

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**DANIELA MENENGOTI RIBEIRO**

**EDINILSON DONISETE MACHADO**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-446-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural.

4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

### **Apresentação**

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 19 e 21 de julho de 2017 e teve como tema central "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Daniela Menengoti Ribeiro, Edinilson Donisete Machado e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LAICIDADE ESTATAL, LIBERDADE RELIGIOSA E RECONHECIMENTO: A POLÊMICA SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE ROUPAS RELIGIOSAS DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO

2. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE CULPA: NOTAS HISTÓRICAS SOBRE ESTA DIALÉTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE REUNIÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

7. O DIREITO À MANIFESTAÇÃO E A REPRESSÃO DO ESTADO EM NOME DA SEGURANÇA NACIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS DE PROTESTO NO BRASIL.

8. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA NA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E A CATEGORIZAÇÃO DE PESSOAS

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

10. A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS NO IRPF E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

11. A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO FORMA DE

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLTADO AO CONTRIBUINTE DEVEDOR

12. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

13. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL

14. UMA LEITURA ATUAL DO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15. A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E DA NÃO-INTERVENÇÃO EM FACE DA SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

16. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE QUALIDADE DO AR

17. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

18. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

19. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - Unicesumar

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM e UENP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL**  
**FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT AS UNIVERSAL LAW**

**Jair Kulitch**

**Resumo**

O presente artigo aborda o direito à saúde na perspectiva da ordem constitucional. Inicia-se com a análise da liberdade individual e suas dificuldades, surgindo a necessidade de constituir-se enquanto sociedade e Estado, como forma de garantia dos direitos coletivos e renuncia aos direitos individuais. Analisa-se a questão da fonte de recursos deste Estado, através do poder de tributar e suas limitações constitucionais. Faz análise do direito fundamental à saúde, previsto na Constituição Federal e sua aplicabilidade através de decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Direito universal, Prescrições constitucionais

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article addresses the right to health from the perspective of constitutional order. It begins with the analysis of individual freedom and its difficulties, arising the need to establish itself as a society and state, as a way of guaranteeing collective rights and renounces individual rights. The question of the source of resources of this State, through the power to tax and its constitutional limitations, is analyzed. It analyzes the fundamental right to health, provided for in the Federal Constitution and its applicability through judicial decisions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Universal law, Constitutional requirements

## **1 INTRODUÇÃO**

O texto constitucional é o instrumento garantidor das condições mínimas a serem cumpridas pelo Estado em relação aos cidadãos. É com fundamento nas prescrições constitucionais que o indivíduo se insurge contra o Estado para ter seus direitos efetivados.

Para o cumprimento de suas obrigações, o Estado precisa estabelecer suas fontes de receita, que decorrem unicamente do pagamento dos tributos pelo cidadão. Este fato também precisa estar previsto para que se estabeleçam limites e não se coloque o indivíduo em insegurança financeira e tributária.

No Brasil, tanto os direitos fundamentais do cidadão quanto o poder de tributar estão previstos constitucionalmente. Conhecida como Constituição Cidadã, o texto de 1988 elenca vários direitos ao cidadão, alguns denominados fundamentais como, por exemplo, a saúde.

Paralelamente a isso, estabelece as espécies tributárias bem como diversos princípios e regras que impõem limite ao poder de tributar. Ainda, estabelece fontes mínimas de custeio dos serviços públicos, através de porcentagens sobre a arrecadação.

Questão a ser analisada neste artigo é a possibilidade jurídica e financeira de se garantir direitos fundamentais como universais e igualitários, sem conflitar com as limitações ao poder de tributar. Analisa-se ainda a necessidade de se buscar o Poder Judiciário para a garantia dos direitos mínimos e suas consequências para o administrador público.

Outra questão a ser discutida é as consequências desta busca de ações judiciais e individualizadas frente ao direito coletivo, tanto no aspecto econômico como no princípio da igualdade.

O ponto crucial é analisar a possibilidade ou não do Estado ser o garantidor do direito fundamental à saúde de forma universal e igualitária, tanto no plano da ordem constitucional quanto no cumprimento das decisões judiciais.

A pesquisa é realizada com base na doutrina, decisões judiciais e informações colhidas junto aos órgãos federais relacionados à saúde.

## **2 DO ESTADO**

O homem originariamente pautou como filosofia de vida a liberdade, estabelecendo habitat em lugares ermos, vivendo isolado de seus pares. Partindo dessa característica de homem “só”, “livre”, faz-se importante pensar sobre seu desenvolvimento até a formação do Estado, tal qual é concebido hodiernamente, onde se verifica a imposição de vários fatores e situações que limitam direitos individuais em prol da coletividade.



Entretanto, o termo “livre” não deve ser interpretado abertamente, sob o ponto de vista da liberdade total. O homem sempre enfrentou restrições aos ideais de vida em seu universo, por menor que ele pudesse ser, embora não tivesse o conhecimento sobre as razões dessas limitações. Assim prescreve a doutrina de PAULO BONAVIDES (2012, pág. 62):

Para alcançar a realização de seus ideais de vida – individuais, sociais ou de humanidade – o homem tem de antever às exigências de um condicionamento imensurável: submeter-se às leis da natureza e construir o seu mundo cultural.

[...]

O condicionamento, imposto ao homem de forma inexorável, gera múltiplas necessidades, por ele atendidas mediante os processos de adaptação. Graças a esse mecanismo, o homem se torna forte, resistente, apto a enfrentar os rigores da natureza, capaz de viver em sociedade, desfrutar de justiça e segurança, de conquistar, enfim o seu mundo cultural.

A partir desses fatores limitadores de cada indivíduo, surge inicialmente uma comunidade, formada por um número limitado de sujeitos que possuíam o mesmo objetivo, interesses, necessidades, porém, com habilidades diferentes.

Para PAULO BONAVIDES (2012, pág. 62), esses agrupamentos podem ser considerados inicialmente como uma simples comunidade, “... *dotada de caráter irracional, primitivo, munida e fortalecida de solidariedade inconsciente, feita de afetos, simpatias, emoções, confiança, laços de dependência direta e mútua do “individual” e do “social”.*”

Já a sociedade, segundo BONAVIDES (2012, pág. 62) apresenta uma “... *ação conjunta e racional dos indivíduos no seio da ordem jurídica e econômica;*”.

Desses ensinamentos, a conclusão é de que o homem nasce de certa forma livre. Em seguida, em razão das dificuldades individuais que enfrentam, formam pequenas comunidades para então viver em sociedade, que por consequência, necessita de algo superior, que vem a ser o Estado, para regular a vida em comum.

A sociedade passa a ser considerada como um elo entre o indivíduo e o Estado. Todavia, tem a sociedade maior presunção de valor frente ao Estado, uma vez que este derivou daquela. Porém, em relação ao indivíduo, ela passa a ter menor valor, em razão de que estes a compõem. (PAULO BONAVIDES, 2012, pág. 63)

Novamente tem-se que o indivíduo passou a conhecer melhor seus problemas, suas dificuldades e limitações, constituindo-se em comunidade, que passou a ser encarada de forma mais ampla como sociedade, criando o Estado.

Ou seja, o indivíduo é o grande formador do Estado. Nada mais importante para o Estado do que o próprio indivíduo. É nele que se inicia e encerra a ideia do Estado.

Porém, este Estado não pode existir desprendido de valores sociais. Sua existência está condicionada à busca do bem estar social, pregando direitos e garantias individuais, sob pena de sucumbir-se na essência. A dificuldade é encontrar o modelo de Estado ideal e suas formas jurídicas para assegurar o bem estar social.

Para Bonavides, o Estado passou a ser encarado em três acepções. A primeira, criada por Hegel, meramente filosófica, definindo-o como “*realidade da ideia moral*”. A segunda, difundida por Kant onde o Estado era tão somente “*a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito*”. (PAULO BONAVIDES, 2012, pág. 66-67)

Conclui referido escritor que a terceira acepção de Estado, nas palavras de Trotsky, se fundamentava na força da legitimidade e soberania do império das leis. Esse termo “força” em nada é relacionado com violência bruta, mas sim nos meios legais, coercitivos de imposição da sua vontade.

Novamente importante destacar que, com exceção da primeira teoria, para as demais é imprescindível à existência de um conjunto de normas, sob pena de tornar o Estado tirano, autoritário.

Assim, um conjunto de normas mostra-se indispensável à existência do Estado de Direito, como prescreve a doutrina de HUGO DE BRITO MACHADO (2012, pág. 31):

Há quem sustente que todo Estado é necessariamente um Estado de Direito, por ser regulado por normas. Na verdade, porém, somente se deve considerar Estado de Direito aquele dotado de regramento jurídico capaz de colocar limites ao poder, evitando as práticas arbitrárias dos governantes. Não basta a existência de um estatuto jurídico do poder, pois estatuto jurídico do poder e Estado de Direito, na verdade, não são sinônimos.

Estado de Direito é formado por normas jurídicas que limitam o poder e não meramente por regras, que na grande maioria das vezes constituem-se uma forma de afirmar, legitimar a tirania, o autoritarismo.

A relação existente entre sociedade e Estado deve ser pautada numa relação jurídica e jamais numa simples relação de poder, de mando e desmando. A doutrina constitucionalista do proeminente JOSÉ AFONSO DA SILVA (2012, pág. 114) assim se manifesta:

Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

O Estado não é absoluto, devendo seguir as regras impostas pela sociedade por ocasião de sua instituição. Somente as normas derivadas desse comando inicial e, principalmente, obedecendo a seus princípios e valores sociais, é que possuem legitimidade frente à coletividade e seus membros.

O desrespeito às normas constitucionais é repudiado pela doutrina, segundo ROQUE ANTONIO CARRAZA (2012, pág. 60-61):

Sem outros cuidados, podemos agora, sustentar que um princípio jurídico-constitucional, em rigor, não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional. Exerce, tal princípio, uma função axiologicamente mais expressiva, dentro do sistema jurídico (Souto Maior Borges). Tanto que sua desconsideração traz à sirga consequências muito mais danosas que a violação de uma simples regra. Mal comparando, acutilar um princípio constitucional é como destruir os mourões de uma ponte, fato que, por certo, provocará seu desabamento. Já, lanhar uma regra corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte, que, apesar de danificada, continuará de pé.

Já a importância do conteúdo dessas normas constitucionais é assim exteriorizada pela doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2012, pág. 34):

O Direito Constitucional, como se vê, pertence ao setor do Direito Público. Distingue-se dos demais ramos do Direito Público pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios peculiares que o informam. Configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Suas normas constituem uma ordem em que repousam a harmonia e a vida do grupo, porque estabelece equilíbrio entre seus elementos e na qual todas as demais disciplinas jurídicas centram seu apoio. Daí que o Direito Constitucional se manifesta como um tronco do qual se separam os demais ramos do Direito, que neles encontram suas ‘têtes de chapître’.

Evidente que para administrar esse Estado faz necessário angariar recursos financeiros. Sem eles, o Estado não funciona, não tem condições de desempenhar seu papel de organizar a sociedade nos elementos mais indispensáveis, sentindo necessidade de tributar o cidadão.

### **3 DO CUSTEIO DAS ATIVIDADES ESTATAIS**

Para fazer frente às despesas do Estado há necessidade de tributar que, segundo ANA FLÁVIA MESSA (2010, pág. 67), “*É o poder de exigir dos membros da coletividade recursos financeiros para manutenção do bem comum.*”

Para LUIS EDUARDO SCHOUERI (2012, pág. 17), “*As mais primitivas formas de organização social já relatavam alguma espécie de cobrança para os gatos coletivos, como os dízimos, cobrados no século XIII a.C. sobre frutos, carnes, óleo e mel.*”

A ideia de cobrar tributos surge juntamente com as organizações sociais. A existência do Estado está intimamente ligada com a cobrança de tributos. O sistema tributário existirá em todo o Estado, até mesmo naqueles que inexistir estrutura formal. (JOSÉ AFONSO SILVA, 2012, pág. 722)

O Professor HUGO DE BRITO MACHADO (2012, pág. 31), em referência à Baleeiro apresenta uma característica do tributo, nos seguintes termos:

O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antiguidade até hoje, excluem qualquer dúvida.

Os tributos se constituem na fonte de receita do Estado, indispensável para sua existência, posto que somente se reveste de legitimidade se atender aos interesses da coletividade. Da mesma forma, a sociedade somente terá a contrapartida estatal em seus anseios se contribuir financeiramente para tanto.

Por esta razão, como acontece com a Constituição do Brasil de 1988 (CF/1988), algumas normas pertinentes ao sistema tributário foram inseridas em capítulo próprio, erigidas ao status de norma constitucional, abarcando importantes princípios e uma série de regras tributárias.

FLÁVIA RIBEIRO MESSA (2010, pág. 111) em referência a Hugo de Brito Machado prescreve que “*O principal objetivo da Constituição tem sido limitar o poder estatal, para que este não seja instrumento de opressão contra os indivíduos*”.

Eis aí a grande importância jurídica de estar inseridas em norma constitucional as regras que normatizam o direito tributário. Como apontado nas citações doutrinárias acima, o poder de tributar é exercido há mais de vinte séculos.

Certamente, não rara às vezes, houve abuso por parte do Estado em seu poder de tributar. Na Grécia, os tributos eram cobrados daqueles que não eram livres e dos estrangeiros, como uma espécie de tributo de proteção. Na Roma, a cobrança se baseava na força sobre os povos vencidos, que eram compelidos a entregar suas terras a título de tributação. (LUIS EDUARDO SCHOUERI, 2012, pág. 17).

O texto constitucional de 1988 traz importantes preceitos tributários, demonstrando uma íntima ligação entre esses dois ramos do direito. A norma constitucional elenca vários

princípios tributários, imunidades, estabelece competências tributárias, inclusive espécies de tributos.

Todas essas características alteram o quadro de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito. Essa circunstância, que num primeiro momento possa aparecer apenas um “plus” na conceituação, tem importantes consequências, como aponta a doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2012, pág. 119):

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

Com essa característica de Estado Democrático de Direito, cada vez mais os indivíduos vêm ganhando respeito pelas suas liberdades, reforçando a ideia de que devem reger seu comportamento de tal forma que não infrinja disposições previamente explicitadas em norma legal e, em contrapartida, exigir do Estado cada vez mais à obediência legal.

O Estado Brasileiro constitui-se desta forma, como se infere da leitura do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Não é a toa que a Constituição Brasileira é conhecida mundialmente como uma “constituição cidadã”, posto que traz em seu Título II, inúmeros direitos e garantias fundamentais, emanando efeitos em todo o regramento nacional.

Prescreve inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos, inclusive sociais, limitando a interferência estatal sobre a vida do indivíduo.

Com esse agir, o ideal republicano vem se tornando cada vez mais comum, sendo difundida na sociedade a semelhança entre república e democracia, características que requerem a cada dia um governo mais próximo do povo, da sociedade.

Todos esses avanços conquistados pela sociedade tem enorme reflexo no mundo jurídico e, conseqüentemente, nas questões de ordem tributária. Aí reside o ponto de maior conflito entre cidadão e Estado, onde aquele vem ganhando mais reconhecimento, embora ainda muito tímido.

As relações tendem a ganhar enfoque jurídico, especialmente sob o manto constitucional, em detrimento ao poder desmedido de nossos representantes.

A considerar que todo o custo do Estado é suportado pela sociedade de modo geral, através de recolhimento dos tributos e ainda, que todo o indivíduo faz parte desta sociedade, a conclusão lógica é que todos têm os mesmos direitos.

O recolhimento de alguns tributos de fato não atingem todos os indivíduos, pois decorrem da manifestação de tipo específico da exteriorização da riqueza, denominado de fato gerador tributário, como, por exemplo, aqueles que decorrem da propriedade, da aquisição de renda.

Entretanto, há uma gama de tributos que incidem sobre diversos bens consumidos por qualquer indivíduo da sociedade e, por estarem incluídos nos preços, acabam por atingir de maneira igualitária todos os seus consumidores.

São os chamados “tributos indiretos” que atingem a todos, independentemente do grau de riqueza. Por exemplo, os tributos incidentes sobre o pão com manteiga são suportados de forma idêntica a todos seus consumidores.

#### **4 DO DIREITO A SAÚDE**

Corolário desta interpretação de igualdade está presente no artigo 5º da Constituição Federal, ao prescrever, de forma absoluta, a igualdade de todos perante a lei, assegurando até mesmo aos estrangeiros residentes no país, vários direitos, dentre eles, à vida.

Ao abordar os direitos sociais, a Constituição Federal também assegura em seu artigo 6º como dever do Estado proporcionar educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A forma de o Estado custear todos os direitos é aplicando as receitas tributárias, pois os tributos constituem-se da única fonte de recursos, através de orçamento anual, nos termos estabelecidos na própria Constituição Federal.

Tendo em vista que esses direitos são previstos na Constituição Federal e regulamentados em legislação esparsa, em prestígio ao Estado de Direito, é dever do Estado atender a todos.

Como se tratam de direitos cuja amplitude, compreensão e definição são abertos, é previsível que o Estado não conseguirá atingir de forma satisfatória todos os cidadãos, especialmente se considerarmos as especificidades de cada caso e ainda a legislação orçamentária, que estabelece percentuais mínimos de investimento.

Nos casos em que o indivíduo não tem os direitos assegurados pela via administrativa, socorre-se do Poder Judiciário para que a norma seja cumprida e os seus direitos individuais sejam assegurados.

Nada mais do que justo, pelo menos numa perspectiva do indivíduo que busca o socorro do Poder Judiciário e também na ótica de contribuinte tributário, que contribui para o sistema. Porém, questão interessante é a análise coletiva.

Dos direitos consagrados, todos relevantes na perspectiva da dignidade da pessoa humana, o presente artigo aborda apenas o direito à saúde, dado sua relevância e essencialidade para a existência da vida humana, donde se desencadeiam os demais.

Nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 198, § 2º, o custeio é rateado entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. No caso da União, estabelece que deve ser destinado 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

Os Estados e do Distrito Federal devem destinar 12% do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

No caso dos Municípios e do Distrito Federal, a porcentagem é de 15% e refere-se ao produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º, todos da Constituição Federal.

Segundo consta do sítio do Ministério da Saúde, no ano de 2016, somente no âmbito federal, o Ministério destinou para o setor da saúde o valor de R\$ 120.936.360.628,00 (cento e vinte bilhões, novecentos e trinta e seis milhões, trezentos e sessenta mil, seiscentos e vinte e oito reais). (<http://sage.saude.gov.br/#>)

A Constituição Federal estabelece que as ações devem ser praticadas mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ainda, estabelece dentre as diretrizes o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas.

Mesmo assim, com todo esse investimento, o cidadão busca o Poder Judiciário, através de ações individualizadas, para que o Estado lhe atenda em situações específicas.

Segundo dados do Conselho Nacional da Justiça, em junho de 2014, havia pouco mais de trezentas e noventa e duas mil ações judiciais em trâmite tratando de assuntos relacionados à saúde, conforme tabela abaixo:

| Tribunal Federal | 1º Grau | 2º grau | Total  |
|------------------|---------|---------|--------|
| TRF-1            | 10.194  | 5.608   | 15.802 |
| TRF-2            | 4.919   | 1.567   | 6.486  |
| TRF-3            | 3.126   | 1.579   | 4.705  |
| TRF-4            | 24.229  | 11.058  | 35.287 |
| TRF-5            | 7       | 4       | 11     |
| Total            |         |         | 62.291 |

| Tribunal Estadual    | Nº de ações |
|----------------------|-------------|
| TJSP                 | 44.690      |
| TJAC                 | 7           |
| TJAP                 | 76          |
| TJAL                 | 6.303       |
| TJBA                 | 841         |
| TJAM (não informado) | -           |
| TJCE                 | 8.344       |
| TJDFT                | 2.575       |
| TJES                 | 8.991       |
| TJMG                 | 66.751      |
| TJPA                 | 19          |
| TJGO                 | 309         |
| TJMS                 | 1.081       |
| TJMA                 | 668         |
| TJMT                 | 6.664       |
| TJPE (não informado) | -           |
| TJRJ                 | 46.883      |
| TJRR                 | 64          |
| TJPI                 | 229         |
| TJRN                 | 452         |
| TJPR                 | 2.609       |
| TJRO                 | 595         |
| TJRS                 | 113.953     |
| TJSC                 | 18.188      |
| TJTO                 | 149         |
| TJSE                 | 189         |
| TJPB (não informado) | -           |
| Total                | 330.630     |

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>



A interferência do Poder Judiciário traz algumas consequências relevantes. Primeiro é a possibilidade de se tratar de forma diferente, inclusive no aspecto formal, casos idênticos, violando o princípio da igualdade.

O número elevado de judicialização de demandas envolvendo questões pertinentes à saúde fez com que o Conselho Nacional de Justiça emitisse a Recomendação CNJ n. 36, que orienta aos tribunais maior eficiência na solução das demandas que envolvem a assistência à saúde, e a Resolução CNJ n. 107, que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução dessas ações.

Inobstante essas regulamentações, há enorme procura do Poder Judiciário para a obtenção do direito à saúde, previsto constitucionalmente de forma universal e igualitária.

Com o cumprimento das decisões judiciais, há despesa extra, pois não havia previsão no orçamento anual. Segundo dados do Ministério da Saúde, nos anos de 2010 a 2014, a União gastou R\$ 2,1 bilhões para atendimento às demandas judiciais. Se considerar o primeiro e o último ano analisado, o aumento foi de aproximadamente 500% (quinhentos por cento). *(Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>)*

Como o deferimento geralmente ocorre em decisões antecipatórias de mérito, com fixação de multa, o cumprimento deve ser imediato e, uma vez não havendo o medicamento disponível, a aquisição ocorre sem processo licitatório.

O não atendimento à decisão judicial tem desencadeado inclusive bloqueio de verbas públicas, conforme decisão recente:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Agravo de instrumento. Ação civil pública movida pelo mpe. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Transferência para o mérito. Mérito: obrigação solidária de todos os entes do poder público. Possibilidade de bloqueio de verba pública para custear medicamento quando a urgência demandar a sua imprescindibilidade. Hipótese dos autos. Precedentes do STJ neste sentido. Fornecimento de medicamento (suplemento alimentar). Inteligência do art. 196 da cf/88. Prevalência do direito à vida e à saúde. Dever constitucional do poder público. Direitos sociais fundamentais. Decisão hostilizada que se mantém. Recurso conhecido e improvido em consonância com parecer ministerial. (TJRN; AI 2016.016123-5; Umarizal; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Vivaldo Otávio Pinheiro; DJRN 09/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. MEDIDA

EXCEPCIONAL. DESÍDIA DO ENTE PÚBLICO EVIDENCIADA. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOBRE O REGIME DE IMPENHORABILIDADE DE BEM PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se verifica óbice ao bloqueio da verba pública, deferido na instância a quo, com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC/73, como medida excepcional adotada em face do desatendimento injustificado da determinação judicial, que deferiu liminarmente o pedido de fornecimento do medicamento necessário ao bem estar da paciente, bem como da imprescindibilidade do tratamento médico postulado, evitando a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde da paciente. 2. Recurso desprovido. (TJMG; AI 1.0460.14.003896-5/001; Relª Desª Sandra Fonseca; Julg. 06/12/2016; DJEMG 16/12/2016)

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais o bloqueio foi determinado inclusive via Bacen Jud.:

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PESSOA HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA VIA BACEN JUD. PRESCINDIBILIDADE. ADOÇÃO DE OUTROS MEIOS COERCITIVOS. NECESSIDADE. PRINCÍPIO ATIVO. LEI Nº 9.787, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1999. PREFERÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO GENÉRICO. A obrigação de prestar assistência à saúde à pessoa comprovadamente hipossuficiente, entre os entes públicos, é solidária. O bloqueio de verba pública via Bacen Jud para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional é prescindível, ante a existência de meios coercitivos hábeis a garantirem o cumprimento da decisão judicial. Nas aquisições de medicamentos com base no princípio ativo, no âmbito do Sistema Único de Saúde. SUS, o fármaco genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais medicamentos. Recurso não provido. Sentença retificada em parte. (TJMT; APL-RN 145394/2016; Sorriso; Rel. Des. Luiz Carlos da Costa; Julg. 22/11/2016; DJMT 01/12/2016; Pág. 46)

Interessante seria se o bloqueio judicial incidisse sobre verba destinada a outras ações voltadas para a área da saúde, especialmente aquelas coletivas ou ainda, sobre verba destinada a atender outra demanda judicial.

As consequências de bloqueio são consideravelmente drásticas sob o prisma da administração pública uma vez que inevitavelmente causam desequilíbrio financeiro que, dependendo da situação, somente pode ser superado após longo período.

O Estado não possui outra fonte de receita que não a derivada dos tributos que se inserem no “caixa” quando efetivamente recolhido pelo contribuinte, após a ocorrência do fato gerador. Não é possível antecipar receita.

Ainda, o fato gerador somente ocorre quando a economia vai bem. Em épocas de recessão, há considerável perda de receita pelo Estado. Primeiro pela própria apatia do

mercado e segundo porque em tempos de crise, a tendência que o recolhimento dos tributos fique em segundo plano. Prova disso é o lançamento constante de programas de refinanciamento tributário.

De outro lado, a despesa do Estado não oscila no mesmo sentido que a diminuição da receita. Contrariamente, ela tende sempre a aumentar e consumir mais recursos.

Decisão diferente foi tomada pelo Tribunal de Justiça de Goiás que reconheceu inexistir razões para bloqueio de verba pública, mas decidiu pela instauração de processo criminal por crime de desobediência.

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO. ATO COATOR OMISSIVO. MULTA DIÁRIA E BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. MEIOS EXECUTIVOS EXCEPCIONAIS. 1. Admite-se, no mandado de segurança, prova previamente constituída por laudo médico, elaborado por profissional particular cuja idoneidade não foi questionada, que ateste a necessidade do uso de determinado fármaco, para fins de comprovação do direito líquido e certo. Precedentes do STJ e do TJGO. 2. A omissão da autoridade competente, quando o paciente precisa dos medicamentos recomendados por profissional habilitado, configura ato abusivo e viola direito líquido e certo à saúde, de modo que justifica-se a concessão da segurança. 3. Inexiste motivo suficiente para se autorizar, desde logo, a incidência de multa e o bloqueio de verbas públicas em função de descumprimento da ordem mandamental, tendo em vista o caráter excepcional destas medidas, devendo prevalecer a instauração de processo criminal por crime de desobediência, nos termos do artigo 26 da Lei federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. 4. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. (TJGO; MS 0211832-64.2016.8.09.0000; Goiânia; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Maurício Porfirio Rosa; DJGO 21/11/2016; Pág. 123)

No caso analisado, a consequência recairá sobre a pessoa do gestor público, que poderá suportar as consequências da falta de verba do Estado para custear o tratamento médico de um único paciente.

Atualmente o Poder Judiciário vem sendo questionado quanto ao princípio da reserva do possível, que trata justamente de se estabelecer limite para determinado gasto. Porém, em caso recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu não ser aplicável quando tratar-se de direitos fundamentais.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Repercussão Geral pelo STF no RE nº 855.178. Tema 793. O reconhecimento de repercussão geral da matéria, pelo C. STF, não impede o regular processamento e julgamento do feito. Alegação afastada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Ilegitimidade passiva da Municipalidade. Inocorrência. Obrigação solidária entre os entes federados. Matéria pacificada pela Súmula nº 37 do Tribunal

de Justiça de São Paulo. Alegação afastada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autora portadora de "Osteoporose severa. Cid M81.0". Indisponibilidade do direito à Saúde. A saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Art. 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Prova inequívoca da necessidade do medicamento. Receituário e relatório médicos que bastam ao atendimento do pedido. Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Garantia do fornecimento dos medicamentos que não empresta, em absoluto, caráter de imposição do Judiciário ao Executivo, mas envolve, sim, o cumprimento exato dos preceitos constitucionais e o disposto na Lei n. 8.080/90. Óbices orçamentários. Irrelevância. Política pública que se pressupõe contemplada nas Leis orçamentárias. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais MULTA DIÁRIA. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. Multa diária contra a Municipalidade. Possibilidade. Medida que objetiva o cumprimento da determinação judicial. Possível, ainda, o bloqueio para garantir o fornecimento dos medicamentos indicados. Multa e bloqueio de valores, por possuírem caráter coercitivo, destinam-se a compelir a parte que resiste ao cumprimento da obrigação a praticar ato que lhe compete. Multa, entretanto, que comporta redução e fixação de teto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Honorários bem fixados, segundo critério do art. 85, § 8º do CPC, com incidência da correção monetária a partir da fixação da sentença. Reexame necessário e recurso da municipalidade parcialmente providos. (TJSP; APL 1010817-96.2016.8.26.0309; Ac. 10108258; Jundiaí; Segunda Câmara de Direito Público; Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi; Julg. 24/01/2017; DJESP 01/02/2017)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou a questão sob vários aspectos, afastando-os em razão de tratar-se de direito fundamental:

APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. TRATAMENTO DE SAÚDE. 1. Da preliminar. 1.1. 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 CF/88, 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, ou, ainda, contra estado e município, pois todos os entes federativos têm responsabilidade acerca da saúde pública. 2. Mérito. 2.1 autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal de 1988. Postulado constitucional da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, caput, da carta, com aplicação imediata - Leia-se § 1º do art. 5º da mesma constituição -, e não um direito meramente programático. 2.2 princípio da tripartição dos poderes. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Da proibição de retrocesso. A violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, legitima o controle judicial, haja vista a inércia do poder executivo. Princípio da reserva do possível. Não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na CF/88 como um dos fundamentos do nosso estado democrático e social de direito (art. 1º, inc. III, da Carta Magna). 2.4 princípio da proteção do núcleo

essencial. Princípio da vinculação. É de preservação dos direitos fundamentais que se trata, evitando-se o seu esvaziamento em decorrência de restrições descabidas, desnecessárias ou desproporcionais. Direito ao tratamento. Sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos, e restando comprovada nos autos a necessidade da parte requerente de submeter-se ao tratamento descrito na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o ente público o custeie. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196 e 198, incisos, da Constituição Federal de 1988, e 241 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, bem como na Lei Estadual/RS nº 9.908/93. 2.6 honorários à defensoria pública. Não é devida verba honorária ao FADep pelo Estado, em face do instituto da confusão. Em relação ao Município, de modo a atender às moduladoras do art. 20 do CPC/1973, bem como ao disposto no art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, e, ainda, aos princípios da razoabilidade e da modicidade, fixo-o em R\$ 300,00 (trezentos reais). 2.7 bloqueio/sequestro de valores como mais uma tentativa de compelir o ente público a cumprir com as decisões judiciais e, sobretudo, a cumprir com o disposto na Constituição Federal de 1988, correto o bloqueio de verba pública suficiente para tal finalidade, caso não cumprida a ordem judicial. 2.8 custas, emolumentos e despesas processuais. O Estado está isento do pagamento das custas processuais e dos emolumentos, contudo, arcará com as despesas processuais. Município pagará as custas por metade, nos termos do que disciplina o art. 11 da Lei nº 8.121/1985, na sua redação originária, considerando a inconstitucionalidade da Lei nº 13.471/2010, reconhecida pelo órgão especial desta Corte. 2.9 substituição dos fármacos e denominação comum brasileira. O médico responsável pela vida e pela saúde da parte autora determina qual o medicamento indispensável ao tratamento da enfermidade a que é acometida. O laudo juntado pelo ente público, data vênua, não se presta para o fim colimado, qual seja, modificar a prescrição médica. O médico que indicou o tratamento deve expressar formalmente a possibilidade de substituição do tratamento indicado. No entanto, é possível que os medicamentos sejam fornecidos na forma da denominação comum brasileira, desde que na mesma quantidade, dosagem prescrita e com base no princípio ativo do fármaco postulado na inicial. As questões envolvendo a substituição de medicamento, já que é indispensável ouvir o médico assistente da parte autora, bem como a impossibilidade do fornecimento dos fármacos pela sua denominação comum brasileira, poderão ser apuradas a qualquer tempo pelas partes interessadas nos próprios autos, em fase de cumprimento de sentença, não havendo necessidade de ajuizamento de nova ação. Apelo da parte autora provido. Apelo do Estado parcialmente provido. Apelo do Município desprovido. (TJRS; AC 0184578-35.2016.8.21.7000; Santiago; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal; Julg. 14/12/2016; DJERS 27/01/2017)

A questão a analisar é se seria prudente o afastamento do princípio da reserva do possível em todos que envolver direitos fundamentais, onde todos são atingidos na mesma intensidade. Se for afastada em determinados casos apenas, estar-se-á atribuindo ao mesmo bem valor jurídico diferente.

Neste caso, interessante as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e de Minas Gerais, ao permitir a aplicação deste princípio em algumas situações.

DIREITO CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. FORNECIMENTO DE APARELHO PARA TRATAMENTO RESPIRATÓRIO PELO ESTADO MEMBRO. DIREITO A SAÚDE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. 1. Diante da urgência e da importância do direito tutelado (direito a saúde), não se pode deixar a parte demandante ao bel prazer da discricionariedade, das burocracias e formalidades da Administração Pública para que lhe seja fornecido o aparelho/medicamento para o tratamento de sua enfermidade, estando perfeitamente caracterizado o seu interesse em se socorrer ao judiciário para ter a sua pretensão perquirida. Preliminar de Carência de Ação rejeitada. 2. Sumula 18 do TJPE: É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial. 3. A intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde. A cláusula da reserva do possível. Ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. Não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais. 4. É plenamente possível a conversão da multa diária em bloqueio de verbas públicas, uma vez que esta se mostra uma medida coercitiva mais eficaz e econômica para o cumprimento da obrigação pelo Estado. 5. Remessa Necessária não provida; Apelação prejudicada. (TJPE; Ap-RN 0017017-31.2014.8.17.0480; Rel. Des. Waldemir Tavares; Julg. 01/12/2016; DJEPE 12/12/2016)

Nos casos acima, embora o Poder Judiciário tenha afirmado a obrigação do Estado em entregar o medicamento pleiteado, houve consentimento quanto à aplicação da reserva do possível, porém, em casos específicos.

A decisão fala em exonerar-se dolosamente de sua obrigação. Interessante saber se a destinação do mínimo da receita exigível retiraria o caráter doloso do não cumprimento da decisão judicial.

Pelas decisões judiciais verifica-se a enorme variedade de procedimentos adotados, causando instabilidade para a sociedade, o paciente e o próprio Estado que deve ser encerrada quando da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Não resta dúvida que o direito a saúde é indispensável para a existência da vida humana. Porém, considerando que trata-se de direito universal e igualitário, uma decisão judicial deveria valer para todas as demais situações.

Pensar diferente seria admitir que a universalidade estaria apenas no plano da norma constitucional e não no cumprimento das decisões judiciais ou, ainda pior, garantir direitos somente em determinados casos.

Há também o problema do custeio. Considerando que o direito a saúde tem conotação ampla, assegurar-lhe o acesso igualitário e universal tornaria como direito ilimitado, necessitando de fonte ilimitada.

Todavia, como a receita do Estado decorre dos tributos e estes possuem limitação constitucional, há sério problema de fonte de recursos. Para assegurar o direito à saúde certamente terá que se pensar em reduzir ou eliminar outros, talvez menos importantes.

A solução da questão está com o Supremo Tribunal Federal e certamente não resolverá os dois problemas que norteiam o sistema da saúde pública, quais sejam, acesso universal e igualitário, bem como a fonte dos recursos.

## **5 CONCLUSÃO**

A vida em sociedade nos limita em nossos direitos individuais. Muito embora a satisfação do indivíduo seja o principal objetivo do Estado, pois é através dele que se constitui, a perspectiva deve ser sobreposta na coletividade, na vida em sociedade, que nada mais é que a ligação entre um e outro.

Tratando-se dos direitos fundamentais, especialmente à saúde, que atinge a todos os indivíduos indiscutivelmente, garantir o acesso universal e igualitário torna-se inviável.

Além da evidente falta de recursos financeiros para o seu cumprimento efetivo, há possibilidade de se afrontar ao princípio da igualdade, pois o direito à saúde não pode ser tratado de forma distinta.

Interessante que o mesmo texto constitucional que prega o direito à saúde como universal e igualitário, ou seja, ilimitado, é o mesmo que estabelece limites para a fonte de custeio.

Não está aqui se defendendo a liberdade absoluta de tributar, mas apenas analisando na perspectiva de receita e despesa. Se há limite para a receita, o que é louvável na perspectiva de contribuinte, deve haver limite para o exercício dos direitos.

Esta forma de assegurar direito universal é pregada pelo Estado Social que, muito embora tenha sua relevância momentânea para a passagem ao Estado Liberal, acaba tornando o indivíduo dependente da figura estatal, restringindo o exercício pleno da cidadania.

Para que se possa contemplar o direito à saúde, a sociedade deve analisar qual outro direito possa ser reduzido ou eliminado, pois o cumprimento da norma constitucional é

inviabilizado no aspecto econômico e igualitário. A saúde pode ser tratada universalmente, mas alguns outros direitos não poderão ser atendidos.

O cumprimento da Constituição Federal pode ser atingido quando as ações se voltarem para a redução do risco de doença e de outros agravos, com prioridade para as atividades preventivas, atingindo assim, sem sombra de dúvida, o acesso universal e igualitário.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos**. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Tributário: direito material**. São Paulo: Ridel, 2010.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.