário. Em relação a esta temática o STF, no julgamento da STA 175 de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assim posicionou-se:

Last but not least, alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070).

Além da desnecessidade de prova do procedimento administrativo já enunciado pelo STF, entende-se da mesma maneira, que é direito do indivíduo receber pronunciamento

jurisdicional, em razão do preceito estatuído no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, devendo o Poder Judiciário manifestar-se nos termos do pleito requerido.

De outra forma, a utilidade restará demonstrada quando o pleito ligado à saúde do requerente interfira de tal maneira em sua vida, que sem a análise jurisdicional da ação terá como consequência à impossibilidade que o demandante consiga ter uma vida digna.

Em outras palavras, a prova que está presente a referida condição da ação, é o benefício que a parte poderá obter com o deferimento do seu pedido através da jurisdição, ou seja, o atendimento satisfatório na prestação de saúde pública.

Por conseguinte, a possibilidade jurídica do pedido tem sua evidência confirmada quando o objeto da lide puder ser perfeitamente providenciado pelo Judiciário. Merece destaque o posicionamento de Greco Filho acerca da possibilidade jurídica do pedido (2010, p. 110): “[...] a possibilidade jurídica do pedido, consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado”.

Destarte, é possível o pedido para obter determinados medicamentos ou tratamentos para doenças degenerativas, ou para a cura de doenças básicas, bastando apenas que o poder público não as disponibilize. Logo, o pedido juridicamente impossível em demandas deste feitio é o pleito tendente a compelir o Estado a oferecer tratamento inexistente, ou providenciar a cura de doença que seja incurável. Assim, constatado que o pedido encontra óbice no ordenamento jurídico, a demanda deverá ser extinta pelo julgador.

Por último, e não menos importante que as demais, a legitimidade *ad causam* condição basilar da ação pode ser conceituada, como a possibilidade das partes litigantes estarem em juízo, e serem aptas a discutir acerca do direito pretendido pela parte que ajuíza o processo. Aduz Didier (2008, p.176-177) que:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Como a legitimidade de estar em juízo abrange tanto a parte requerente, como a parte ré, nas demandas individuais irá figurar no polo ativo da ação, o indivíduo que esteja acometido com a doença, necessitando de tratamento médico para manutenção de sua vida.

Por sua vez, no polo passivo do processo deverá aparecer o poder público, detentor do comando e distribuição das políticas públicas de saúde no Brasil.

Como a responsabilidade dos entes públicos nas prestações de saúde é solidária, uma vez que contempla todos os entes federativos, irá figurar como parte passiva do feito a União, Estados, Municípios, podendo ser em desfavor de todos, ou de apenas um, em virtude da solidariedade que adere os entes federativos.

Desta feita, no momento em que o Magistrado perceber que se encontra ausente uma das condições da ação, deverá julgar extinta a ação, sem ponderar sobre o mérito da demanda, ou seja, deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, com fundamento na carência da ação, consoante assegura Greco Filho (2010, p. 114):

Como já se adiantou, ocorre a carência da ação, ou se diz que o autor é carecedor da ação, quando está ausente qualquer das condições da ação. No sentido técnico processual isto quer dizer que o juiz declarou que falta legitimidade para agir, ativa (do autor) ou passiva (do réu), falta de interesse processual, ou falta de possibilidade jurídica, sem, contudo, decidir sobre o mérito, isto é, se a pretensão do autor era de ser acolhida ou não.

Além disso, a escolha do procedimento a ser adotado no momento do ajuizamento da ação deverá ser o que comporta maior dilação probatória, em razão de que possa ser necessária a produção de provas, com intuito de demonstrar a real necessidade da interferência jurisdicional, no caso posto em debate.

Dessa forma, a tendência é que tais ações sigam o procedimento comum ou ordinário, evitando-se assim a impetração de Mandado de Segurança, em razão de que neste remédio constitucional não comporta a produção de provas durante a caminhada processual, bem como, todas as provas já devem constar no momento de sua impetração. Nesse sentido, manifestou-se o STJ no informativo 0511:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. CONFIGURAÇÃO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO À OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS. LAUDO MÉDICO PARTICULAR. A instrução de MS somente com laudo médico particular não configura prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito do impetrante de obter do Poder Público determinados medicamentos e insumos para o tratamento de enfermidade acometida por ele. O laudo de médico particular, embora aceito como elemento de prova, não pode ser imposto ao magistrado como se a matéria fosse, exclusivamente, de direito. Esse parecer não é espécie de prova suprema ou irrefutável, ainda mais quando a solução da controvérsia, de natureza complexa, depende de conhecimento técnico-científico, necessário para saber a respeito da possibilidade de substituição do medicamento ou sobre sua imprescindibilidade.

Além do mais, o laudo médico, como elemento de prova, deve submeter-se ao contraditório, à luz do que dispõe o art. 333, II, do CPC, principalmente quando, para o tratamento da enfermidade, o Sistema Único de Saúde ofereça tratamento adequado, regular e contínuo. Nesse contexto, o laudo médico particular, não submetido ao crivo do contraditório, é apenas mais um elemento de prova, que pode ser ratificado ou infirmado por outras provas a serem produzidas no processo instrutório, dilação probatória incabível no MS. Desse modo, as vias ordinárias, e não a via do MS, representam o meio adequado ao reconhecimento do direito à obtenção de medicamentos do Poder Público, uma vez que, como foi dito, apenas o laudo médico atestado por profissional particular sem o crivo do contraditório não evidencia direito líquido e certo para impetração de MS. RMS 30.746-MG. **Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27/11/2012.** (RMS 30746/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)

Por mais que pese o entendimento esboçado pela 2ª Turma do STJ, no que concerne a realização de provas nas ações individuais de saúde, esta deve ser averiguada caso a caso, pois dependendo das circunstâncias apresentadas poderá ser possível a impetração de Mandado de Segurança, como meio adequado a reivindicar a medicação ou tratamento pretendido, devendo sua escolha ser destinada como exceção e não como regra geral.

Ademais, sempre é bom ressaltar que em tais ações a própria vida da parte demandante se encontra em risco, devendo-se evitar o apego exagerado as formalidades processuais. Em vista disto, segue recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - NEGATIVA DO IPES SAÚDE EM FORNECER MATERIAL INDISPENSÁVEL AO ATO CIRÚRGICO - PRÓTESE IMPORTADA - NECESSIDADE DEMONSTRADA ATRAVÉS DE RELATÓRIO MÉDICO - ALEGAÇÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA DE CONTIGÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À SAÚDE INDISCUTÍVEL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE - PACIENTE IMPOSSIBILITADO DE CUSTEAR REFERIDA PRÓTESE - RESTANDO SOBEJAMENTE COMPROVADO NOS AUTOS A IMPRESCINDIBILIDADE DO FORNECIMENTO DO MATERIAL SOLICITADO PARA O ÊXITO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO BEM COMO PARA GARANTIR A SAÚDE DO IMPETRANTE, MOSTRA-SE IRRETOQUÍVEL A SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O MANDAMUS - SENTENÇA MANTIDA NA INTEGRA - PRECEDENTES NESTA CORTE. DESPROVIMENTO DO APELO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 7538/2011, 12ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, JOÃO HORA NETO, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 16/07/2013)

Além das condições da ação e da escolha do procedimento a ser adotado, a parte promotora da ação deve demonstrar ao juízo competente para apreciação da peça inicial, um lastro mínimo probatório, que possa ser possível auferir de plano, a veracidade do pleito aduzido na ação. Claro que deverá também obedecer aos ditames da lei processual cível

especialmente, no tocante ao preenchimento das determinações constantes no art. 282 do Código de Processo Civil, entre outros requisitos peculiares.

Desta maneira, faz-se necessário a prova de que a parte demandante encontra-se acometida de doença ou mal, precisando de forma imediata do tratamento específico por parte do poder público. Nos casos de medicação, deve-se atentar para o fato da existência de medicamentos ou congêneres, com preços mais acessíveis e que possa surtir os mesmos efeitos.

Ainda, caso o promovente venha a pugnar por tratamento em longo prazo ou indeterminado, deve-se comprovar que apenas aquele tratamento alegado na peça inicial é capaz de minorar os efeitos do mal que o indivíduo padece, pois caso exista outra forma menos dispendiosa esta deve ser a escolhida.

Todo este panorama de peculiaridade nas ações individuais de saúde faz-se com que o julgador possua mais certeza no momento em que for julgar procedente a demanda requerida, haja vista a verba destinada ao cumprimento da medida pleiteada ser de nítido caráter público devendo, portanto, ser mais rigoroso e criterioso no momento de examinar a providência pretendida.

4.2 Da tutela antecipada nas ações individuais de saúde

Com o propósito de possibilitar maior celeridade das demandas e diminuir os efeitos maléficos do decurso do trâmite processual, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, através da Lei nº 8.952/94, a tutela antecipada, traduzindo-se na possibilidade do Magistrado antecipar o objeto pretendido pela parte autora, evitando que o atraso no pronunciamento jurisdicional possa acarretar prejuízos incomensuráveis para o indivíduo que necessita de manifestação judicial.

Com efeito, o fator tempo pode ser impeditivo do próprio direito da parte, consoante esclarece Marinoni (2008, p. 132):

É certo que o “tempo” despendido para a cognição da lide, através da investigação probatória, é reflexo da existência do Estado e da necessidade que ele se impôs de, antes de tutelar os conflitos, averiguar a existência dos direitos afirmados em juízo. Mas é reflexo da existência do Estado porque foi este que vedou a autotutela

privada, não deixando outra saída ao jurisdicionado a não ser levar o seu direito a seu conhecimento.

Desta forma, a tutela antecipada é a garantia de que o Estado-Juiz concretize o direito fundamental a razoável duração do processo, desde que o jurisdicionado preencha os requisitos estabelecidos na legislação processual pertinente.

Sendo assim, a parte promovente deverá demonstrar a existência da verossimilhança das alegações, bem como, provar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação no possível atraso da prestação jurisdicional, consubstanciando o brocardo latino *fumus boni iuris e periculum in mora*.

A “fumaça do bom direito”, é o lastro probatório constante nos autos que leva o Juiz na análise sumária, entender pela antecipação do objeto da ação, em virtude de que tais provas possam pressupor, que a demanda possui respaldo suficiente para o julgamento de mérito procedente. Por sua vez o perigo na demora, traduz a noção de que caso não seja antecipado o bem da vida pleiteado, será inócuo sua apreciação no futuro, em razão da grande probabilidade de perda do objeto requerido. (NEVES, 2012).

Neste passo, percebe-se que juntamente com a tutela antecipada, pode-se de igual maneira utilizar o manejo processual previsto no art. 461 do CPC, desde que, o objeto da ação consubstancie na obrigação da parte contrária em dar certo bem, ou de impor a realização de determinada conduta.

Assim, dispõem os arts. 273 e 461, § 3º do Código de Processo Civil.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
 - II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu
- [...]

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Desta feita, faz-se necessário o preenchimento de tais requisitos, pois o Juiz que irá analisar o processo afeito a sua jurisdição, utilizará da técnica de cognição sumária, decidindo acerca de seu deferimento ou indeferimento, consoante as provas que possam atestar o cumprimento dos requisitos supracitados. Sobre esta análise sumária, afirma Gonçalves (2010, p. 274):

Todavia, a lei estabelece que o juiz faça um exame não da certeza do direito, mas da plausibilidade de sua existência, trazida pelos elementos que constam dos autos. A prova inequívoca não é do direito, pois, se tal já existisse, o caso seria de julgamento antecipado da lide.

Como o deferimento da tutela antecipada, no mais das vezes, é realizada através de decisão interlocutória, outro traço marcante deste instituto é a possibilidade de revogação da medida deferida, conforme preceito normativo constante no art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil.

Feita esta considerável análise da tutela antecipada, impera destacar seu emprego nas ações circunscritas a saúde pública. De início, é relevante realçar que o indivíduo acometido de doença ou outro mal que o transtorne, apenas se utiliza do Judiciário para postular atendimento satisfatório do poder público, quando se encontra em situação bastante calamitosa.

Em outras palavras, o cidadão apenas suplica intervenção judicial quando se vê impossibilitado de adquirir o tratamento específico junto aos órgãos estatais. Por tal razão, pressupõe-se que na maioria esmagadora das ações interligadas a saúde o demandante depara-se com a situação de necessidade e extrema urgência para o tratamento, da angústia que lhe aflige.

Destarte, é possível que a parte autora ao provocar o Judiciário, venha a pugnar pela concessão dos efeitos da tutela antecipada, obrigando o poder público a cumprir o dever de prestação eficaz em matéria de saúde. O TRF da 4º Região coaduna com este posicionamento, conforme precedente abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS PELO ESTADO-MEMBRO. VIA ADMINISTRATIVA 1. A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que, sendo o funcionamento do SUS da responsabilidade da União, dos Estados-membros e dos Municípios, quaisquer desses entes têm legitimidade para figurar no pólo passivo da ação em que se postula o fornecimento de medicamentos, sem que a responsabilidade solidária

assim reconhecida implique litisconsórcio passivo necessário. **2. A jurisprudência do STJ tem decidido que uma vez comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para combatê-la, este deve ser fornecido, com o objetivo de atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.** 3. Caso em que, diante das constatações do perito judicial, a situação se enquadra nos parâmetros do STF, porquanto há provas que certificam a essencialidade do medicamento registrado na ANVISA (droga Pegvisomant para o tratamento de acromegalia - CID 10 E22.0), em razão de resposta negativa da cirurgia realizada, para melhora da qualidade de vida do paciente, que está impossibilitado de custear o tratamento. **4. Não configurados urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação que poderá ser ocasionado à agravante com a manutenção da tutela antecipada, na medida em que dano expressivamente maior poderia ser experimentado pelo agravado em caso de indeferimento da medida.** 5. Por fim, é de se ressaltar que o Estado do Paraná deve buscar o ressarcimento dos valores despendidos, se for o caso, na via administrativa, com base na legislação de regência, sem prejuízo do disposto no art. 80 do CPC, que prevê a possibilidade de ressarcimento junto aos demais co-devedores, por quem satisfizer a dívida, a ser manejado em ação própria para tal mister. 6. Decisão parcialmente reformada, a fim de afastar a determinação de imediato reembolso, pela União, dos valores despendidos pelo Estado do Paraná. (TRF4, AG 5006122-38.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 12/06/2013). (grifos acrescentados ao original).

Percebe-se que no caso acima demonstrado, além do direito debatido ser de primordial relevância para a sobrevivência do cidadão, deve-se atentar que também foram respeitados os requisitos inerentes ao deferimento antecipatório.

Neste passo, observa-se que nas ações individuais de saúde, a verossimilhança das alegações será o cotejo probatório acostado pela parte requerente, como diagnósticos e atestados médicos comprovando, a urgência de atendimento hospitalar ou tratamento para a enfermidade acometida. Por sua vez, o *periculum in mora* é demasiado evidente, eis que o amparo realizado tardiamente diminui consideravelmente as chances de vida do indivíduo, ou prolonga ainda mais o martírio do ser humano atingido pela enfermidade. Por isto, que o perigo na demora em tais demandas é deveras perceptível.

Por outro lado, há grande controvérsia no que pertine ao deferimento da tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública, conforme pondera Lenza (2011, p. 686): “Desde a lei que, alterando o art. 273 do CPC, permitiu a concessão de tutelas antecipadas de maneira geral, discutiu-se sobre a possibilidade de serem concedidas contra a Fazenda Pública.”

Tal polêmica foi travada com veemência, em razão de norma infraconstitucional, proibir o deferimento antecipatório contra o poder público. Assim prescreve o art. 1º, § 3º, da lei nº 8.437/92, que trata sobre pleitos antecipatórios, em face de atos do poder público:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou

preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

[...]

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Ainda na década de noventa, o poder legislativo editou a lei nº 9.494/97, na qual neste preceito normativo, foram disciplinadas as hipóteses específicas de aplicação da tutela antecipada, contra o poder público. Sendo assim, se há norma disciplinando a possibilidade de antecipação dos efeitos, logo esta é possível, desde que, observe as restrições impostas pela lei. Merece destaque a reprodução do art. 1º da lei nº 9.494/97:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 4.437, de 30 de junho de 1992.

Mais recentemente foi disposto na nova lei do Mandado de Segurança, a impossibilidade de deferimento antecipatório em determinados casos. Assim enuncia o art. 7º, § 2º e 5º, da lei nº 12.016/09:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Deste modo, pode-se até pressupor ou entender pela proibição do deferimento de tutela antecipada, consoante as leis infraconstitucionais acima mencionadas. Tal pensamento se faz com a possível proibição, de compelir a Fazenda Pública, a cumprir determinada imposição, mais especificamente nas obrigações de fazer e de dar. No entanto, este não é o melhor entendimento sobre a matéria, haja vista, o direito controvertido além de fundamental, é corolário no princípio da dignidade humana.

Assim sendo, não seria proporcional, nem tampouco razoável o indivíduo que se encontra em situação adversa, carecendo de prestação interligada a manutenção de sua própria

vida tivesse que aguardar como mero expectador, toda a marcha processual para que, apenas ao fim, pudesse conseguir resposta jurisdicional acerca do bem da vida requerido.

Por tal razão, estabeleceu-se o entendimento que é possível que o Poder Judiciário, defira determinada medida impositiva através de concessão de tutela antecipada, compelindo a Fazenda Pública, antes da sentença final de mérito, a praticar certa conduta positiva, que no caso em apreço, consiste na entrega de medicamentos solicitados ou prestação de atendimento específico. Com argúcia, afirma Marinoni (2008, p. 261): “Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré”.

Outro não foi o posicionamento, recentemente, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1291883/PI, de Relatoria do Ministro Castro Meira, que assim expõe:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. 1. É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la a fornecer medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas. Precedentes. 2. A apreciação dos requisitos de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão da tutela antecipada enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

Não obstante, algumas normas infraconstitucionais, possam em alguns e restritos casos impedirem o deferimento liminar ou antecipatório contra a Fazenda Pública, este entendimento não pode ser elevado ao patamar de proibição para todos os casos, uma vez que conforme o enunciado jurisprudencial supramencionado é perfeitamente justificável a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Assim sendo, percebe-se que é perfeitamente possível o deferimento de tutela antecipada, em face da Fazenda Pública nas demandas de saúde, bastando apenas que o indivíduo, parte autora da ação, venha a comprovar os requisitos inerentes a sua concessão.

4.3 Medidas processuais positivas em face da fazenda pública

A percepção de que contra a Fazenda Pública não caberia medida processual propensa a deferir tutela antecipada ou outra medida liminar, já se encontra devidamente superada, sendo perfeitamente cabível a respectiva providência, contra os entes estatais.

Considerando a possibilidade acima afirmada, e partindo da premissa que nas ações individuais que buscam o devido amparo a saúde, são identificadas como verdadeiras obrigações de fazer, ou de entregar determinada coisa, em razão de sua característica principal, referir-se a entrega de medicamentos ou tratamento específico, como cirurgias ou outros procedimentos médicos atinentes a cura do paciente, percebe-se que são condutas positivas a serem praticadas pelo Estado, sendo por conseguintes, nítida obrigação de dar ou fazer.

Portanto, no momento em que o Magistrado defere a tutela específica, pleiteada pela parte promovente, deverá antever que no caso do não cumprimento do mandamento judicial, terá que utilizar de expedientes que possam compelir o ente público a cumprir a ordem designada. Assim, assegura Marinoni (2008, p. 210-211):

O juiz, no provimento sumário, deve desde logo estabelecer os meios executivos que poderão ser utilizados para que a decisão seja observada, caso não seja voluntariamente adimplida. Justamente porque a atuação da tutela sumária não se subordina às regras próprias da execução da sentença condenatória é que se atribui ao juiz um *amplo poder* destinado à determinação dos meios executivos.

Desta feita, caso ocorra o deferimento do pedido, deve-se alertar a parte contrária do processo, que em caso do não cumprimento espontâneo da determinação imposta poderá a parte sofrer meios coercitivos, que venham a garantir de forma integral a efetivação da ordem judicial. O fundamento autorizador encontra guarida no art. 461, § 5º, e art. 461-A, § 2º e § 3º, do Código de Processo Civil que assim prescrevem:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão,

remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

[...]

2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Nota-se que é possível a aplicação de condutas impositivas que obriguem o sujeito passivo da obrigação a atuar de forma positiva visando o atendimento satisfatório da parte que se acha necessitada.

Dentre tais medidas encontram-se os casos de expedição de busca e apreensão, imissão na posse, desfazimento de obras, dentre outras. No entanto, para as demandas de saúde, as principais armas para o inadimplemento, são a multa diária pelo descumprimento, denominada de *astreinte*, e a possibilidade de bloqueio de verbas, este último, não previsto no art. 461, sendo típico do rito executório.

Ademais, constata-se que o poder atribuído ao Magistrado conforme mandamento expresso no § 5º, do art. 461, não está circunscrito apenas naquelas medidas apontadas na lei, ou seja, o rol constante na lei é meramente exemplificativo, podendo o Juiz utilizar do recurso mais adequado e célere, para garantir a tutela requerida. Nas palavras de Didier (2012, p.442):

Com os olhos postos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado.

Com efeito, percebe-se que o art. 461 do CPC prevê hipótese de imposição de multa diária para o descumprimento da determinação deferida, impondo como forma de compelir o cumprimento da obrigação. Sobre as *astreintes*, afirma Lenza (2011, p. 601):

É mecanismo de coerção para pressionar a vontade do devedor renitente que, temeroso dos prejuízos que possam advir ao seu patrimônio, acabará por cumprir aquilo a que vinha resistindo.

Dentre os vários meios de coerção a multa, que se assemelha às *astreintes* do direito francês, é dos mais eficientes.

Todavia, a celeuma emerge no cenário jurisdicional, quando posto em confronto o emprego das medidas coercitivas em face da Fazenda Pública, uma vez que, conforme

preconiza o art. 730 do CPC e art. 100 da Constituição Federal, os entes públicos seguem rito distinto das demais ações executivas, além do que no caso da multa a verba destinada ao seu pagamento possui natureza pública. Militando sobre a impossibilidade de cominação da multa contra a Fazenda Pública, ressalta Greco Filho (2005, p. 68-69):

Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.

Registre-se que partindo para as ações de saúde, em que figura a Fazenda Pública como parte legítima, caso comprove-se cabalmente o não cumprimento da decisão que determinou a entrega de medicamentos ou a realização de procedimento cirúrgico específico, além de necessário, é perfeitamente possível à cominação de multa para coagir o poder público a cumprir o mandamento judicial. Em sentido contrário ao de Greco Filho, assevera Didier (2012, p. 456-457):

O foco do problema é outro: não é combater a multa coercitiva como técnica a ser utilizada contra a Fazenda Pública, mas combater a má conduta do agente público que descumpriu ordem judicial por saber que a multa recairia sobre o erário. Assim, considerando que a multa se reveste de caráter coercitivo e que o seu objetivo é servir de instrumento à efetivação de uma decisão judicial -, o que, aliás, representa também medida de interesse público -, poderá ser utilizada mesmo quando o devedor for a Fazenda Pública.

Não é por outra razão, que o Tribunal Regional Federal da 1º Região, também afirmou o posicionamento favorável a imposição de multa, conforme ementa que assim dispõe:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. MULTA. DESNECESSIDADE DE TRADUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. I - Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, é dever do Estado, assim entendido União, Estado, Município e Distrito Federal, sendo qualquer um deles responsável pelo fornecimento de medicamento à pessoa carente (precedentes), e tendo, portanto, legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. **II - Inadmissível condicionar a fruição de direito fundamental e inadiável à discussão acerca da parcela de responsabilidade de cada ente da Federação em arcar com os custos de tratamento médico cujo fornecimento fora determinado por meio de decisão judicial.** III - "A demora excessiva e injustificada do poder

público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes." (AC 2005.38.00.003646-4/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Conv. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (conv)). IV - É possível a fixação, pelo juízo ou a requerimento da parte, de astreintes contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC. (precedente STJ - AgRg no Ag 1247323/SC). V - Na hipótese, considerando a agravante ser portadora da Doença de Fabry, comprovada sua hipossuficiência e a necessidade do fármaco por meio de relatório e receita médica, faz jus ao fornecimento do medicamento Replagal pelo Estado, de forma gratuita, conforme solicitado. VI - Desnecessário a tradução dos documentos em língua estrangeira acostados, pois cuidou a agravante de apresentar relatório médico e prescrição médica, ambos em língua portuguesa, emitido por médico registrado no Conselho Regional de Medicina do Paraná, documentos aptos e capazes de comprovar o estado de saúde da agravante e sua necessidade em fazer uso do medicamento ora vindicado, bem como em demonstrar a quantidade de medicamento necessário ao tratamento. VII - Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AG 0071832-45.2011.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.223 de 17/09/2012). (grifos acrescentados ao original).

Conforme acima delineado é legítima a atuação jurisdicional propensa a aplicação das *astreintes*, quando evidenciado o descumprimento da obrigação pela Fazenda Pública, e com o escopo de garantir o direito reivindicado pelo indivíduo.

Outro traço relevante é a possibilidade da multa recair pessoalmente sobre os bens e valores gestores públicos, ou seja, em desfavor das pessoas físicas detentoras dos poderes para executar as determinações impostas, posto que segundo Marinoni (2008, p. 267):

Não há procedência no argumento que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa porque parte no processo é a pessoa jurídica de direito público. É que essa multa somente poderá ser exigida se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão.

Isto posto, caberá ao Magistrado prolator do deferimento da decisão, mensurar qual ação será mais eficiente para a efetivação em tempo hábil, se contra a pessoa jurídica de direito público ou na pessoa dos gestores de tais verbas, sendo ambas as posições possíveis de serem deferidas.

Por outro lado, outra imposição bastante frequente, e que vem gerado bastante discussão ao seu respeito, é a probabilidade de determinação do bloqueio de verbas públicas para o cumprimento das decisões deferidas e não adimplidas no lapso temporal determinado.

Com efeito, por ser um meio tipicamente executivo, uma vez que caracteriza-se como meio de obter o resultado prático nas execuções, o bloqueio realizado nas contas do poder público para cumprimento de decisões, pode hipoteticamente, contrariar os ditames

estabelecidos no processo de execução, no próprio sistema de precatórios, e nas legislações infraconstitucionais.

O regramento executivo específico que se submete a Fazenda Pública tem como sua maior característica, diferindo de sobremaneira das execuções entre particulares, o caráter de impenhorabilidade das verbas pecuniárias, conforme afirma Cunha (2012, p. 282):

Quando a Fazenda Pública é, o executado, todas essas regras não têm aplicação, eis que os bens públicos revestem-se do timbre da impenhorabilidade e da inalienabilidade.

[...]

Isso porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo Erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurídicas de direito público, afim de adaptar as regras pertinentes a sistemática processual.

Logicamente quando há a determinação através do sistema *bacen-jud*, de bloqueio de quantia necessária para o cumprimento da imposição deferida, observa-se que há o desrespeito ao caráter impenhorável das verbas públicas, e o não atendimento do sistema de precatórios.

Desta feita, depara-se com um conflito bastante ferrenho, eis que ou o Judiciário detém o poder para valer-se de medidas que possam infringir as prerrogativas da Fazenda Pública, em busca do direito fundamental à saúde, ou prevalecem tais privilégios em desfavor do cidadão necessitado. É certo que neste embate jurídico e principiológico, deve-se velar pela garantia do direito a saúde, abrindo assim, espaço para o Judiciário, agir da forma mais eficaz para a realização da garantia da dignidade humana.

Corroborando esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu em vários de seus julgados a legalidade do bloqueio de verbas públicas, até o montante necessário a efetivação do bem requerido em ação judicial. A propósito, segue jurisprudência neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer

ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 827.133/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 204)

Ademais, consoante aresto acima transcrito percebe-se claramente que o direito a vida e a saúde, prevalecem sobre a impenhorabilidade das verbas estatais. Com relação à submissão das verbas públicas ao sistema de precatórios, esta ideia resta superada em virtude do caráter emergencial e improrrogável da aquisição do medicamento ou da realização do procedimento cirúrgico, em face da consequente demora no pagamento por meio através de precatório.

Desta maneira, logo após o deferimento antecipatório e a comprovação do não cumprimento por parte do poder público, exsurge o direito da parte demandante em requerer o bloqueio das verbas públicas, por conseguinte, adquirir com as verbas bloqueadas judicialmente, a satisfação do bem solicitado.

Portanto, entende-se que além de lícito, é até certo ponto indicado que o Magistrado utilize-se dos meios que sejam mais proveitosos e infalíveis, para que o cidadão detentor do direito fundamental à saúde, possa através do Judiciário garantir a preservação desse direito.

Ademais, não se pode perder de vista que não há bem maior ou princípio a ser resguardado, que não seja o próprio direito a vida e à saúde. Sem a consagração desses direitos basilares, não haverá sentido preservar direitos como a liberdade, a livre expressão entre outros. Por isso, que se faz necessário que o Judiciário realize as medidas imprescindíveis para a legitimação do direito à saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho de conclusão de curso, foi investigado o direito fundamental à saúde em seus vários aspectos, em especial a questão relacionada à efetivação das políticas públicas de saúde através do Judiciário, uma vez que no Brasil ainda não foi possível ofertar de forma ampla, meios que venham a amparar todo e qualquer cidadão que necessite do poder público para realizar o tratamento do mal que lhe aflige.

Diante deste quadro, restou demonstrado no decorrer do trabalho as características dos direitos fundamentais, em especial a saúde do indivíduo como circunstância primária a ser efetivada pelo poder público, através de prestações positivas sociais que fixassem meios propícios para a utilização deste direito por qualquer pessoa comprovando, portanto, que qualquer cidadão detém o direito subjetivo de provocar a jurisdição a fim de obter a prestação devida.

Também foi constatado que o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo existencial para toda a população, pois, conforme apresentado é legítima o ajuizamento de ação que possibilite o indivíduo a receber tratamento específico, caso este não seja oferecido pelo ente estatal, não podendo o indivíduo permanecer inerte diante da ineficiência estatal em razão ante da preponderância do mínimo essencial em saúde pública.

É bem verdade, conforme foi exposto que a decisão judicial que defere medida tendente a implementação de medidas direcionadas a concretização da saúde do requerente poderia interferir nas decisões políticas estatais, em virtude do dispêndio financeiro que envolve as ações individuais, a qual resolveu denominar este fenômeno de reserva do possível.

Todavia, restou esclarecido e demonstrado que a teoria da reserva do possível, não pode servir de manto protetor para a desídia estatal, porquanto, o direito à saúde em qualquer de suas facetas, além de direito precípua de qualquer pessoa se encontra calcado no princípio da dignidade humana, e o não oferecimento de tratamento adequado acarreta para o indivíduo problemas imensuráveis, além do que, pode resultar no falecimento do sujeito acometido pela moléstia.

Desta feita, no que se refere a atuação jurisdicional houve a desmistificação que existiria a intervenção do Judiciário na esfera do Executivo, sendo perfeitamente admissível o deferimento da medida através do Judiciário, desde que, respeite os limites do bom senso e da razoabilidade, não sendo ilegal a atuação jurisdicional nestas ações.

Ademais, foi esclarecido que não seria sensato deferir toda e qualquer medida atrelada a saúde, como tratamentos experimentais, ou que ainda não tivessem sua eficiência fartamente comprovada, bem como, tratamentos de com um custo financeiro tão elevado, que realmente comprometesse todo o sistema financeiro da administração pública.

Desta forma, conforme demonstrado no trabalho em apreço é possível a concretização das prestações de saúde, consoante o entendimento que todo indivíduo possui direito ao mínimo existencial em saúde pública devendo o Estado preservar as garantias essenciais à saúde, em virtude deste direito possuir como característica principal a sobrevivência com dignidade do cidadão.

Sendo assim, foi asseverado que a saúde constitui obrigação do poder público devendo ser difundida por qualquer dos entes federativos, e no caso de restar comprovado a ineficiência estatal, unindo-se com a existência e viabilidade do tratamento é perfeitamente viável a tutela jurisdicional com fulcro na preservação dos direitos inerentes a todo ser humano.

Além deste embate teórico acerca do direito à saúde e a reserva do possível, também houve o exame na seara pragmática das demandas individuais de saúde, na qual restou constatado que certos requisitos específicos deverão ser respeitados, principalmente no que se refere ao arcabouço probatório necessário, para que o órgão jurisdicional possa conceder o deferimento da medida pretendida.

Igualmente, foi demonstrado que em razão da urgência das pessoas que litigam em juízo, com o fim de obter determinada prestação do poder estatal, pode haver a concessão da tutela antecipatória de mérito, na hipótese de existir o requerimento pelo demandante, e desde que estejam fartamente comprovados nos autos os demais pressupostos ensejadores da tutela antecipada. Por mais que pese, constar no polo passivo de tais ações a Fazenda Pública, esta peculiaridade não pode servir de fundamento, para obstar o cidadão a garantir de forma célere, o atendimento efetivo que protege sua própria vida.

Em razão disto, alcançou a compreensão final, de que é algo permissível e até certo ponto necessário o deferimento da tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública, nas ações que objetivam prestações públicas de saúde.

Sucedo que no caso do não atendimento das determinações judiciais antecipatórias, o cidadão não terá satisfeito o objetivo da ação. Dessa forma, houve o enfrentamento desta celeuma no decorrer do presente trabalho, sendo constatado que a autoridade judiciária competente poderá valer-se de vários meios propícios para alcançar o fim desejado, sendo

legítimo o arbitramento de multa diária tanto em face da pessoa jurídica de direito público, como em desfavor na pessoa física competente a cumprir tais ordens judiciais.

Ainda, foi confirmado que além do arbitramento da multa com intuito de compelir o poder público a executar os mandamentos judiciais, foi exposto a ideia de que é plausível a possibilidade do bloqueio das verbas das contas estatais, para que a parte requerente possa realizar o tratamento pretendido ou obter a medicação imprescindível para a recuperação de determinada doença.

Portanto, os objetivos estabelecidos no presente trabalho foram atingidos, em razão de ter realizado a análise das repercussões da participação do Judiciário na seara circunscrita a saúde pública, havendo a identificação dos limites jurisdicionais frente à reserva do possível, e ainda foram devidamente esclarecidas as objeções concernentes a apreciação da matéria de saúde junto ao Judiciário tendo obtido êxito na apreciação do tema em apreço.

Assim sendo, por mais que o poder público insista em não consentir com a possibilidade de intervenção do Judiciário em face dos cidadãos que necessitam de auxílio específico de políticas públicas interligadas a saúde, ficou demonstrado que é possível a utilização de todos os meios adequados e propícios, para que a população que tanto sofre com as mazelas referentes à saúde pública possa encontrar um meio satisfatório e justo, para a consecução do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2013.

_____. **Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de processo Civil. Diário Oficial da União 17/01/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 10/07/2013.

_____. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União de 20/09/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em 02/08/2013.

_____. **Lei 8.437 de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Diário Oficial da União 01/07/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8437.htm>. Acesso em 28/08/2013.

_____. **Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Diário Oficial da União 14/12/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em 18/08/2013.

_____. **Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União 11/09/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em 28/08/2013.

_____. **Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em 28/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1291883/PI.** Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29327644&sReg=201101881151&sData=20130701&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 01/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1281020/DF,** Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25245081&sReg=201102234400&sData=20121031&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 05/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1041197/MS.** Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5649514&sReg=200800598307&sData=20090916&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 20/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 827.133/RS.** Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 29/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2390404&sReg=200600551554&sData=20060529&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 16/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 30746/MG.** Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25253806&sReg=200902075690&sData=20121206&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 01/09/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 586995.** Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Julgado em 28/06/2011, DJe-156 DIVULG 15-08-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625850>>. Acesso em 03/08/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 271286**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000, Acórdão eletrônico DJ 24/11/2000. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 20/07/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 797349** AgR. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Julgado em 26/04/2011, DJe-088 DIVULG 11-05-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622875>>. Acesso em 03/08/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 566471/RN**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=191981#1%20-%20RECURSO>>. Acesso em 15/07/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 242859**. Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 29/06/1999, DJ 17-09-1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>>. Acesso em 10/08/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 642536** AgR. Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, DJe-038 DIVULG 26-02-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em 12/08/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA 175**. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 17/07/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 7538/2011**. Rel. Des. JOÃO HORA NETO, 12ª VARA CÍVEL. Julgado em 16/07/2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:Jx2PSIX3GG0J:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2011215703%26tmp_numacordao%3D201310245+7538%2F2011+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=* &oe=UTF-8>. Acesso em 02/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0024.13.179034-7/001**. Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível, Julgado em 11/07/2013, publicação da súmula em 23/07/2013. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRe>>

gistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.179034-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 02/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Processo nº 03720120025848001**. Rel. Des^a. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES. TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/03/2013. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/tjpb-concede-liminar-e-estado-tera-de-fornecer-gratuitamente-medicamento-de-uso-continuo>>. Acesso em 03/09/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Ação Ordinária 0002754-64.2011.8.20.0108**. Juíza Ana Orgette de Souza Fernandes Vieira. 1ª Vara Cível Comarca de Pau dos Ferros/RN, julgado em 13/06/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=108&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002754-64.2011&foroNumeroUnificado=0108&dePesquisaNuUnificado=0002754-64.2011.8.20.0108&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em 25/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº 2011.012971-3**. Rel. Juíza Fátima Soares (Convocada), 1ª Câmara Cível, Julgado 24/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em 28/07/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70056260441**. Rel. Des. Roberto Lofego Canibal, Primeira Câmara Cível, Julgado em 30/08/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70056260441&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03/09/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 0071832-45.2011.4.01.0000 / DF**, Rel. Des. JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, Julgado em 17/09/2012. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=718324520114010000>>. Acesso em 23/08/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AG 5006122-38.2013.404.0000**. Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, Quarta Turma, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5861865>. Acesso em 27/08/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC542840**. Rel. Des. Geraldo Apoliano. Terceira Turma, Julgado: 21/03/2013, Publicação: DJE 04/04/2013. Disponível em

<http://www.trf5.jus.br/archive/2013/04/200984000076332_20130404_4655467.pdf>.
Acesso em 20/07/2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CUNHA, Leonardo. **A fazenda Pública em Juízo**. 10 ed. rev e atual. São Paulo: Dialética, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, Et al. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Volume 2. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____, Fredie. **Curso de Processual Civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. Volume 1. 9 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____, Fredie, Et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Volume 5. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 3. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Agassiz Almeida. Et al. **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Parte 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales: Tema Clave de la Constitución Española**. 9 ed. Madrid: Tecnos S.A, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10 ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. E Ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SARMENTO, Daniel, Et al. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.