



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A intervenção do judiciário na prestação do direito à saúde pelo Estado e a reserva do possível: colisão de direitos

Marcela Scarton Taliuli

Rio de Janeiro  
2014

MARCELA SCARTON TALIULI

**A intervenção do judiciário na prestação do direito à saúde pelo Estado e a reserva do possível: colisão de direitos**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2014

## **A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO E A RESERVA DO POSSÍVEL: COLISÃO DE DIREITOS**

Marcela Scarton Taliuli

Graduada pela Faculdade de Direito de  
Cachoeiro do Itapemirim-ES- FDCI

**Resumo:** O direito à saúde veio positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito fundamental. É dever dos entes públicos viabilizarem o acesso a saúde pela população. A própria constituição estabeleceu um sistema único de saúde, o qual veio a ser regulamentado pela lei orgânica de saúde (lei n. 8080/90), lei esta que norteia outras leis relacionadas com o sistema de saúde. O SUS consiste em um sistema descentralizado que é organizado pelo Ministério da Saúde, bem como as secretarias estaduais e municipais. Ocorre que o acesso igualitário e total a saúde nem sempre é prestado de forma plena o que resulta para o judiciário a obrigação de intervir nas políticas públicas. Noutro giro, o Estado utiliza a reserva do possível como meio de afastar o cumprimento da ordem judicial, a fim de não arcar com as despesas de saúde dos cidadãos. Desta forma, pode-se afirmar que a reserva do possível entra em colisão com diversos direitos fundamentais, entre eles o direito supremo que é a vida.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Intervenção. Saúde. Reserva do Possível.

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 2. Análise da introdução do SUS no Brasil. 3. Reserva do possível e a colisão com o direito à vida. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O trabalho abordado apresenta o tema sobre a intervenção do Estado-Juiz na prestação ao direito à saúde e a colidência com o princípio da reserva do possível, sendo este muitas vezes utilizado para mitigar o dever do Estado em fornecer o acesso digno a saúde para o seus administrados.

Será demonstrado que a administração pública pode se eximir da prestação ao direito a saúde por omissão ou por ação. A omissão se da quando ela queda-se inerte diante de um quadro precário de assistência que deveria ser oferecida pelo Estado.

A prestação pode ser também iníqua quando o poder público age em desacordo com as normas preconizadas pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Será advertido que a cláusula da reserva do possível não poderá ser invocada com o intuito de se exonerar dos seus deveres constitucionalmente estabelecidos quando a utilização acabar por aniquilar o direito fundamental a saúde.

Portanto, a reserva do possível, somente poderá ser utilizada em casos que não se proporcione prejuízos irreversíveis. Sendo, portanto, o objetivo do trabalho científico é identificar situações as quais é permitido invocar o princípio da reserva do possível e esclarecer que em caso de conflito com o direito fundamental a saúde àquele princípio deve ser mitigado.

## 1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgiram desde a nascente do jusnaturalismo, o qual preconiza pela ideia de um direito natural diferente da vontade estatal, sendo o direito fundamental perfeito e imutável.

Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>, acerca do tema esclarece:

A ideia básica do jusnaturalismo consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria normal estatal.

A origem histórica se deu através do cristianismo, sendo este responsável por desenvolver a premissa de que perante Deus todos são iguais, desta forma, surgiu o direito à igualdade, hoje sendo sustentado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

As teorias contratualistas do Estado também foram responsáveis por desenvolver o jus naturalismo sendo este intrínseco ao direito fundamental. O jus naturalismo parte do

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p.256.

pressuposto que os homens estão em sociedade a fim de preservar a liberdade, a vida e a propriedade, sendo estes direitos oponíveis ao Estado.

Foi através da declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789, nos Estados Unidos da América que se positivou a ideia de direitos fundamentais. É no art.2 da referida declaração que se estabeleceu a associação política deve estar pautada na conservação de direitos naturais e imprescritíveis ao homem.

Nesse sentido Paulo Bonavides leciona<sup>2</sup>:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais À liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Na visão do referido autor<sup>3</sup>, o direito do homem e da liberdade eram tidos como inalienáveis, naturais e sagrados, alcançando a imprescritibilidade.

Sendo o art. 4 responsável por indicar que o exercício dos direitos naturais pelo cidadão é ilimitado, tendo como limite apenas o exercício do direito fundamental de outro cidadão. Acerca do surgimento dos direito fundamentais, pode – se citar também a magna carta de 1215 da pelo Rei João Sem-Terra, o qual assegurava aos ingleses a inexistência de prisões arbitrárias, devendo-as serem dadas por motivações específicas, bem como assegurar o remedido constitucional que é muito utilizado nos dias de hoje que é o *habeas corpus*, bem como o direito de petição.

Acerca dos direitos fundamentais, a doutrina<sup>4</sup> o classifica como sendo direitos de primeira, segunda e terceira geração conforme o contexto histórico o qual foi concebido, desenvolvido e positivado.

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.580-589.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 4.

A primeira geração se deu no século XIX tendo como alicerce nas declarações, sendo influenciado na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão editada pela revolução francesa de 1789.

A referida geração de direito fundamental é composta pelo direito à liberdade, são os direitos civis e políticos. Esses são de titularidade do indivíduo sendo oponível ao Estado. Desta forma, pode-se afirmar que tem como característica a subjetividade.

Eles têm como característica marcante uma atuação negativa por parte do Estado, ou seja, um não fazer resume-se a participação do estado em garantir a liberdade do indivíduo, não a cerceando.

Os direitos fundamentais de segunda geração visam a assegurar direitos sociais, econômicos e sociais. O estado queria propiciar ao indivíduo uma maior qualidade de vida. Ao contrário dos direitos de primeira geração, os de segunda exigiam do Estado uma atuação positiva, ou seja, um fazer.

A exigência de prestações positivas pode levar o Estado a falhar, pois muitas das ações exigidas são de difícil cumprimento, estes direitos permanecem por um longo espaço de tempo aguardando cumprimento, estando apenas na esfera programática, sendo reconhecidos como objetivos a serem perseguidos.

Também nos direitos de segunda geração é assegurado o direito a sindicalização, o direito a greve, bem como direitos fundamentais do trabalho como o salário mínimo, o direito a descanso semanal remunerado. Foram chamados direitos sociais, pois atenderam a reivindicações de cunho social.

Os direitos fundamentais de terceira geração surgiram no século XX, estes são alicerçados pelo princípio da solidariedade ou fraternidade se autenticando pela titularidade difusa ou coletiva, assim, pode-se afirmar que o titular desse direito não é o indivíduo específico e sim toda a coletividade.

São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração: à qualidade do meio ambiente, o direito à paz, a proteção ao patrimônio histórico e cultural.

Neste sentido é o aresto do Egrégio Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>:

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Art. 170, 196 e 225 da constituição da república. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. (...) 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.

Urge ressaltar que com a indicação dos direitos fundamentais de terceira geração fechou-se a ideia concebida nos direitos de primeira geração, qual seja o propósito da revolução francesa de Liberdade, igualdade e fraternidade, pois, como visto o direito de primeira geração assegurou a liberdade, o de segunda geração foi responsável por garantir direitos sociais e o de terceira geração é responsável por garantir a solidariedade entre os indivíduos.

Com o passar dos anos novos direitos fundamentais foram sugeridos por estudiosos<sup>6</sup>, dentre eles o de quarta geração o qual se insere a democracia positivada, bem como avanços tecnológicos. Insta esclarecer que as gerações fundamentais não se excluem, elas se somam fazendo do direito fundamental um conglomerado de deveres.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101. Recorrente: Presidente da República. Recorrida: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Cármen Lúcia. Jul. 24/06/2009. DJe. 04/06/2012. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%29%28101%2ENUME%2E+OU+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mnzt7e7> Acesso em: 05 de jun. de 2014.

<sup>6</sup> BONAVIDES, op. cit., p.4.

Hodiernamente, surgem novos direitos, os quais pode se afirmar que apenas readaptam os antigos direitos atendendo as exigências atuais.

No que concerne ao jus naturalismo, salientado anteriormente, pode-se dizer que este veio perdendo espaço para o positivismo, tendo em vista a macro sociedade o que dispõe pela necessidade de lei escritas, positivadas em ordenamento jurídico.

Acerca das características dos direitos fundamentais pode-se destacar<sup>7</sup>: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, limitabilidade ou relatividade e universalidade.

A historicidade está ligada que os direitos fundamentais surgiram a partir de momentos históricos determinados, sendo estes essenciais para o desenvolvimento da ideia de direito fundamental, não tendo surgido de uma única vez.

A inalienabilidade está entrelaçada à dignidade da pessoa humana, ou seja, é inerente ao ser humano ele não pode escolher ter ou não dignidade. A irrenunciabilidade assim como a inalienabilidade é inerente ao indivíduo, desta forma, pode-se afirmar que é impossível a renúncia a todos os direitos fundamentais.

A imprescritibilidade está relacionada ao fato de que eles serão sempre exercíveis e o não exercício não acarreta a perda da exigibilidade em razão do decorrer do tempo. A relatividade quer dizer que nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, devendo ser aplicado de acordo com a situação fática de colidência.

Por derradeiro, a universalidade significa que os direitos fundamentais pertencem a todos os seres humanos, sendo este a qualidade que se exige para assegurar o exercício desses direitos. Assim, pode-se afirmar que cada indivíduo é titular do seu próprio direito.

O direito fundamental está dividido pela doutrina entre direito fundamental subjetivo e objetivo<sup>8</sup>. O direito objetivo é o conjunto de normas de conduta que devem ser observadas

---

<sup>7</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183.

<sup>8</sup> AGRA. Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 161



por todos, caracterizam-se por uma obrigação positiva. Por sua vez, o direito subjetivo está relacionado com a possibilidade que o indivíduo ter de invocar as normas positivadas ao seu favor.

O direito objetivo impõe ao Estado a obrigação de proteger direitos fundamentais, sobretudo os direitos essenciais para que o homem exerça os direitos como: à vida, à liberdade, bem como a integridade física.

A dimensão objetiva é responsável por fortalecer a intervenção do poder judiciário, uma vez que este ao se deparar com interesses envolvendo os direitos fundamentais os quais são antagônicos será responsável por resolver o conflito de interesse existente dizendo qual interesse deve prevalecer, sendo assim, irá efetuar uma ponderação de bens e valores envolvidos, a fim de tomar uma decisão.

No que concerne às funções dos direitos fundamentais pode se salientar que aqueles visam a garantir a dignidade da pessoa humana, propiciando a defesa a liberdade, bem com função de prestação de serviço.

Quando se fala em direito de defesa ou de liberdade está se sugerindo uma não atuação do estado, ou seja, um dever de agir, não deve o estado cercear a liberdade do indivíduo. A função de defesa já exige um fazer do estado, devendo proteger o exercício dos direitos fundamentais perante terceiro.

Não se pode olvidar que para o Estado exercer as funções dos direitos fundamentais que a ele são dadas, torna-se necessário a positivação dos meios os quais o estado pretende exercer.

Pode-se concluir que os direitos fundamentais são oriundos de fatos históricos, sendo estes essenciais para a sua construção em um regime social-cultural. Sendo notório que esses direitos se modificam com o decorrer do tempo de acordo com a necessidade e interesse da

sociedade, devendo ser interpretado de acordo com as influências sociais, culturais e ideológicas de cada povo.

Ademais, o desenvolvimento dos direitos fundamentais estar entrelaçado com o desenvolvimento da sociedade, bem como com a globalização a qual faz surgir novas demandas, assim, deve-se adaptar aos direitos já existentes ou se necessário a criação de novos direitos.

## **2. A PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO**

O sistema único de saúde está representado no ordenamento jurídico pela lei orgânica de saúde, Lei n. 8080/90, bem como pelo art. 196 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil.

Aduz o art. 7º da Lei 8080/90<sup>9</sup>:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
  - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
  - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Planalto (online). Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 05 de jun. de 2014.

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;  
XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e  
XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Em análise da referida lei, corroborando com o disposto na carta magna, verifica que há previsão pelo ordenamento jurídico da prestação do serviço de saúde de forma universal e irrestrita<sup>10</sup>.

A universalidade e o caráter irrestrito, também chamado de igualitário, dá-se pelo fato de que o serviço de saúde deve ser entregue para todos, sem distinção, inclusive para estrangeiros que estiverem em trânsito no Brasil.

Assim, é através destas características que se vislumbra a responsabilidade solidária entre os entes da federação, responsabilidade esta que pode ser percebida através do art. 7, IV da Lei n. 8080/90, citação supra. Neste sentido, caminha a jurisprudência do pretório excelso<sup>11</sup>:

[...] O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional [...].

Cumprido esclarecer que o direito fundamental é garantido ao estrangeiro, conforme dispõe o art. 5, caput, da CRFB/88, o qual estabelecem direitos e deveres às garantias individuais e coletivas abrangendo brasileiros e estrangeiros residentes ou não no Brasil.

Dispõe o art. 5, inciso XXXV da CRFB/88 que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito. Desta forma, o judiciário deverá ser acionado

---

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 624.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agrav. Reg. nº 607381 -SC. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 16/06/2011. DJe. 17/06/2011. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fornecimento+de+rem%E9dio+pelo+Estado%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/on942nl> . Acesso em: 05 de jun. de 2014.

sempre que o cidadão necessitar, uma vez que a prestação de serviço deficitário da saúde agride o direito a vida, podendo resultar em lesão irreparável a esse direito.

Desta forma, a Carta Magna de 88 legitima a intervenção do poder judiciário<sup>12</sup> a fim de afastar lesão ou ameaça de lesão ao direito à vida, podendo resultar em lesão irreparável a este direito.

Urge ressaltar que as necessidades são ilimitadas, enquanto, os bens são limitados. É nesse contexto que se insere a reserva do possível, tendo em vista que passou a se depender da disponibilidade das decisões governamentais, a fim de garantir a prestação ao direito à saúde. São através das políticas governamentais que se conhece o investimento que poderá ser feito na saúde. Nessa esteira de raciocínio caminha o pretório excelso<sup>13</sup>:

Ementa: [...] 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

A prestação se dá de forma razoável de modo a proporcionar uma maior abrangência ao maior numero de cidadãos.

Deve ser interpretada a reserva do possível levando em consideração três aspectos, quais sejam: a disponibilidade fática dos recursos para fins de investimento, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais, o qual guarda conexão com a distribuição de receita monetária e a reserva do possível acoplado a necessidade e a razoabilidade.

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agrav. Reg. nº 642536-AP. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux. Jul. 05/02/2013. DJe. 27/02/2013. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28642536%2E%2E+OU+642536%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lvpw72k>. Acesso em: 12 de agost. de 2014.

A razoabilidade deve ser percebido no momento que se exige do Estado a prestação da saúde. Ao poder judiciário cabe zelar pela efetivação de direitos fundamentais- sociais, não podendo estes serem repelidos em razão da alegação de ausência de verba.

É neste sentido que se verifica a razoabilidade, tendo em vista que o cidadão tem direito à vida, o qual é zelado pelo investimento na saúde e sendo o caso de deficiência, no referido serviço, o Estado-juiz deve intervir.

Quando o Estado-Juiz interfere na administração pública a fim de satisfazer uma pretensão lastreada no direito à saúde, estará atuando no controle judicial de atos e omissões administrativas, sendo estas vinculadas em razão de políticas sociais implementadas em razão dos direitos sociais conferidos pela atual constituição não havendo que se falar em ações discricionárias<sup>14</sup>.

O judiciário deve adotar uma postura de fazer com que o Estado, representado pelo poder administrativo, socorra aquele cidadão que necessite de um procedimento de saúde a fim de evitar que a inércia executiva venha interferir na eficácia da aplicação dos direitos fundamentais, os quais estão assegurados constitucionalmente. Ainda que sua efetividade dependa de normas de caráter programático.

As referidas normas estão previstas pela Constituição, mas limitadas pela atuação do Estado administrativo. Este será responsável por assegurar o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O direito à saúde é considerado um direito social, estando previsto na atual Constituição Federal, dependem de uma atuação positiva do Estado a fim de concretizar tais direitos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 508.

<sup>15</sup> SILVA, op.cit., p. 7.

Não é lícito que o poder público diante da limitação financeira que possui, tendo em vista a infinidade de necessidade em oposição a escassez de bens inviabilize condições materiais mínimas de subsistência do cidadão.

É neste contexto que se insere a ponderação. O mínimo assistencial deve ser garantido em detrimento das prioridades orçamentárias.

O atuar do poder público, daquele que foi eleito por mandato eletivo, não é livre por si só, pois ao comprometer a plena eficácia dos direitos sociais justifica a possibilidade de intervenção pelo do poder judiciário.

Precipualemente o poder judiciário não deve intervir em razão do princípio da separação dos poderes, o judiciário não pode substituir a atuação de um poder irrazoavelmente, a discricionariedade é inerente às políticas públicas, contudo, não pode mitigar o acesso aos direitos sociais.

Os referidos direitos necessitam de orçamento público, portanto, é preciso que o legislador concretize os direitos, caso se omita necessário é a intervenção do poder judiciário.

Várias são decisões as quais pugnam pela obrigação do Estado fornecer o cidadão o direito a saúde. Ademais, reconhece o poder judiciário a solidariedade entre os entes federativos não havendo que se falar em dever da União, do Estado ou do município. Insta esclarecer que o poder judiciário norteia pela responsabilidade solidária devendo ser exercida de acordo com o recurso financeiro existente entre os entes.

Neste sentido é o aresto do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado<sup>16</sup>:

Fornecimento de medicamentos. Município de Mesquita. Matéria debatida. Enunciados nº 65 e 116 do TJERJ. Taxa judiciária. Honorários advocatícios. São solidários os entes da Federação no seu dever tal como estabelecido pelo art. 196, da Constituição da República e a eventual hierarquia destes entes públicos dentro do Sistema Único de Saúde (SUS) não pode se sobrepor a tal solidariedade imposta pela norma constitucional, podendo tal direito ser exercido em face de qualquer um

---

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0110587.582009.8.190038. Apelante: Município de Mesquita. Apelado: Leda Coutinho Grao. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Jul. 18/02/2014. Disponível: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201322701011>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

dos coobrigados. A Constituição da República, em seus artigos 23, inciso II e 196, ao cuidar da saúde e da assistência pública, estabelece ser dever do Estado, como um todo, materializar este direito por parte da administração local, através da implantação do mencionado SUS, estabelecendo, ainda, a Constituição da República, de forma mandamental, em seu art. 30, inciso VII, competir ao Município o dever de prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, os serviços de atendimento de saúde da população. Verbete sumular nº 65 do TJERJ. [...]. Recurso provido.

É importante ressaltar que a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, é no sentido de inadmitir que o ente público exija requerimento prévio administrativo como condição de ingresso no poder judiciário, a fim de pleitear o deferimento do pedido de medicamentos, sendo a decisão no sentido da vedação a inafastabilidade da lesão ou ameaça de lesão do poder judiciário<sup>17</sup>.

Fornecimento de medicamentos. Município de Campos dos Goytacazes. Interesse de agir. Requerimento administrativo. Desnecessidade. Taxa Judiciária. Honorários advocatícios. Redução. Quanto à preliminar arguida, tem-se que não procede a alegada ausência de interesse de agir. A necessidade de prévio requerimento administrativo não condiciona o exercício do direito de agir. O artigo 5º, XXXV da Constituição da República ao instituir que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário que nenhuma lesão ou ameaça a direito, independentemente de qualquer recurso à via administrativa, consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Dentre os direitos e garantias fundamentais, o direito à vida é o bem maior do cidadão. Sendo a saúde inerente a esse bem maior, tem o cidadão direito assegurado constitucionalmente, vez que é dever do Estado suprir os meios necessários à sua efetiva assistência, como asseveram os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal e artigo 287 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Dever comum das entidades federativas de cuidar da saúde e de prestar assistência pública, à luz do disposto nos artigos 23, II, e 196 da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Assim, comprovada a hipossuficiência da apelada, bem como a necessidade do exame para tratamento da doença que a acomete, e juntado aos autos o seu comprovante de residência, impõe-se o reconhecimento do seu direito, bem como do dever do réu de suprir com os meios necessários a sua efetiva assistência. (...). Recurso parcialmente provido.

Conforme dito, a carta magna proclama no art. 5º o direito à vida. Ocorre que neste direito está compreendido o direito de continuar vivo, bem como de ter uma vida digna relacionada à subsistência. A constituição quando cuidou da ordem social, protegeu todos os

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0014893.372009.8.190014. Apelante: Município de Campos dos Goytacazes. Apelado: Maria Izabel Reis. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Jul. 18/02/2014. Disponível: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201322701011>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

indivíduos no que concerne ao direito à saúde.

Esta proteção se deu ao estabelecer que é dever jurídico do Estado prestá-la. E ainda, com o advento da LOE n. 8080/90, lei do SUS, fixou a solidariedade entre os entes federativos.

Assim, a lei do SUS impôs ao Estado uma obrigação de fazer, sendo uma obrigação positiva o que propiciou ao eventual detentor do direito requerer do estado que a assistência assegurada pela carta magna seja prestada. A saúde tem como alicerce primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em todo cerne do conteúdo defendido pela Constituição Federal.

### **3. A RESERVA DO POSSÍVEL E A COLISÃO COM O DIREITO À VIDA**

A reserva do possível está relacionada com os “custos do direito”. Ao se falar em reserva do possível tem que se ter em mente a limitação argumentativa sobre a implementação dos direitos constitucionais previstos em razão da ausência de fundos orçamentários<sup>18</sup>.

A reserva do possível consiste em matéria exclusiva a ser alegada pelo Estado. Assim, em uma execução entre particulares não pode o executado alegar a “reserva” como motivo da insolvência perante o exequente.

Cumprido esclarecer que mesmo sendo alegação exclusiva da administração pública a ausência de dotação orçamentária, é auferido ao poder público o dever de demonstrar a situação casuística da ‘reserva’, não havendo que se falar em inversão do ônus probante<sup>19</sup>. Não sendo possível a demonstração acerca da ausência de recurso deve o Estado arcar com o que está sendo pedido.

<sup>20</sup>E m e n t a: ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades

<sup>18</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: A Pretensão da Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58.

<sup>19</sup> Ibid.



estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental da república (rtj 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196 197 e 227). [...] – recurso de agravo improvido.

Nesta esteira de raciocínio, cumpre esclarecer que não pode o Estado alegar a ausência de verbas, sem que haja razoabilidade. Desta forma, pode-se afirmar que a reserva do possível deve ocorrer de forma excepcional, ou seja, para aquela demanda que o Estado demonstrar ser inacessível por ser de grande monta.

Assim, não poderá o Estado invocar a reserva do possível como forma de aniquilar os direitos constitucionais, exonerando-o de suas obrigações constitucionais previstas desde a assembleia nacional constituinte.

A atual constituição quando aufere ao estado o dever de zelar pela saúde, impõe-lhe uma atuação positiva de implementação de políticas sociais e econômicas a fim entregar ao administrado uma eficiente prestação. Neste sentido dispõe o art. 196 da CRFB/88<sup>21</sup> “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

---

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581352-AM. Recorrente: Estado do Amazonas. Recorrida: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Jul. 29/10/2013. DJe. 22/11/2013. Disponível:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581352%20ENUME%2E+OU+581352%202EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pz5cdde>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

21 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 de jun. de 2014.

Para aplicação do princípio da reserva do possível necessário se faz observar uma dimensão tríplice. Esta diz respeito a disponibilidade dos recursos, a disponibilidade jurídica de recursos materiais humanos e sob a perspectiva de um titular de direito a prestações sociais.

Tem-se notícia que o surgimento da reserva se deu pela primeira vez em 18 de julho de 1972, através de controle de constitucionalidade oriundo do tribunal constitucional federal alemão, tendo em vista o surgimento da discussão acerca da admissão da medicina humana em universidades da Alemanha nas décadas de 60 e 70<sup>22</sup>.

Desta forma, pode-se concluir que é autorizado invocar o princípio da reserva do possível quando estiver em igualdade dois direitos iguais ou que demonstre equivalências, pois, assim é autorizado que entre eles haja ponderação um em detrimento do outro, sob pena de não poder sobrepor nenhum dos dois.

O direito a saúde decorre da proteção conferido aos direitos fundamentais, estes são estabelecidos pela Carta Capital/88 e possuem relação com as modificações compatíveis com as necessidades econômicas e políticas, uma vez que o direito oriundo das demandas evolutivas da vida em sociedade, o qual se reconhece através do princípio da dignidade da pessoa humana, este o alicerce do direito fundamental.

Há princípios que estão intimamente ligados ao direito à saúde como a isonomia, a proporcionalidade e a reserva do possível.

A palavra princípio possui como sinônimo a palavra fonte, origem, base. É o alicerce capaz de identificar segmentos normativos. Pode se verificar a existência de princípios expressos e implícitos.

Por óbvio, os expressos vêm descritos na norma legal, e os implícitos decorrem de interpretações doutrinárias.

---

<sup>22</sup> LAZARI, op. cit., p. 16.

Propõe o art. 5º, *caput*, da carta magna de 1988, que todos são iguais perante a lei. O referido artigo expõe em seu texto o princípio da isonomia, que possui como escopo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Como foi exposto, o direito a saúde está acoplado ao direito à vida, sendo este o bem jurídico principal e merecedor de maior atenção pelo ordenamento jurídico. Portanto, faz-se necessário que o princípio da isonomia interfira de modo que a o direito a saúde esteja sempre assegurado.

É importante salientar que o princípio da isonomia visa a proteger os litigantes em situação de igualdade, conferindo-lhes os mesmos direitos, prerrogativas e privilégios. O princípio da isonomia possui como corolário o princípio do devido processo legal, que é uma instituição jurídica, no qual para que um ato praticado por autoridade seja válido, eficaz e completo deve seguir todas as etapas previstas em lei para determinado fato concreto. Tal princípio é consagrado como o maior dos princípios garantidores que visam proteger os direitos individuais. A presunção é de que exista igualdade entre os que demonstrem estar em situação de igualdade, porque o texto da carta magna de 1988 assim impõe.

Para Hans Kelsen <sup>23</sup>a igualdade deve ser verificada de acordo com as diferenças dos indivíduos:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Outro princípio inerente ao direito a saúde diz respeito a proporcionalidade. É através deste princípio que se entende que havendo uma colisão de direitos fundamentais, é possível que haja limitação de um direito em detrimento ao outro.

---

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2006, p. 26.

O Estado possui independência e harmonia em relação ao poder judiciário. Todavia, ele não pode usar a máxima de separação dos poderes para se eximir de garantir o direito a saúde de seus administrados.

Assim, pode-se afirmar que a proporcionalidade serve como justificativa válida para que haja limitação de um direito fundamental em detrimento do outro. Vale ressaltar que a proporcionalidade deriva do princípio da vedação ao excesso, assim, está apta a coibir abusos que possam ocorrer utilizando o direito à saúde como fundamento.

O princípio da reserva do possível é responsável por regular o âmbito de extensão o qual o Estado está autorizado a aceitar, no que diz respeito a efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais<sup>24</sup>.

[...] 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3. A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.

4. Agravo regimental não provido.

Acerca da reserva do possível é importante salientar sobre a junção com o princípio da proporcionalidade. O fundamento do princípio da proporcionalidade está no postulado jurídico, o qual está entrelaçado no direito suprapositivo. Este princípio é utilizado na relação entre Estado e cidadão, assim, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade visa sanar o conflito entre o interesse público e o privado.

Insta esclarecer, que o referido princípio também é chamado de vedação ao excesso. Ademais, afirma-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado a fim de resolver conflitos entre poderes, órgãos, instituições ou qualquer outra situação que envolva interesses constitucionais distintos, os quais estejam em situações de conflito de competência entre os entes públicos.

---

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 674764-MG. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Welter Alexandre Rodrigues Vianna. Relator: Min. Cármen Lúcia. Jul. 23/04/2012. DJe. 25/04/2012. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28674764%2ENUME%2E+OU+674764%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kr6koxj>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

No que se refere ao princípio da proporcionalidade Gilmar Mendes<sup>25</sup>, direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *bundesverfassungsgericht* na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e à adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

Nesse sentido, o STF vem entendendo pela aplicação do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico, assim, a proporcionalidade deve ser vista como vedação ao excesso.<sup>26</sup>:

Ementa: o significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da “proibição do excesso”: fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do estado - caráter extraordinário do óbice à substituição - o legislador não pode vedar a conversão da pena privativa de liberdade por sanção penal alternativa, sem a imprescindível aferição, pelo magistrado, dos requisitos de índole subjetiva e dos pressupostos de caráter objetivo do sentenciado ( cp , art. 44 ), sob pena de gerar situações normativas de absoluta distorção e de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. - O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

No que se refere à colisão de direitos, esta pode se dá em sentido estrito e em sentido amplo. As colisões em sentido amplo são aquelas que gravitam em torno dos direitos fundamentais e outros princípios os quais possuem como objetivo a proteção de interesse da coletividade. Já a colisão de direito em sentido estrito gravita apenas em torno dos conflitantes entre os próprios direitos fundamentais.

Quando se está diante de uma colisão dos conflitos é necessário vislumbrar a existência de uma hierarquia entre direitos individuais. Por óbvio, os valores relativos às

<sup>25</sup> MENDES, op. cit., p. 12.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 609184-RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Claudio Roberto Vergara. Relator: Min. Dias Toffoli. Jul. 25/04/2013. DJe. 25/04/2013. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28609184%2E+OU+609184%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nbp7a93>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

peças terão preponderância sobre os valores relativos às coisas. E neste contexto se insere o direito à saúde em relação a reserva do possível<sup>27</sup>.

No que tange ao direito à saúde este veio com mais ênfase no Brasil na década de 70, oriundo de um fato histórico, que foi o movimento da reforma sanitária, a partir daí a saúde veio a ser tratada no Brasil como um serviço a ser prestado em razão da situação trabalhista que o país vivia naquela determinada época.

O direito à saúde está protegido pelos princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular.

A universalidade está ligada ao reconhecimento, pelo poder público, como um direito fundamental do ser humano sem fazer distinção. Portanto, pode-se afirmar que o direito a saúde é irrestrito e de acesso a todos os níveis sociais.

Outro princípio norteador do direito a saúde diz respeito a integralidade, este significa a garantia do fornecimento de ser serviços exigidos por todos os níveis de complexidade que acarreta o direito à saúde.

Há também o princípio da equidade, este não é somente inserido no âmbito do direito à saúde, está ligado a ideia de justa medida, bem como a justiça social, tendo em vista que busca minimizar as desigualdades sociais através de implantação de políticas públicas. A ideia é reduzir o máximo possível a deficiência do serviço público.

O princípio da descentralização impõe que um gestor responda por toda a rede assistencial em sua área de atuação, é o exemplo dos ministros e secretários estaduais e municipais de saúde. A descentralização tem como escopo possibilitar uma maior aproximação entre o administrador e o assistenciado.

---

<sup>27</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 517.

Por fim, há o princípio da participação social, este expressa uma forma de aumentar as políticas públicas relacionadas à saúde, principalmente através da criação de conselhos de saúde.

Pode-se afirmar que o direito a saúde recebeu da atual carta magna força normativa a fim de a torna independente e autossuficiente, o que quer dizer que não necessitam de outras normas para ter eficácia e força negativa, pois as normas referentes ao direito à saúde possuem aplicabilidade imediata, tendo em vista existência de elementos necessários a sua executoriedade.

Neste sentido aduz Felipe Dutra Asensi<sup>28</sup>:

O caráter pleno de eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico- institucional para a sua efetivação. Isto torna complexa a atividade de governação da saúde, na medida em que o poder público tem diante de si um direito que, além de possuir um arcabouço jurídico-institucional sólido, a inda recebe força normativa relevante pelas instituições jurídicas e pelos atores sociais.

Assente o exposto anteriormente, diante da colisão entre o direito à saúde e a reserva do possível o que prepondera é o direito a saúde. O correto é que não haja uma hierarquia entre os direitos fundamentais, pois conforme exposto no decorrer do trabalho e aqueles são independentes entre si estabelecendo uma proteção ao indivíduo.

Não se pode olvidar que esta limitação deve ocorrer somente em casos excepcionais, sob pena de desconfigurar o direito fundamental afrontando a constituição. O direito à vida está atrelado ao direito à saúde, portanto, no que concerne o direito à vida pode se afirmar que este tem preferência sobre os demais direitos, pois aquele propicia o exercício dos outros direitos fundamentais.

Neste sentido Gilmar Mendes<sup>29</sup> dispõe:

Uma das propostas de solução doutrinária recomenda a transferência de limitações impostas a determinado direito àquele insuscetível de restrição. Além de não se mostrar apta para a solução global do problema, uma vez que não cuida de eventual

---

<sup>28</sup> ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde*. São Paulo: Juruá, 2013, p. 151.

<sup>29</sup> MENDES, Op. cit. 12.

conflito entre direitos formalmente insuscetíveis de restrição, essa abordagem acaba por reduzir de forma substancial o significado das garantias jurídicas especialmente desenvolvidas para certos direitos considerados fundamentais.

Por fim, quando se tiver diante de uma colisão de princípios, não se pode escolher um em detrimento do outro. O que deve ser feito é verificar o peso que apresenta cada caso-abordado, a fim de justificar a intervenção do judiciário. Todavia, o direito à vida se sobrepor a toda e qualquer colisão<sup>30</sup>.

## CONCLUSÃO

Para a elaboração do artigo científico procurou-se reunir todo o material de pesquisa pertinente ao tema escolhido e, a partir dos instrumentos coletados, foram utilizados: textos jurídicos e decisões judiciais.

Os recursos tecnológicos de inserção de tabelas, gráficos, imagens e figuras foram dispensados, haja vista que o tema escolhido pode ser desenvolvido pelo simples método expositivo.

Ao concluir este artigo científico, diante de tudo que foi estudado, destaca-se que não há um entendimento pleno acerca de quando um direito fundamental deve preponderar sobre o outro. A jurisprudência, bem como a doutrina sustenta que quando há uma divergência entre a reserva do possível e o direito à saúde, a resposta deve ser encontrada através do princípio da razoabilidade.

A evolução dos direitos fundamentais nos mostrou que a ideia foi desenvolvida com a carta do rei “João sem terra”, e posteriormente com a revolução francesa foi se lançado a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade, dando origem a gerações de direito fundamentais. Estas gerações são várias, de acordo com determinados doutrinadores, ocorre que a doutrina tradicional entende que há três gerações, sendo as outras apenas derivações.

---

<sup>30</sup> SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 21.



Pode-se entender que os direitos fundamentais são tidos como o alicerce de todo o direito. Desta forma, não pode haver uma sobreposição de um em relação a outro, ou seja, não pode um direito fundamental ser considerado mais importante que o outro.

Em princípio, desenvolveu-se sobre a existência dos direitos fundamentais, bem como sobre a inserção no ordenamento jurídico. Ademais, foi demonstrado sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em havendo um conflito.

O que deve ser deixado em evidencia é sobre a importância do direito fundamental, e mais sobre a preponderância do direito a vida sobre os demais. O estado protege o direito a vida em detrimento de outros direitos fundamentais em razão dele ser o precípua dos direitos.

O poder judiciário não pode impor que o estado execute determinada ação com a justificativa de que está protegendo os direitos fundamentais, em razão da harmonia e independência que está ao redor dos poderes inerente a república e democracia.

O segundo tópico foi responsável por informar acerca da entrada do sistema único de saúde em nosso ordenamento jurídico. A Lei n. 8080/90, disciplinou sobre o acesso da população ao SUS, bem como foi responsável por organizar a prestação do serviço.

Não se pode olvidar que referida lei é derivada de uma norma pragmática da constituição, assim, foi oriunda do art. 199 da CRFB/88, o qual é norteado pelo princípio da universalidade, este disciplina que o acesso a saúde deve ser irrestrito a todos.

O atuar do poder público, daquele que foi eleito por mandato eletivo, não é livre por si só, pois ao comprometer a plena eficácia dos direitos sociais justifica a possibilidade de intervenção pelo do poder judiciário.

Finalmente, no terceiro tópico, demonstrou-se que nossas pesquisas nos conduziram ao entendimento de que a reserva do possível está relacionada com os custos do direito, ou seja, consiste em uma limitação argumentativa acerca da implementação de direitos fundamentais, em razão de ausência de fundos orçamentários.

É importante destacar que a reserva do possível somente pode ser alegada pelo poder público, em razão da harmonia e independência existente entre os poderes inerentes a democracia. Assim, é firme o entendimento de que a reserva do possível somente pode ser usado como tese de defesa pela administração pública.

Por fim, restou por explanado que à colisão de direitos pode se dá em sentido amplo ou em sentido estrito.

## REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde*. São Paulo: Juruá, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei n. 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Planalto (online). Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101. Recorrente: Presidente da República. Recorrida: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Cármen Lúcia. Jul. 24/06/2009. DJe. 04/06/2012. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%29%28101%2E%2E+OU+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mnzt7e7> Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n° 674764-MG. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Welter Alexandre Rodrigues Vianna. Relator: Min. Cármen Lúcia. Jul. 23/04/2012. DJe. 25/04/2012. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28674764%2E%2E+OU+674764%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kr6koj>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 581352-AM. Recorrente: Estado do Amazonas. Recorrida: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Jul. 29/10/2013. DJe. 22/11/2013. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581352%2E%2E+OU+581352%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kr6koj>

E%2E+OU+581352%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pz5cd de. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 609184-RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Claudio Roberto Vergara. Relator: Min. Dias Toffoli. Jul. 25/04/2013. DJe. 25/04/2013. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28609184%2ENUM E%2E+OU+609184%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nbp7a93>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0110587.582009.8.190038. Apelante: Município de Mesquita. Apelado: Leda Coutinho Grao. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Jul. 18/02/2014. Disponível: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201322701011>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0014893.372009.8.190014. Apelante: Município de Campos dos Goytacazes. Apelado: Maria Izabel Reis. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Jul. 18/02/2014. Disponível: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201322701011>. Acesso em: 05 de jun. de 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

MELO, Celso de. ADPF-45-9-Distrito Federal. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf). Acesso em: 05 jun. 2014.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.