

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira o rol de direitos e garantias fundamentais, notadamente no plano dos direitos de segunda dimensão, direitos sociais que implicam na necessidade de prestações positivas por parte do Estado. Nesse sentido, a judicialização da questão é necessária e, assim, no Poder Judiciário a pessoa finalmente consegue atingir seu objetivo e resguardar um de seus direitos fundamentais, graças aos rumos hermenêuticos tomados no âmbito judicial. Nota-se, assim, o papel garantidor do Poder Judiciário, com destaque para a ideia de mínimo existencial, consistente num complexo de direitos que garantam um padrão mínimo para qualquer ser humano, aliado à retórica constitucional que preconiza a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Hermenêutica. Saúde.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 greatly expanded the list of fundamental rights and guarantees, notably in terms of the second dimension rights, social rights that imply the need for positive benefits from the state. The right to health is enshrined in the Constitution in order to be guaranteed universal and equitable manner. However, it is known that public health in Brazil needs serious improvement, and unsatisfactory to date. Thus, we note the guarantor role of the judiciary, especially the idea of existential minimum, consistent in a plexus of rights guaranteeing a minimum standard for any human being, together with the constitutional rhetoric that advocates the dignity of the human person as a vector for interpretive implementation of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Health. Hermeneutics. Social rights.

* Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5179320615582413>.

** Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9806470523322474>.

Introdução

Dentro do panorama de ampliação dos direitos de segunda dimensão com o advento da Constituição Federal de 1988, as prestações positivas do Estado ao cidadão vêm ganhando paulatinamente maior destaque nos tribunais do Brasil. Com as deficiências notórias do Sistema Único de Saúde, por vezes o indivíduo precisa recorrer ao Poder Judiciário para não ter sua vida ceifada pela dificuldade de acesso ao Judiciário.

Também é cediço que existe uma divisão organizacional da saúde pública no Brasil, com a repartição das atividades a serem executadas e das obrigações a serem assumidas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para que não seja instalado um absoluto caos administrativo no qual todos os entes federados possam exercer absoluta e totalmente qualquer função referente à saúde.

Dessa forma, o cidadão que ordinariamente procura o acesso ao Sistema Único de Saúde por vezes é informado pelo ente federado que o serviço ou medicamento só poderá ser fornecido por outro ente, havendo o devido encaminhamento e a prestação de informações para que seja requerido o que de direito perante aquele que tem as competentes atribuições dentro desta divisão para atendimento do solicitado.

Contudo, por vezes o cidadão se cansa de esperar ou simplesmente não pode fazê-lo, por correr atual ou iminente risco de vida caso não seja feito determinado procedimento ou utilizada certa medicação. Diante disso, a sua pretensão é levada ao Judiciário que tem exercido uma posição bastante concretizadora do direito fundamental à saúde.

Apesar desse viés positivo, há o outro lado, no qual não raramente um ente federado é compelido a assumir séria e dificultosa obrigação, destacadamente pelo valor, que competiria a outro ente, surgindo um desequilíbrio entre as obrigações existentes na divisão de competências administrativas de

saúde. Porém, apesar desse aspecto financeiro, o mínimo existencial deve ser visto como pressuposto lógico de existência do próprio Estado, não podendo a saúde e por vezes a própria vida humana ficar adstrita a limitações orçamentárias.

É nesse contexto que se objetiva aqui a discussão acerca dos aspectos principiológico que devem nortear a hermenêutica que envolve o direito à saúde no âmbito constitucional brasileiro, bem como suas consequências para o cidadão como para o ente que tem que arcar com obrigações constitucionais.

1. O PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARÂMETRO INTERPRETATIVO

Inicialmente, insta salientar que na compreensão da real dimensão dos princípios, sua aplicação e relação com as regras, destacam-se basicamente dois autores com linhas de pensamento complementares que são Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Para Ronald Dworkin, o fator de diferenciação entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica, havendo distinção quanto à orientação que oferecem. As regras então seriam aplicáveis à maneira tudo-ou-nada, no que diante de uma situação ou a regra é válida ao caso e se aplica ou é inválida e deve ser deixada de lado. Já no caso dos princípios, existiria diversamente uma dimensão diferente de importância, de forma que havendo colisão entre princípios, o que tivesse maior peso se sobreporia ao outro, sem haver perda de validade.¹

Já para Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por sua satisfação em graus diferenciados e pelo fato de que a medida adequada de sua realização não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As regras, a seu turno, seriam sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se válida a

¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-42.

regra, deveria ser feito exatamente o que ela preconiza. Assim, haveria uma distinção qualitativa entre regras e princípios e não de graus².

Feitas essas breves considerações acerca da dimensão dos princípios e das regras para melhor compreensão da matéria, já adentrando na temática estritamente considerada, a Constituição Federal de 1988 sabidamente ampliou o rol de direitos de segunda dimensão, passando-se a existir um vasto arcabouço constitucionalmente positivado de prestações positivas exigíveis do Estado, para deste modo evidenciar a sua garantia e efetividade. O direito à saúde é um destes direitos de segunda dimensão, pela expressa dicção do artigo 196 da atual Constituição Brasileira, a qual aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Essa simples afirmação é suficiente para encarar o direito à saúde no Brasil com um caráter de necessária concretização tamanho que legitima o cidadão a pleitear diretamente tal direito fundamental com base imediatamente neste dispositivo, sem carecer de qualquer outro.

É nesse contexto que será analisado o fundamento principiológico do direito à saúde na Constituição Federal Brasileira e sua natureza que vai muito além de norma meramente programática e é verdadeiro mandamento de otimização.

Os princípios têm em si forte carga de abstração, caracterizando-se por poderem ser satisfeitos em diversos graus e pela circunstância de que a medida devida de sua satisfação não é adstrita somente às possibilidades fáticas, mas também às possibilidades jurídicas. Dentro desse contexto, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. O que a racionalidade de um mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, algo que sirva para guiar a argumentação em um determinado

sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Logo, nem sempre haverá um caminho hermenêutico principiológico único para se atingir um a concretização de um direito fundamental.³

Nesse contexto, o mencionado artigo 196 da Constituição Federal também traz em seu texto que o princípio norteador do direito à saúde é baseado num binômio que envolve universalidade e igualdade. A universalidade traz em si a ideia de garantir em todos os rincões do Brasil a saúde aos brasileiros. Obviamente, as peculiaridades locais e a vastidão do território brasileiro implicam numa natural discrepância entre o acesso à saúde nas mais diversas regiões brasileiras. Isso se dá notadamente por não haver uma precisa igualdade na captação de recursos pelos entes públicos, bem como pela forma de gestão de saúde por estes. Contudo, o que o texto constitucional preconiza é que a saúde deva ser garantida de forma mais ampla possível a todos os brasileiros. Assim, conforme Dilmanoel de Araújo Soares⁴:

O sentido da expressão “acesso universal” (art. 196, *caput*) deve ser entendido de forma proporcional e solidária, no sentido de que todas as pessoas possam acessar o sistema público de saúde, embora se afigure razoável que tais serviços se destinem especialmente às pessoas carentes de recursos, e que por isso mesmo não podem pagar um plano de saúde privado.

Por sua vez, a igualdade remete à ideia de isonomia, de igualdade material, àquela que observa as peculiaridades de cada indivíduo para promover um nivelamento racional baseado em circunstâncias fáticas e não somente num caráter formal e essencialmente normativo, que por vezes ignora a realidade por trás de cada destinatário do direito. Dessa forma, o acesso igualitário é aquele ligado ao fornecimento de medicamentos e prestação de

² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 24.

³ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pp. 155-157.

⁴ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 204.

serviços de saúde que atendam aos indivíduos diante de suas necessidades concretas, para lhes garantir a plenitude do direito de saúde. Nesse sentido, importante destacar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, no que diz respeito ao “fator *discrímen*” e sua análise com os interesses protegidos na Constituição com vistas à isonomia:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a. que a *desequiparação* não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b. que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c. que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d. que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Assim, da leitura dos mencionados requisitos, vê-se a importância do atendimento às demandas que envolvam fornecimento de medicamentos e prestação de serviços de saúde, devendo-se observar as necessidades específicas de cada indivíduo, por mais custosa que possa ser ao erário.

Por tais razões, no caso do direito de saúde, os mandamentos de otimização acabam por conformar o legislador infraconstitucional, o administrador público e os próprios órgãos judicantes à necessidade principiológica acima

exposta. Uma regra feita em desconformidade com o princípio constitucional aqui estudado já nasce eivada de inconstitucionalidade. Não somente isso, mas a interpretação de qualquer regra que ignore ou confronte o mencionado princípio também tem o mesmo destino. É justamente o que se nota da regulação infraconstitucional da saúde pública, a qual cria um modelo de repartições administrativas, no qual certo ente fica adstrito a determinadas obrigações, fechando suas portas para os cidadãos para diversas demandas.

A dignidade da pessoa humana, conquanto difícil sua conceituação, sempre deve ser vetor hermenêutico para qualquer situação jurídica que envolva direitos e garantias fundamentais no Brasil. Essa necessidade se justifica diante da predominância deste princípio no sistema normativo brasileiro, notadamente pela alta carga axiológica que possui e por sua posição constitucional, especialmente diante do próprio significado que a Constituição atual tem em termos de contribuição nos avanços de direitos fundamentais em nossa história recente. Convergingo para tal pensamento, Bruno Cunha Wayne⁶ aduz que:

Diante dessas considerações, percebe-se nitidamente que o princípio da dignidade possui uma *prioridade hierárquica* em relação às demais normas jurídicas, ocupando a posição mais significativa dentro da ordem jurídica nacional e internacional. Esse princípio parece, aliás, ter uma força retórica mais persuasiva, notadamente na justificação de medidas de proteção da pessoa humana, do que alguns modelos jurídicos tradicionais, que se tornaram suspeitos pela extrema vaguidade, tais como: os “princípios gerais de direito”, os “bons costume”, o “bem comum”, a “ordem pública” e a “moralidade pública”.

No caminho em busca da precisa posição da dignidade humana em nosso sistema

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 41.

⁶ WAYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 94-95.

normativo, notadamente para fins de funcionamento como parâmetro interpretativo, Rizzatto Nunes⁷ preconiza o seguinte:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da garantia dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Por sua vez, o conteúdo do mencionado princípio é apontado por Eduardo Carlos Bianca Bittar⁸ da maneira que se segue:

Sob a sua significância escondem todos os direitos humanos, desta forma alcançando-se: relações de consumo, prestações de serviços essenciais pelo Estado; cumprimento de políticas públicas; atendimento de necessidades sociais; construção da justiça social; política legislativa; moralidade administrativa; políticas econômicas e de distribuição de recursos; políticas previdenciárias; políticas de incentivo à criação e a reprodução da cultura; políticas educacionais; políticas urbanas e rurais; políticas penitenciárias etc.

Dessa forma, vê-se que a dignidade da pessoa humana abarca também políticas públicas, notadamente a saúde pública, objeto do presente trabalho, de maneira que quando da concretização e efetivação do acesso igualitário e universal à saúde, ela deverá servir de norte hermenêutico, jamais podendo dela descuidar o intérprete, sob risco de colapsar o próprio sistema normativo jurídico brasileiro, fundado em grande parte nessa premissa de suma importância que é a dignidade da pessoa humana.

2. A SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS E SEU CONFRONTO COM O ATUAL MODELO DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Destaque-se que a norma inserta no artigo 196 da Constituição da República não se trata de regra meramente programática, dispensando, assim, a edição de leis de caráter infraconstitucional para sua exequibilidade. O conteúdo ali presente é plenamente realizável da forma como está descrito.

Com efeito, a saúde é direito de todos e dever do Estado sendo certo que a responsabilidade pela prestação dos serviços é de todos os entes federados, que devem atuar conjuntamente em regime de colaboração e cooperação. A saúde compete solidariamente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo o cidadão acionar qualquer desses entes federativos, conjunta, ou isoladamente, para fins de obtenção do tratamento do qual necessita. Não se discute a possibilidade da Administração Pública de realizar projetos e traçar diretrizes para o melhor funcionamento e ampliação do acesso à saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Por óbvio isso não deve funcionar como elemento limitador tal que sirva de óbice ao mandamento constitucional.

Uma vez que, no que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade de um ente federado é comum com a dos demais, vez que a competência de cada ente federado não está explicitada na Constituição Federal de 1988, nem na Lei nº 8.080/1990 - Lei Orgânica da Saúde. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada por inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, que não podem sobrepor às normas constitucionais e infraconstitucionais que preveem a competência comum dos entes federados.

⁷ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Mestrado em Direito FIEO**, n. 1. Ano 3, 2003, p. 86

Assim, tratando-se de responsabilidade comum, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier.

Ademais, o Sistema Único de Saúde é uma instituição descentralizada, não se podendo estabelecer, para sua atuação, núcleos com competências diferenciadas nos diversos entes federativos, sob pena de obstar a concretização do direito à saúde, mormente nos casos de urgência, nos termos dos artigos 23 e 198 da CF/88. A Constituição Federal vigente consagra um modelo de federalismo cooperativo, visando ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar coletivo (artigo 23, parágrafo único). Assim, compete a todos os entes da federação, em comunhão colaborativa, cuidar de questões de grande relevância para a coletividade, tal como a saúde (artigo 23, II).

Importante salientar, no momento a ideia que pode surgir de ativismo judicial. Trata-se aqui do problema da criação do direito por quem decide o caso concreto, havendo o velho debate até hoje girando em torno dos limites desta prática. Isso porque, sobretudo, mas não apenas, atinente aos tribunais superiores, e num sentido bem categórico, são os magistrados que decidem, em caráter final, o que a lei (em sentido amplo) significa⁹. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, como intérprete da constituição, entende que se mostra irrelevante a análise da questão relativa à repartição de competências em matéria de saúde, estabelecida em diplomas infraconstitucionais, ainda mais na hipótese em que suscitada para fins de afastar a responsabilidade do ente federado contra o qual se litiga, considerando-se a solidariedade do sistema insculpido no já referido artigo 196, da Constituição Federal, de acordo com o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL.

⁹ Cf. ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 586.995**. Rel. Min. Carmen Lúcia.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DOS ENTES FEDERADOS. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INVIABILIDADE DESTE RECURSO PELA ALÍNEA C DO INC. III DO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.¹⁰

O Sistema Único de Saúde - SUS está alicerçado no princípio da cogestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis. Nesse contexto, os serviços públicos de saúde devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, cabendo a cada ente, no seu âmbito de atuação, garantir a todos o direito à saúde.

Sendo assim, em princípio, dada a responsabilidade comum dos entes federados, não pode o um deles se furtar de sua obrigação constitucional de resguardar o direito à saúde, mesmo nos casos de fornecimento de medicamento de caráter excepcional à população. Todavia, impossível impor ao administrado como argumento pelo não fornecimento do medicamento a repartição interna de competência e atribuições, podendo qualquer dos gestores da saúde pública brasileira ser demandando nesse sentido.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO SUPOSTO ARGUMENTO

Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal 02 mar. 2011. Publicação em: 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314094/recurso-extraordinario-re-586995-mg-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

LIMITADOR DE DIREITOS SOCIAIS

No momento em que ocorre a judicialização de qualquer questão de saúde que imponha obrigações ao Poder Público que envolva prestações positivas, logo surge a alegação de que isso esbarra no princípio da reserva do possível, por vezes utilizado como argumento (ou simples subterfúgio) para o não cumprimento de deveres inerentes à atuação da gestão pública de saúde. Nesse sentido, Felipe de Melo Fonte¹¹ preconiza que:

A reserva do possível surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais, exigindo que as pretensões formuladas em face do Estado sejam analisadas com a devida razoabilidade. Em outras palavras, os direitos não seriam a priori exigíveis, mas somente se a conduta do Estado fosse reprovada nesse “teste de razoabilidade”.

Doutro lado, não se pode deixar de ter em mente que antes mesmo de se falar em princípio da reserva do possível, o Estado é fundado e existe em razão da união de pessoas nesse sentido. O elemento humano do Estado é razão anterior à própria existência deste, conquanto isso cada vez mais pareça ser deixado de lado, como se o Estado, por si só, devesse ter primazia até mesmo sobre a vida humana. Contudo, como se verá, há razões das mais diversas sortes para se entender que o ser humano é pressuposto lógico de existência de qualquer ente estatal e a reserva do possível não é argumento para obstaculizar o denominado mínimo existencial.

Por vezes, surge a objeção do Poder Público dizendo que a pretensão de fornecimento de determinado medicamento ou prestação de determinado serviço esbarra no reconhecimento da efetiva disponibilidade pelo Estado de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde, em detrimento

dos demais direitos sociais prestacionais - tais como a educação, a moradia, a assistência social - o que se apresenta como limite fático relevante submetido ao que se denominou reserva do possível.

Além disso, por se tratar de recursos públicos, estariam eles submetidos a uma "reserva parlamentar em matéria orçamentária", donde se extrai que a competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho¹² aduz quatro significados para a reserva do possível, a saber:

1. "Reserva do possível" significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a "tendência para zero" da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedora de direitos sociais.

Contudo, sob esse prisma, caberá ao Poder Público compatibilizar a necessidade da população com os recursos de que dispõe, segundo uma ordem de prioridade determinada pelos governantes eleitos, o que não significa omissão de prestação de assistência à saúde.

Não se vislumbra com a devida seriedade que na força patrimonial do Estado a ideia de que ninguém é obrigado a fazer coisas impossíveis, fazendo-se crer uma suposta limitação econômica de tal monta que

¹¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamental do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2008, p. 107.

inviabilize a concretização do direito social de saúde, inclusive pelo fato de se notar a toda evidência vultuosos gastos com setores governamentais que estão longe de qualquer ideia que se tenha de dignidade da pessoa humana, como por exemplo as propagandas institucionais. Dessa forma, verifica-se a impertinência no cabimento do princípio da reserva do possível para a realidade brasileira. O que ocorre é efetivamente uma inversão de prioridades no aporte de recursos. Aliás, insta ressaltar que a propaganda governamental, ao contrário da publicidade que tem caráter informativo e pedagógico, e é exigência constitucional, sequer constitui interesse público primário (talvez nem mesmo secundário), não se verificando, em confronto com problemas de saúde qualquer relação de prioridade.¹³

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A ideia por trás de um mínimo existencial foi inicialmente construída pela doutrina alemã, nos idos do século XX, na busca pela superação de inexistência de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949. Em sentido convergente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha atingiu interpretação que levou a entender que existe um direito a um mínimo de existência digna do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do direito à vida e à integridade física. Dessa forma, a referida Corte Alemã verificou existir um núcleo de direitos mínimos essenciais que o Estado é obrigado a prestar aos cidadãos, notadamente aos carentes, a fim de proporcionar uma existência digna.¹⁴

No que atine ao direito à saúde e um mínimo existencial, no Brasil as carências

sociais e econômicas de grande parcela da população e as desigualdades sociais atingem níveis praticamente surreais, fazendo-se necessário um grande esforço para a superação da iniquidade. Assim, nota-se que a ideia de um mínimo existencial deve possuir maior amplitude nos países mais periféricos ao desenvolvimento econômico, pois quando mais desigual a sociedade economicamente, maior necessidade de assegurar direitos fundamentais sociais aos que não conseguem tê-los.

O mínimo existencial refere-se, basicamente, a bens sociais, aos quais Luigi Ferrajoli¹⁵ dá os seguintes delineamentos:

Denominei “bens sociais” aquele bens – como a água potável, os medicamentos essenciais e os produtos necessários para a alimentação básica – que são objeto dos direitos sociais, isto é, daqueles direitos fundamentais que consistem em prestações, como a alimentação básica e a assistência sanitária. Estes bens coincidem, em grande parte, com os bens fundamentais que não são tais por natureza, como o são os bens personalíssimos e os comuns, mas são duplamente artificiais: em primeiro lugar, no sentido e que são produzidos ou distribuídos pelo homem, e no sentido de que são convencionados como tais, isto é, como bens vitais que devem ser juridicamente acessíveis a todos, mesmo porque, por causa do estado de indigência, não são de fato naturalmente acessíveis a todos. Sob este último aspecto tais bens são “fundamentais”, por assim dizer, em sentido não objetivo, mas subjetivo: para quem não está em condições de adquiri-los como bens patrimoniais. O são, salientando, na medida em que são objeto dos direitos sociais à sobrevivência estipulados nas cartas constitucionais e internacionais.

¹³ Cf. SANTOS, Alexandre Mendonça. **A efetividade dos direitos sociais e sua proteção pelo Ministério Público**. São Paulo: Baraúna, 2014, pp. 77-78.

¹⁴ Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional

"comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri, 2002, p. 60-61.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2011. p. 74-75.

Um passo adiante, buscando a compreensão acerca de quem seriam os titulares desses direitos a bens jurídicos sociais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁶ prelecionam que:

A área de regulamentação (objeto) dos referidos direitos sociais diz respeito a *todos* os seres humanos. A lista inclui necessidades vitais, como as necessidades vitais, como a alimentação e a saúde, e outras de menor premência, mas também importantíssimas, como o lazer ou a previdência social. Ora, a titularidade do direito social não é reconhecida a todos, mas tão somente às pessoas que necessitam prestação estatal para satisfazer sua necessidade. Aquele que pode se alimentar utilizando recursos próprios ou de sua família não pode reivindicar do Estado prestações materiais ou em dinheiro para tanto. Ele possui, obviamente, a necessidade de se alimentar, mas não o direito social à alimentação.

Em sentido convergente, a dignidade do ser humano situa-se como núcleo central e nascedouro dos direitos fundamentais, integrando a tutela da liberdade, da igualdade, bem como da promoção da justiça e acesso a esta, sendo necessária para a exigibilidade e concretização de direitos. Além disso, como visto, abrange um círculo de direitos denominado mínimo existencial, que é composto por um mínimo de recursos financeiros e prestações positivas inerentes à manutenção das necessidades básicas do próprio indivíduo.¹⁷

Dessa forma, surge importante consequência, pois deve o Judiciário promover determinações no sentido de fornecer prestações de saúde que compõe o mínimo existencial do ser humano. Na situação do

mínimo existencial, a eficácia positiva deflagrada da pretensão acima mencionada decorre diretamente do texto constitucional e independe de intervenção legislativa infraconstitucional. Competente portanto ao Judiciário ordenar o fornecimento do mínimo existencial sem qualquer dependência de outra coisa, decorrendo isso notadamente das normas constitucionais sobre dignidade da pessoa humana e sobre saúde.¹⁸

CONCLUSÃO

A compreensão dos princípios para qualquer questão jurídica é imprescindível, sem os quais não é possível a adequada compreensão das regras, até mesmo de sua validade, em razão da necessidade de conformação com os princípios, destacadamente para aqueles de índole constitucional.

Com relação ao direito social fundamental à saúde não é diferente, estando este baseado no princípio do acesso universal e igualitário. Em complemento, a dignidade da pessoa humana se mostra como importante vetor interpretativo, sem o que pode haver subversão do alcance e da dimensão do direito social à saúde.

Nota-se que o acesso ao direito de saúde por meio da judicialização passa por tortuosos caminhos, notadamente quando envolvem a autoexclusão dos entes federados de suas próprias responsabilidades, numa completa subversão do texto constitucional que é autoexecutável e independe de regras pormenorizadas, em que pese estas serem sempre bem vindas, quando regulamentam adequadamente o preceito constitucional, devendo ser rechaçadas quando da fixação de critério e parâmetros que inovam na ordem

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

¹⁷ Cf. RODRIGUES, Isadora Muller Gradim Moron Rodrigues. Reconstrução dos direitos humanos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. (Org.); HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos**

Direitos Humanos e Fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011, p. 126.

¹⁸ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 320-321.

jurídica em desconformidade com a Constituição Federal.

Nesse panorama, surge o conflito entre a denominada reserva do possível e o que se passou a chamar de mínimo existencial. Aquela como argumento utilizado pelo Poder Público para, não raras vezes, para se esquivar das obrigações constitucionais, levantando-se supostos fundamentos de caráter orçamentários, financeiro e correlatos. Contudo, doutro lado surge a ideia de mínimo existencial, que em rápida análise, é o bastante para fulminar os subterfúgios utilizados pelo Poder Público, uma vez que mais consentânea com a atual hermenêutica constitucional e que,

acima de tudo, visa a concretização de direitos fundamentais.

É necessário que o Poder Público se adeque às necessidades sociais e não que haja uma inversão de ordem das coisas e da lógica da vida, impondo ao administrado, sempre parte mais fraca, mas causa inicial de existência do próprio Estado, que se amolde a este sem maiores justificativas sérias. No atual estágio evolutivo do estudo dos direitos fundamentais, não se pode olvidar desta necessidade, sob pena de colocar por vezes em risco a existência do ser humano, como se este fora feito para servir ao Estado e não ao contrário.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. (Org.); HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais**: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Mestrado em Direito FIEO**, n. 1. Ano 3, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 586.995**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal 02 mar. 2011. Publicação em: 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314094/recurso-extraordinario-re-586995-mg-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamental do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Alexandre Mendonça. **A efetividade dos direitos sociais e sua proteção pelo Ministério Público**. São Paulo: Baraúna, 2014.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WAYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.