

# **A PRIMAZIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE SOBRE O PRINCÍPIO ORÇAMENTÁRIO NAS DECISÕES QUE CONFEREM EFETIVIDADE ÀS PRESTAÇÕES MATERIAS DE SAÚDE: Uma análise jurisprudencial**

CELINE BARRETO ANADON\*

## **RESUMO**

O estudo desenvolvido trabalha com a existência de uma posição majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nas pretensões de fornecimento de serviços de saúde, a partir da análise do conteúdo das decisões proferidas no período de janeiro de 2007 a janeiro de 2009. O texto enfoca, principalmente, a luz do texto constitucional, os direitos fundamentais à vida e à saúde e a exigência do orçamento público para a efetivação de prestações positivas. Evidencia-se a ocorrência do conflito entre as normas constitucionais, decorrente do ajuizamento de ações requerendo a concessão de prestações de saúde pública, incumbindo ao Poder Judiciário, através de métodos de interpretação, alcançar o melhor resultado possível para a solução do caso concreto. Defende-se, fundamentalmente, a preponderância dos direitos fundamentais à vida e à saúde em face do direito financeiro e orçamentário nas demandas para a efetivação de prestações materiais de saúde.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito à Saúde; Orçamento Público; Judicialização.

## **ABSTRACT**

This study approaches the existence of a major position of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice in the claims for health care provision through the analysis of the content of the decisions pronounced between January, 2007 and January, 2009. The study focuses mainly on the point of view of the constitutional text, the fundamental rights to life and health, and the public budget demand for effective positive provisions. There is evidence of conflict between the constitutional rules due to the judgment of actions requiring the grant of public health care provision. Therefore, the Judiciary must reach the best possible solution of the concrete case

---

\* Docente Substituta da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Acadêmica do Curso de Especialização em Direito Ambiental da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL, Advogada.

through interpretation methods. The preponderance of fundamental rights to life and health is defended in opposition to the financial and budgetary right in the demands for effective material provision of health.

**KEYWORDS:** Right to Health; Public Budget; Judicialization.

### SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 – Uma breve abordagem dos direitos fundamentais da pessoa humana na constituição federal de 1988. 3 – Os direitos fundamentais à vida e à saúde na constituição federal de 1988. 4 – O orçamento público na constituição federal de 1988 e a exigibilidade de prestações materiais de saúde. 5 – A judicialização do direito à saúde. 6 – O conflito de normas constitucionais. 7 – A tutela do direito à saúde e o posicionamento do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. 8 – A preponderância dos direitos fundamentais à vida e à saúde sobre o direito orçamentário nas decisões exaradas pelo supremo tribunal federal e pelo superior tribunal de justiça. 9 – Conclusão. 10 – Bibliografia

## 1 – INTRODUÇÃO

A saúde pública no Brasil sempre constituiu uma problemática amplamente debatida e, embora tenha havido significativos avanços tecnológicos e investimentos em políticas públicas nesta área, ainda persiste a exclusão social de grande parte da população que convive diariamente com a falta de condições básicas de sobrevivência e ausência de prestações materiais de serviços de saúde. Neste contexto, a carência de serviços públicos de saúde tem levado os indivíduos a buscarem a intervenção do Poder Judiciário, através do ajuizamento de ações requerendo as prestações positivas, com a expectativa de obterem a concretização do direito fundamental à saúde.

No bojo de tais demandas judiciais questiona-se a possibilidade, limites e conseqüências da intervenção jurisdicional para garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, sendo necessária, para uma resposta satisfatória, a resolução do conflito entre os direitos fundamentais à vida e à saúde e o direito financeiro e orçamentário, conflito evidenciado nos pedidos de concessão de tutelas judiciais que amparem o indivíduo mediante prestações materiais diretas ou bloqueio da verba pública equivalente ao benefício.

O trabalho aqui proposto pretende evidenciar a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de

Justiça e, mediante a análise do conteúdo das decisões proferidas, aspira comprovar a existência de uma fundamentação comum utilizada pelos magistrados para imputarem aos entes públicos a responsabilidade pela efetivação do direito fundamental em comento, afastando, em prestígio à posição jurídica fundamental e preponderante da saúde, os princípios de direito financeiro e orçamentário.

Para tanto, serão abordados, à luz do texto constitucional, os direitos fundamentais à vida e à saúde, o orçamento público e a exigibilidade de prestações materiais de saúde. Posteriormente, será identificado o conflito de normas constitucionais gerado nas demandas judiciais ajuizadas com o pedido de concessão de prestação positiva de saúde, partindo então, da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que se entende por atual cingida entre janeiro de 2007 a janeiro de 2009, objetiva confirmar a existência de um posicionamento majoritário e de argumentação comum utilizada pelos eminentes ministros nas decisões para aferir aos direitos fundamentais à vida e à saúde primazia sobre o direito financeiro e orçamentário, sobretudo, evidenciando a possibilidade de utilização do bloqueio de verbas públicas como forma de disponibilizar a entrega da prestação positiva de saúde direta e isoladamente ao indivíduo beneficiário.

## **2 – UMA BREVE ABORDAGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Por princípio, tem-se que os direitos fundamentais são um conjunto de liberdades e direitos reconhecidos e assegurados aos indivíduos pelo ordenamento jurídico de determinado Estado, em determinada época. Referem-se especificamente aos sujeitos membros de determinado ente político, e caracterizam-se por fundamentar o sistema jurídico do Estado de Direito. Implicam, necessariamente, em proteção ao indivíduo em duplo aspecto: exarando comandos negativos limitando o poder estatal, e também comandos positivos que declaram e protegem o exercício de direitos e prerrogativas.

A existência do Estado constitucional passa obrigatoriamente pelo reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais do homem, pois que fundamentam e legitimam o Estado Democrático de Direito, da mesma forma que este último é necessário para a eficácia daqueles. Isto porque ambos, os direitos fundamentais e a

ordem constitucional, compreendem, numa primeira análise limitações ao poder estatal.

Os direitos fundamentais da pessoa humana atualmente consolidados nos textos constitucionais dos Estados são o resultado de um movimento histórico de lutas e conquistas dos indivíduos através dos tempos. Tal movimento manifesta-se em gerações ou dimensões de direitos fundamentais, e caracteriza-se pelo processo cumulativo de reconhecimento de novos direitos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 positivou os direitos fundamentais da pessoa humana no *Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais* composto por cinco capítulos, quais sejam: *Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*; *Capítulo II - Dos Direitos Sociais*; *Capítulo III - Da Nacionalidade*, *Capítulo IV - Dos Direitos Políticos* e; *Capítulo V - Dos Partidos Políticos*.

É importante frisar que mesmo havendo a localização formal dos direitos fundamentais no título e capítulos acima referidos, eles poderão ser encontrados em diversas outras normas do texto constitucional<sup>1</sup>, e inclusive fora dele, conforme expressa o §2º do artigo 5º da carta constitucional, que admite o reconhecimento de direitos decorrentes de regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o país fizer parte.

Outro aspecto a considerar tange à aplicabilidade das normas constitucionais que reconhecem os direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 é expressa ao instituir que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (§1º do artigo 5º). Assim, afirma-se que as normas constitucionais dos direitos fundamentais não necessitam da edição de normas infraconstitucionais para serem concretizadas.

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. (SARLET, 2007, p. 79)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Como exemplo, as normas constitucionais que dispõem sobre a limitação ao poder de tributar, art. 150 e incisos da CF/88, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 225 da CF/88.

<sup>2</sup> José Afonso da Silva, em sua tradicional classificação das normas constitucionais, com relação à aplicabilidade, definiu-as em de eficácia plena, contida e limitada. Para ele, somente as normas definidoras de direitos e garantias individuais (artigo 5º e incisos da CF/88), comportariam aplicabilidade imediata e eficácia plena. Tal classificação divide a doutrina pátria e estrangeira, não sendo pacífico o

Ressalta-se ainda que, a norma contida no art. 5º, § 1º da CF/88 faz uma diferenciação das normas de direitos fundamentais com relação às demais normas constitucionais, vinculando o poder público à tarefa de interpretar as normas de direitos fundamentais do indivíduo de modo a extrair delas o máximo de eficácia possível, bem como a aplicabilidade imediata. Ingo Sarlet faz referência à vinculação do poder público aos direitos fundamentais nos seguintes termos:

Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (2007, p. 387)

Os direitos e garantias fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio foram expressamente erigidos a cláusulas pétreas no artigo 60 § 4º, inciso IV, incluindo-se nesse dispositivo os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Assim tem-se que ao legislador constituinte derivado não está autorizado a supressão total ou parcial desses direitos do Texto Maior, ratificando a prioridade estabelecida em prol do conteúdo dos direitos fundamentais do indivíduo. A abolição das normas de direitos fundamentais viola a norma constitucional que outorgou maior proteção a tais direitos sob a forma de cláusulas pétreas, isto é, de limitação material imposta ao poder de reforma.

É necessário apontar-se mais uma importante e essencial finalidade dos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional de 1988. Eles revelam a opção do constituinte a respeito da ordem de valores a ser positivada na Constituição, e tais escolhas devem informar e integrar todas as demais normas constitucionais, bem como orientar a formação das normas objetivas de todo o ordenamento jurídico, formando um *sistema axiológico*. (SARLET, 2007, p. 72)

---

entendimento de que o §1º do art. 5º tenha aplicação a todas as normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais (SILVA, 2002).

### 3 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A inviolabilidade do direito à vida está definida no rol de direitos fundamentais individuais e coletivos do art. 5º do texto constitucional, conjuntamente com a inviolabilidade da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade. O direito à vida compreende o direito de continuar vivo, bem como o direito a uma existência digna. (MORAES, 2007, p. 31) Porém, o direito à vida não envolve somente a vedação de qualquer comportamento de ameaça ou extirpação da mesma (seu caráter negativo de direito de defesa), mas também a imposição de um comportamento positivo, de concretização de meios materiais de preservação e proteção da vida humana (direito prestacional).

O direito à vida compreende necessariamente o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, estando todos estes direitos intrinsecamente relacionados com o direito à saúde. O legislador constituinte, quando erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) a fundamento da República, visou amparar a *existência digna do indivíduo*, que constitui verdadeiro eixo unificador dos direitos fundamentais.

A existência digna do indivíduo é balizada pelo critério do *mínimo existencial*, que embora seja mutável em decorrência da época e da sociedade em que se vive, deve sempre consistir, no dizer de Sarlet, “na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família” (2007, p. 122). Não há que se cogitar a garantia da dignidade humana sem que haja proteção do direito à vida e do direito à saúde.

O direito à saúde é referido na carta constitucional pela primeira vez no rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6º do texto constitucional. Porém, é partir do *Título VIII – Da Ordem Social* que os direitos sociais passam a ser desmembrados individualmente. Semelhante ao direito à vida, o direito à saúde caracteriza-se pela dupla função: como direito de defesa, mas marcadamente como um direito prestacional. Na primeira acepção possui dimensão negativa, de proteção do indivíduo contra agressões e ameaças a sua saúde, requerendo abstenções, tanto por parte do Estado, como de particulares. Como direito prestacional, pressupõe a atuação positiva do Estado na realização das prestações que compõe seu objeto e que possuem como principal finalidade assegurar a igualdade material entre os indivíduos.

O texto constitucional, no título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social, em seu Capítulo II, estabelece o sistema da Seguridade Social, que abrange a garantia do direito à saúde, à previdência e à assistência social. É no artigo 196 que o legislador constituinte assenta expressamente o conteúdo do direito à saúde. Os enunciados dos artigos 196, 197 e 198 da Constituição atribuíram ao Poder Público a competência para efetivar a concretização, bem como a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. No que concerne especificamente à formulação e execução de políticas públicas de saúde, conforme artigo 23, inc. II, da CF/88, a competência é comum entre os entes federados, isto é: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Na forma do art. 198 da CF/88 o conjunto de ações e serviços públicos de saúde constitui uma rede regionalizada e hierarquizada formando um sistema único de saúde, denominado SUS.

É imperioso que se faça a consideração de que há um elo inseparável entre o direito à vida e o direito à saúde e que envolto a tais direitos deverá sempre estar assegurado o *mínimo existencial*. A existência digna do indivíduo roga por, no mínimo, uma vida saudável, com a garantia de condições materiais de manutenção da própria vida, além da pura e simples subsistência. Neste sentido, de que a saúde do indivíduo é essencial a uma vida com dignidade, é a afirmação de José Carlos Francisco:

A dignidade humana está diretamente relacionada com o mínimo existencial (ou essencial), que deve ser buscado pelo Estado Democrático de Direito concebido pelo ordenamento constitucional de 1988. 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 cláusula pétrea e preceitos de aplicabilidade imediata, dotados de máxima efetividade. (FRANCISCO, 2008, p. 873)

A efetividade do direito à saúde é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos. É dever do ente estatal, principalmente, porque caso este não atue positivamente na efetivação deste direito, provavelmente os indivíduos não alcançarão por si só o gozo de uma existência digna e dos direitos que dela decorrem. Em qualquer época e em qualquer sociedade a garantia dos direitos fundamentais à vida e à saúde, em seu caráter negativo e positivo, decorre da própria existência do Estado, que tem sempre como principal dever zelar e não atentar contra a

humanidade dos indivíduos. Pertinente a efetividade do direito fundamental à saúde, no próximo capítulo irá se abordar o orçamento público e o cumprimento de prestações materiais de saúde por parte do Estado.

#### **4 – O ORÇAMENTO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EXIGIBILIDADE DE PRESTAÇÕES MATERIAIS DE SAÚDE**

Afirma-se que a Constituição de um Estado é o resultado das decisões políticas, sociais, econômicas e filosóficas de determinado povo, e, portanto, as normas constitucionais comportam os princípios, os valores, as regras fundamentais desta comunidade. Neste sentido, as normas constitucionais irão contemplar os desejos e anseios de determinada comunidade, incumbindo ao Poder Público o poder-dever de limitar seu arbítrio e de zelar pelos interesses do povo. Para que o Estado disponha de condições para dar cumprimento aos seus fins são necessários recursos, os quais serão buscados através da sua Atividade Financeira, que nada mais é no entender de Regis Fernandes de Oliveira, do que “[...] a arrecadação de receitas, sua gestão e a realização do gasto, a fim de atender às necessidades públicas.” (OLIVEIRA, 2006, p. 59) Dessa forma,

Característica importantíssima da atividade financeira é a de ser puramente instrumental. Obter recursos e realizar gastos não é um fim em si mesmo. O Estado não tem o objetivo de enriquecer ou de aumentar o seu patrimônio. Arrecada para atingir certos objetivos de índole política, econômica ou administrativa. (TORRES, 2009, p. 5)

Em razão do exposto, afirma-se que a Atividade Financeira do Estado está vinculada à satisfação das necessidades públicas básicas inseridas no texto constitucional, tais como: a prestação dos serviços públicos, o exercício regular do poder de polícia, a intervenção no domínio econômico, a manutenção da estrutura do Estado, tarefas todas afetas à Administração Pública. A despesa pública, que compreende o dispêndio dos recursos por parte do Estado, é uma decisão fundamentalmente política. Isto quer dizer que, compete ao administrador, através das suas convicções políticas, ideológicas, sociais e econômicas, a elaboração de um plano estratégico estabelecendo quais as necessidades coletivas a serem atendidas. Este plano de ação governamental é que



chamamos de políticas públicas.

O atendimento do mínimo existencial, perpassando necessariamente pela tutela do direito à saúde, devem ser prioridades estabelecidas nas políticas públicas pelos administradores, sob pena de se estar invalidando os objetivos da República Federativa e os fundamentos do Estado Democrático Social de Direito consubstanciados no texto maior. Isso porque o indivíduo e a garantia dos seus direitos fundamentais constituem a razão da existência do Estado. Tem-se que, inevitavelmente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais do homem necessita que a Administração Pública efetue a atividade financeira.

A discricionariedade do administrador público, portanto, está na elaboração do seu programa de governo, ao definir quais serão as prioridades contempladas por suas ações e serviços. Forçoso lembrar que a medida ou limite dessas escolhas políticas estão estabelecidas nas normas constitucionais e infraconstitucionais, e principalmente nos direitos fundamentais. O instrumento que o administrador público utilizará para efetuar as despesas públicas e, conseqüentemente, colocar em prática seu plano de governo, isto é, as políticas públicas, é o orçamento público.

A função de elaborar o orçamento público compete ao Poder Executivo, que deverá submetê-lo a apreciação e aprovação do Poder Legislativo. Este último poderá sugerir e efetuar alterações no planejamento da arrecadação e da saída de dinheiro dos cofres públicos. O Poder Executivo, desta forma elege as prioridades (decisão política), conferindo rumo ao seu programa de governo. Todavia, sua atividade sofre algumas restrições. Toda e qualquer despesa pública tem que estar devidamente autorizada pelo Poder Legislativo; é o que dispõe o art. 166 da CF. Portanto, é exigido que as despesas sejam documentadas e autorizadas, o que corresponde concretamente à feitura do orçamento.

Importante frisar que somente por lei é que poderá ser autorizado o gasto público, isto é, não se efetuam despesas sem prévia autorização orçamentária, aplicando-se também ao Direito Financeiro o princípio da legalidade, que é vetor de todo ordenamento jurídico do Estado de Direito.

Pode-se conceituar o orçamento como a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público. (OLIVEIRA, 2006, p. 324)

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 165 três leis orçamentárias, a saber: o plano plurianual - PPA, as diretrizes orçamentárias - LDO e o orçamento anual - LO. Os três planejamentos se integram harmoniosamente: a lei orçamentária anual deve respeitar as diretrizes orçamentárias, e as duas devem fidelidade ao orçamento plurianual, conforme os arts. 165, 166 e 167 do texto constitucional. O planejamento referido acima, adotado pelo nosso sistema jurídico, manifesta que o legislador constituinte optou por uma compatibilização das três leis com um plano de ação global que abrange tanto o aspecto econômico quanto o aspecto social do Estado.

O orçamento anual compreenderá a previsão de receita e a autorização de dispêndio do dinheiro público. O conteúdo dos incisos do § 5º do art. 165 da Constituição determinam as exigências que devem ser atendidas na elaboração do orçamento anual, conferindo maior controle sobre a entrada e saída do dinheiro público. É a lei orçamentária que estima o montante que poderá ser arrecadado e autoriza em que será gasto o produto da arrecadação. A elaboração do orçamento observará alguns princípios orçamentários, tais como: *da universalidade, da anualidade, da exclusividade, da não vinculação de receitas, da unidade*. Bem como os princípios que regem a atuação da Administração Pública: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (art. 37 da CF/88).

É pertinente a este estudo destacar o princípio da universalidade, que impõe que todas as despesas e receitas, de qualquer natureza, procedência ou destino, devem estar previstas na peça orçamentária. Tudo deve ser previsto no orçamento, conforme determina o § 5º do art. 165 da CF/88. Também merece enfoque o princípio da não vinculação de receitas, que visa evitar o engessamento das políticas públicas incumbidas ao Poder Executivo, implicando em vedação dirigida ao legislador de vincular a receita pública a certas despesas. Exceções à regra são determinadas pelo próprio texto constitucional, no art. 167, inciso IV. Conexa ao tema em voga é a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino.

Importante também elencar outra premissa das finanças públicas, o equilíbrio orçamentário, que significa que deve haver correspondência entre receitas e gastos. Tal princípio, segundo a doutrina pátria, sofreu certa relativização e é colocado em segundo plano, uma vez que o orçamento público é instrumental, sendo peça

vinculada à satisfação das necessidades básicas. Nesse sentido,

[...] a vida financeira e orçamentária do País deve se ajustar ao culto da justiça e dos direitos humanos. Com efeito, duas idéias básicas, de conteúdo ético e jurídico, passam a orientar a humanidade na virada no século e do milênio: a da supremacia dos direitos humanos e a da busca da justiça. O constitucionalismo hodierno não tem por missão apenas garantir uma ordem financeira equilibrada, senão que se orienta no sentido de obtê-la e sustentá-la com vista à defesa dos direitos humanos e à procura da justiça material. (TORRES, 2009, p. 387)

É preciso frisar que para a concretização material tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos prestacionais é necessário que o ente público destine recursos e efetue gastos, já que em ambas as situações há uma atuação estatal. No entanto, em regra, não haverá implementação dos direitos sociais sem custos para o Poder Público, diferentemente da efetivação de alguns direitos de defesa que pressupõe tão somente a existência da norma constitucional.

A problemática consiste na infinita gama de necessidades públicas a serem atendidas em contraposição ao limite orçamentário de que dispõe o Estado. Desta incongruência se origina a exigência da definição das políticas públicas, que serão as prioridades elegidas pelos administradores em determinada época, contexto social e econômico. Em razão da imensa demanda social por prestações materiais em todas as sociedades, se desenvolveu na Alemanha a teoria da *reserva do possível*, que apresenta dupla dimensão: fática e jurídica, conforme explicação de Sarlet:

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 nada lhe adiantam os recursos existentes. (SARLET, 2007, p. 303)

Significa dizer que para que o Estado atuasse positivamente na efetivação de todos os direitos sociais, teria que dispor de ampla capacidade financeira, porém também jurídica, que seria a

disponibilidade de recursos materiais e humanos relacionada com a distribuição de competências legais. Nesta seara percebe-se a imensa importância das políticas públicas, afinal é através delas que se manifesta a *reserva do possível*.

A tomada de decisão política de onde aplicar os recursos é resultado de uma disputa entre os diferentes projetos políticos nos quais estão incluídos os interesses da sociedade. No entanto, não se pode esquecer que a tarefa do legislador e do administrador sofre restrições, encontra limites nas normas constitucionais e nos valores e princípios nelas esculpidos. Neste âmbito se está a falar na vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais do homem. E no caso da nossa Constituição, em razão da expressa disposição do art. 5º, § 1º, da CF, os poderes públicos estão vinculados a atribuir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. A peça orçamentária terá de harmonizar os interesses da sociedade com a satisfação dos referidos direitos.

Na esteira do raciocínio desenvolvido até aqui, o indivíduo somente poderá exigir prestações materiais do ente estatal, ou seja, a efetividade dos direitos sociais, na *reserva do possível*, isto é, no limite da disponibilidade fática e jurídica de recursos da Fazenda Pública. A reserva do possível, segundo Figueiredo e Sarlet, passou a traduzir a idéia:

[...] de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (2008, p. 12)

A exigibilidade de prestações materiais passa então a ser a terceira dimensão da reserva do possível. Argumenta-se que o indivíduo, titular do direito, poderá exigir dos Poderes Públicos prestações que se mantenham nos limites da proporcionalidade e razoabilidade, cujo conteúdo caberá ao legislador estabelecer.

No que tange especialmente ao direito à saúde frente à *reserva do possível*, ao titular deste direito caberia exigir dos entes federativos as prestações materiais determinadas nas políticas públicas, balizadas pela disponibilidade de recursos financeiros autorizados pelo orçamento anual, conforme as competências e autonomias de cada ente federativo para efetivação da promoção, proteção e recuperação da saúde, em especial, nos estritos termos da Lei Federal nº 8.080/1990 (Dispõe sobre as condições para a

promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências), legislação que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS. A efetivação das prestações de serviços de saúde aos indivíduos titulares do direito, para os adeptos de tal entendimento, estaria inevitavelmente atrelada às políticas públicas, sob o argumento de serem elas a única maneira dos Poderes Públicos ofertarem uma garantia coletiva do direito à saúde.

Imperioso que se repita que os princípios da República e os direitos fundamentais constante no texto da nossa Constituição consagram, ainda que implicitamente, um mínimo existencial a ser protegido, indicando o que possa vir a ser o conteúdo do que é razoável e proporcional se exigir dos Poderes Públicos. E, é importante registrar, que o legislador e o administrador estão vinculados aos objetivos e fins colimados pelas normas constitucionais. As normas constitucionais de direito à saúde impõem ao Legislativo e Executivo um poder-dever de concretização do seu enunciado.

As normas e premissas que regem a atividade financeira do Estado e o orçamento público apontam que ao indivíduo caberá a exigibilidade das prestações materiais dos Poderes Públicos na *reserva do possível*. Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, a primeira tarefa e obrigação dos poderes constituídos é a obediência e guarda da Constituição. Nesta seara, oportuna a colocação feita por José Carlos Francisco a respeito da vinculação dos poderes públicos a efetivação dos direitos abarcados no conceito de *mínimo existencial*.

Embora o Poder Público não seja onipresente e nem onipotente, há pontos que são essenciais e se tornam imperativos para a Administração Pública (como é o caso da preservação da vida e da saúde), cabendo a ela o dever de zelar pelos direitos de todos, com absoluta prioridade, conclusão que decorre de aspectos eminentemente jurídicos e manifestamente estabelecidos pela Constituição (de modo que se torna passível de controle e tutela jurisdicional). (FRANCISCO, 2008, p. 866)

Portanto, devido à fundamentalidade do direito social à saúde para segurança do *mínimo existencial* e para a realização da igualdade material no Estado Democrático Social de Direito, impõe-se a investigação sobre a exigibilidade das prestações materiais perante o ente estatal para além da *reserva do possível*. Neste

contexto é que serão enfatizadas as demandas judiciais que requerem a efetivação de prestações materiais de saúde e o conflito de normas que delas se originam.

## **5 – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Atualmente o Poder Judiciário pátrio se depara com um novo fenômeno: o imenso número de ações judiciais objetivando a concretização de alguma prestação de serviço na área da saúde. Os magistrados estão sendo provocados a resolver conflitos que tem por objeto o direito dos indivíduos a exigirem dos entes estatais prestações materiais, isto é, a efetivação de direitos de cunho social.

Os dados da reportagem realizada por Cardoso e Gonzato revelam que nos anos de 2007 e 2008 foram ajuizadas no Estado do Rio Grande do Sul aproximadamente 48.642 ações pleiteando alguma prestação de serviço público no âmbito da saúde, sendo 20.585 ações na capital e 28.057 ações no interior do Estado. A matéria enfatiza que entre as prestações requeridas pelos usuários estão: medicamentos, internações, cirurgias, tratamento, materiais diversos, exames, consultas médicas. (ZERO HORA, 2008, p. 4).

Primeiramente questiona-se sobre a existência de direito subjetivo do indivíduo oponível contra o ente estatal para pleitear a efetivação de alguma prestação de serviço de saúde, extraindo-se tal garantia diretamente do texto constitucional. Em segundo plano, tem-se que a intervenção do Judiciário gera bastante polêmica por envolver principalmente a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o orçamento público.

A decisão judicial que condena o ente estatal a prestar o serviço público diretamente ao indivíduo implica no gasto de recursos públicos na área da saúde sem prévia destinação elaborada pelo Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo. Por isso afirma-se que a decisão que ordena ao administrador público que entregue a prestação de serviço de saúde direta e isoladamente a um indivíduo implica em possível violação de normas constitucionais, uma vez que as mesmas estabelecem a exigência de autorização em lei orçamentária para o gasto de dinheiro público. O que se está a dizer é que a lide posta à apreciação do Judiciário consiste no conflito de normas constitucionais. De um lado está o direito à vida e à saúde como pressupostos da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, de outro, as normas de direito financeiro que manifestam o princípio da separação dos poderes, do orçamento e a reserva do possível.

## 6 – O CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas do sistema jurídico pátrio se apresentam sob a espécie de princípios ou de regras. Importa descrever sinteticamente as principais diferenças entre as duas espécies de normas. As regras são normas que apresentam baixo grau de abstração e alto grau de determinabilidade e por isso são suscetíveis de aplicação direta. Elas determinam imperativamente uma exigência, que pode ser uma imposição, uma proibição ou uma permissão; ocorrendo o fato descrito em seu enunciado ela deverá incidir. Em decorrência do comando definitivo das regras é que se sustenta que não há a validade simultânea de regras contraditórias; as regras contrárias se excluem.

No que tange aos princípios, diferentemente das regras, são normas com grau relativamente elevado de abstração e baixo de determinabilidade, decorrendo disso a necessidade de mediações do legislador e magistrado para sua concretização. Os princípios abrigam direitos, valores, fins; são normas de natureza estruturante que apresentam caráter de fundamentalidade no ordenamento jurídico pátrio. São normas que estão na base, que constituem e são fundamentos das regras. Tais diferenças qualitativas irão determinar principalmente que os princípios são normas jurídicas que impõe a extração do *melhor resultado possível dependendo da situação fática e jurídica apresentada para a sua concretização*; e ao contrário das regras, os princípios coexistem. (CANOTILHO, 2002, p. 1145)

O texto constitucional abriga uma imensa gama de princípios, que em razão de seu pluralismo apontam para as mais diversificadas direções. E conseqüentemente, embora haja a coexistência de princípios, ocorrerão eventuais tensões e colisão entre eles. O conflito entre princípios somente poderá ser sanado mediante a análise das circunstâncias do caso concreto, em que os mesmos serão objeto de ponderação e harmonização.

A ponderação e harmonização dos princípios em colisão envolve a otimização e sopesamento na aplicação da norma, isto é, alcançar o melhor resultado possível para a meta que o princípio apontar. O resultado da operação deverá considerar ambas as normas conflitantes, o conjunto de outras normas ou metas da mesma natureza, de forma a se chegar à preponderância de um dos princípios, aquele considerado de maior importância na ordem de valores do sistema jurídico. (BIRNFELD, 2008, p. 20)

No que concerne à efetivação de direitos sociais, ocorre o

choque entre os princípios da liberdade fática e da competência decisória do legislativo, da separação dos poderes e dos princípios materiais que asseguram a liberdade jurídica de terceiros (direitos sociais dos outros). O renomado professor Robert Alexy desenvolveu critérios que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações, a saber:

[...] a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.[...] tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. (1994 apud SARLET, 2007, p. 368)

Os critérios desenvolvidos por Alexy referem-se precisamente à existência de um *mínimo existencial* a ser tutelado quando os princípios colidentes sofrerem ponderação e harmonização. Revelam que haverá o reconhecimento a prestações materiais oponíveis em face dos Poderes Públicos *sempre que o direito fundamental social for imprescindível à vida humana com dignidade*. A proteção de um mínimo existencial decorre da existência de princípios estruturantes da nossa ordem jurídica constitucional, das quais sem dúvida a dignidade do indivíduo é o núcleo central.

Convém relembrar que o balanceamento entre os princípios envolvidos em cada caso será tarefa pertinente ao legislador e ao magistrado. Nas demandas judiciais de prestação de serviço de saúde em que estão em conflito princípios constitucionais caberá ao magistrado aplicar as regras de hermenêutica constitucional para que assim, conforme o caso concreto, possa ser reconhecido o direito fundamental à saúde do demandante.

O Poder Judiciário, no exercício de sua tarefa típica de jurisdição, enquanto poder-dever de dizer o direito, também tem o dever de observar o caráter vinculante da norma constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Afirmamos que a norma constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais possui caráter vinculante e cogente, investindo os poderes públicos na atribuição de promover as condições de tornar real e efetivo os direitos fundamentais.



Consultando a jurisprudência pátria, e especialmente as decisões emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, também são encontrados posicionamentos favoráveis a tutela do direito à saúde através da concessão de prestações materiais, é o que se verá a partir da análise jurisprudencial explanada a seguir.

## **7 – A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Opta-se pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em razão dessas cortes resolverem, respectivamente, questões diretamente relacionadas com as normas constitucionais em última instância, e uniformizarem o entendimento a respeito da matéria foco principal da pesquisa em caráter nacional, servindo de parâmetro para a resolução das demandas judiciais pelos juízes de primeira e segunda instância. A análise jurisprudencial restringiu-se a dois anos, a saber: de 2 de janeiro de 2007 a 2 de janeiro de 2009, com a intenção de demonstrar o entendimento atual das cortes, sem prejuízo de referirmo-nos a decisões anteriores para melhor comprovação do tema abordado.

Com respeito aos limites substanciais, pretendeu-se buscar nas decisões diretamente os termos “direito à saúde” e “reserva do possível”, ocorre que, em exame preliminar o número ínfimo de decisões encontradas impôs a utilização de outros caracteres. Selecionaram-se, então, as demandas em que a questão a ser dirimida é a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para a disponibilização de medicamentos ao indivíduo, as quais enfatizam a entrega da prestação jurisdicional direta e isoladamente a um indivíduo em contrapartida as políticas públicas de saúde que necessitam de previsão orçamentária. Mediante o acesso às páginas eletrônicas do STF e STJ, na rede mundial de computadores, os seguintes critérios foram utilizados na busca jurisprudencial: “bloqueio de verbas públicas” e “disponibilização de medicamentos”. Resultantes da pesquisa foram coletadas vinte e sete (27) decisões de mérito do STJ e quinze (15) decisões de mérito do STF para o estudo, o que certamente não corresponde a totalidade de decisões proferidas pelos tribunais na seara das demandas que requerem a efetivação do direito fundamental à saúde.

Dos vinte e sete (27) acórdãos proferidos pelo STJ, em todas as decisões os ministros foram favoráveis à possibilidade de efetuar o bloqueio de verbas públicas para a efetivação do direito à saúde; em vinte e um (21) deles ratificaram a preponderância do direito à vida e à saúde sobre o direito financeiro e orçamentário; em oito (8) referiram-se a concretização da dignidade da pessoa humana por intermédio da efetividade dos direitos fundamentais; em sete (7) remeteram-se ao direito à saúde como direito subjetivo indisponível; em sete (7) foram favoráveis a intervenção do Poder Judiciário sempre que a omissão dos entes estatais violarem direitos fundamentais dos indivíduos; em cinco (5) enfatizaram que as normas constitucionais devem ter efetividade real e não se tratando de mero ideário; e por fim, em três (3) os ministros referiram-se expressamente ao afastamento da reserva do possível nas demandas judiciais para efetivação do direito fundamental à saúde.

Todas as decisões de mérito prolatadas nos quarenta e dois (42) acórdãos selecionados foram favoráveis à efetivação do direito à saúde por intermédio do bloqueio de verbas públicas. Antes de procedermos à análise das decisões judiciais favoráveis à efetivação do direito à saúde nos casos concretos, será realizado o estudo da decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, que, devido à sua extrema importância é referendada em diversas outras decisões, em todos os graus de jurisdição, inclusive nas decisões selecionadas para o presente trabalho.

Conforme descrito acima, em cinco acórdãos exarados pelo STF com decisão favorável à efetivação da prestação material de serviço de saúde através de bloqueio de verbas públicas, os ministros fazem referência expressa à decisão proferida no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/Rio Grande do Sul em 12/09/2000. A motivação utilizada pelo Ministro Celso de Mello na decisão do referido recurso se tornou parâmetro e tem sido utilizada em muitas decisões para fundamentar o deferimento de prestações materiais de saúde.

O voto do Ministro Relator inicia atribuindo aos entes federativos a solidariedade passiva na obrigação de fornecimento da medicação necessária ao tratamento da doença de que é portador o agravado, e, afasta a ofensa ao artigo 167, I, da CF, argumentando que a decisão não fere diretamente o dispositivo constitucional e que, ante a urgência da situação que venha a causar dano à saúde do indivíduo, afasta-se a exigência de previsão orçamentária.

No que é pertinente ao direito fundamental à saúde, o Ministro

afirma tratar-se de direito subjetivo inalienável, indisponível, inviolável, indissociável do direito à vida. O membro do STF defende que a concretização deste preceito por intermédio do fornecimento de prestações materiais ao indivíduo dá efetividade às normas constitucionais que dispõem sobre os direitos fundamentais do homem.

Dos argumentos elencados é interessante destacar dois pontos intrinsecamente relacionados com a efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. O primeiro é a vinculação dos poderes públicos com a efetividade das normas constitucionais de direitos fundamentais. É imperativa a colocação feita pelo Ministro Celso de Mello sobre a obrigação estatal de conferir real efetividade aos direitos sociais consubstanciados nas normas constitucionais, de modo tal que ante a omissão do ente público o indivíduo possa exigir a sua concretização

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. (grifo no original)

O segundo ponto refere-se ao conflito das normas constitucionais que consagram o direito à vida e à saúde em face das normas de direito financeiro e orçamentário. O Ministro manifesta que, frente a este conflito, ao julgador caberá a única opção de privilegiar a vida e à saúde humana, não havendo possibilidade do direito financeiro e orçamentário do Estado prevalecer contra essa prerrogativa fundamental.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...] (grifo no original)

Assim, o voto proferido revela, inequivocamente, que na ponderação e harmonização dos princípios em conflito deverá ser dado maior alcance para o direito à saúde, em razão de todo o sistema jurídico pátrio consagrar a fundamentalidade da vida humana digna. Os direitos fundamentais à vida e à saúde compõem o núcleo essencial a ser garantido pelos entes públicos para que o indivíduo goze da sua liberdade fática, e neste sentido é a afirmação do Ministro Celso de Mello:

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. (grifo no original)

Os argumentos elencados a favor da efetivação de prestações materiais no âmbito da saúde, na decisão paradigma proferida pelo Supremo Tribunal Federal também são encontrados nas demais decisões selecionadas para o presente trabalho. É por esta razão que nos aprofundaremos no exame de das fundamentações comuns utilizadas pelos ministros nos acórdãos, buscando apontar a existência de uma motivação central para o afastamento das normas de direito orçamentário, e conseqüentemente, para o prestígio da efetivação do direito à saúde nos casos concretos.

## **8 – A PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE SOBRE O DIREITO ORÇAMENTÁRIO NAS DECISÕES EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O bloqueio judicial de verbas públicas como medida capaz de assegurar a efetividade do direito à saúde no caso concreto e beneficiar o indivíduo com a prestação material de que necessita é mantida pelo STF e STJ em todos os acórdãos selecionados, sendo para tanto afastadas as normas de direito financeiro e orçamentário. De acordo com a fundamentação proferida nos votos de seis (6) acórdãos do STF, o bloqueio de valores para aquisição de medicamentos, instrumento utilizado de forma extraordinária para

compelir o Estado a efetuar o gasto do dinheiro público sem que haja previsão orçamentária, não fere dispositivos constitucionais orçamentários (artigo 167 e incisos), uma vez que o direito fundamental à saúde, assegurado no artigo 196, da CF, imputa aos entes estatais o dever de promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos.

No mesmo sentido, o argumento utilizado em vinte e sete (27) decisões do STJ apresenta-se favorável à utilização do bloqueio de valores dos cofres públicos para concretização de prestações materiais de saúde com amparo nas medidas assecuratórias do Código de Processo Civil (artigo 461, § 5º). No Recurso Especial nº 869.843/RS, o Ministro relator Luiz Fux, em seu voto, explicita que a proteção da vida humana é o fundamento para o deferimento do seqüestro da verba necessária para compra de medicamentos objetos da tutela deferida. No entendimento do Ministro relator o bloqueio de verbas públicas *revela-se medida legítima, válida e razoável* para a efetivação do direito à saúde no caso concreto. É o que manifesta no trecho do seu voto citado abaixo:

Desta feita, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

Seguindo a análise, encontramos nos votos proferidos em vinte e um (21) acórdãos a ênfase dada pelos ministros à preponderância do direito fundamental à vida e à saúde sobre as normas de direito financeiro e orçamentário. O entendimento jurisprudencial é de que o seqüestro de valores para efetivação do direito fundamental à saúde no caso específico se justifica pela tutela da vida e da dignidade da pessoa humana. Para elucidar o posicionamento transcrevemos, respectivamente, parte dos votos deliberados nos Recursos Especiais nº 836.913/RS e nº 909.752/RS.

Assim, legítimo o proceder do i. magistrado de primeiro grau que, diante de quadro fático no qual a recalcitrância do devedor, em evidente desrespeito a dignidade da pessoa humana, põe em risco os direitos fundamentais à saúde ou à vida do demandante, determina o seqüestro ou o bloqueio de valores depositados em

conta corrente do mesmo, como forma de providenciar a este o resultado prático equivalente ao da tutela que lhe fora deferida. É irrelevante, neste aspecto, seja o devedor pessoa física, jurídica, ou ente estatal, vez que a ninguém é dado afrontar princípios constitucionais de tamanha relevância, muito menos ao argumento, a meu ver falacioso, de se estar optando pela primazia de princípios de Direito Financeiro ou Administrativo.

Segundo o pronunciamento dos ministros em quatro (4) decisões do STF e oito (8) decisões do STJ, o deferimento de bloqueio de valores para compra de fármacos é medida que visa garantir a concretização do princípio constitucional da dignidade humana, que é valor fundamental do Estado Democrático Social de Direito esculpido na Lei Fundamental pátria. São os conteúdos das decisões exaradas no Agravo de Instrumento nº 817243/STF e no Recurso Especial nº 868.038/RS. Foram encontrados sete (7) acórdãos a respeito do direito subjetivo à saúde e cinco (5) acórdãos remetendo à efetividade das normas constitucionais do direito à vida e à saúde, é exemplo o voto proferido no Recurso Especial nº1002335/RS, que segue.

Como de sabinça, os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...] Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

Cabe ao Poder Judiciário a intervenção com a finalidade de guarda da Lei Fundamental e, essencialmente, de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e sempre que houver a violação de direitos e garantias fundamentais este órgão tem o poder-dever de atuar na defesa do indivíduo e do sistema jurídico pátrio. É o que revela o voto contido em sete (7) acórdãos, como ilustra o trecho do voto proferido no Recurso Especial nº 880.955/RS.

O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

E por fim, o fragmento do voto elaborado pela Ministra relatora Eliana Calmon no Recurso Especial nº 784.241/RS faz referência à tutela da saúde em detrimento da aplicação da teoria da *reserva do possível*.

A conclusão foi no sentido de que, embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação aos direitos à vida e à saúde não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. (grifou-se)

Diante de todas as interpretações expostas nos acórdãos analisados, podemos afirmar a existência de um posicionamento majoritário dos tribunais pátrios a favor do deferimento de prestações positivas de saúde direta e isoladamente a um indivíduo se utilizando, sobretudo, da possibilidade de bloqueio de verbas públicas para a efetivação do direito fundamental violado. Afirmamos também que a principal fundamentação elencada para o provimento das prestações positivas é a preponderância dos direitos fundamentais à vida e à saúde sobre as normas de direito financeiro e orçamentário.

## **9 – CONCLUSÃO**

A hipótese trabalhada confirmou-se havendo a preponderância dos direitos fundamentais à vida e à saúde sobre o direito financeiro e orçamentário nas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no período de 2 de janeiro de 2007 a 2 de janeiro de 2009, para resolução das lides envolvendo a possibilidade de bloqueio de valores das contas públicas para concretizar a efetivação de prestações materiais de saúde.

Na pesquisa jurisprudencial realizada, pertinente ao conflito de normas constitucionais, foram selecionados quarenta e dois (42) acórdãos; em todas as decisões o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça mostrou-se favorável à efetivação de prestações matérias à saúde, especialmente

consagrando a possibilidade de efetuar o bloqueio de valores públicos. O entendimento majoritário possui como fundamentação a preponderância dos direitos fundamentais à vida e à saúde sobre as normas de direito financeiro e orçamentário. Depreende-se que a opção dos ilustres ministros se justifica principalmente pelos seguintes argumentos:

Primeiro, o sistema jurídico pátrio consolidou o Estado Democrático Social de Direito tendo como principal vetor o reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais do homem. Assim, a proteção do mínimo existencial, perpassando principalmente pela garantia do direito à vida e à saúde, é medida que se impõem para concretização da vida digna do indivíduo. A decisão no caso concreto deve sempre priorizar o bem jurídico mais caro, o que, nos termos da Constituição Federal de 1988, corresponde a primar pela vida humana. Segundo, a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, vincula os poderes públicos a atribuírem a maior eficácia possível as normas de direitos fundamentais, imputando ao poder público o dever de conferir real efetividade aos direitos sociais constantes do texto constitucional.

Terceiro, as normas constitucionais de direitos fundamentais não devem ter seu alcance reduzido pelo interprete quando em conflito com direitos financeiro e orçamentário. Isto se deve a fundamentalidade dos direitos à vida e saúde que constituem a razão de ser e a finalidade de atuação dos poderes públicos, sendo a atividade financeira do Estado mero instrumento para consecução dos fins propostos pelo ordenamento jurídico pátrio. Por fim, a saúde humana constitui direito público subjetivo, inalienável, indisponível, indissociável do direito à vida, sendo prerrogativa do indivíduo exigir do Estado às prestações positivas para sua promoção, proteção e recuperação e dever do ente estatal efetuar medidas capazes de garantir a efetividade do direito fundamental à saúde.

Em suma, cabendo ao Poder Judiciário decidir, no caso específico, sobre o conflito do direito à vida e saúde do indivíduo em face do direito financeiro e orçamentário, é forçoso que o magistrado, em notável respeito e cumprimento dos princípios e valores firmados na nossa Lei Fundamental, privilegie o direito fundamental a vida humana com qualidade em detrimento das regras orçamentárias, podendo, inclusive, utilizar medidas coercitivas como o bloqueio de verbas públicas, para compelir o Administrador Público a disponibilizar a prestação requerida direta e isoladamente ao indivíduo.



## 10 – BIBLIOGRAFIA

BIRNFELD, Carlos André Hüning. *A arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira*. Pelotas: Editora Delfos, 2008.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 14 jul. 2009.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> Acesso em: 28 mar. 2009.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 29 mar. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2002.

CARDOSO, Daniel e GONZATTO, Marcelo. *Zero Hora*, Porto Alegre, 17 ago. 2008. Almanaque Gaúcho, p.4. Drama no SUS: Saúde na mão de juizes, Porto Alegre.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e, SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul.2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)> Acesso em: 15 ago.2008.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 859-873.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

