



O DIREITO SOCIAL À SAÚDE, AS TEORIAS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO.

Paulo Antônio Nunes Nogueira¹

Resumo: O presente artigo analisa a situação do direito social à saúde no Brasil. Aborda as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Explana sobre conceitos e conflitos entre as referidas teorias. Apresenta argumentos da Administração Pública e das partes envolvidas. Abrange direitos fundamentais, conceito e dimensões. Princípio da dignidade da pessoa humana. Fundamentalidade formal e material. Ineficácia das políticas públicas. Omissão legislativa e inércia executiva. Objetiva identificar as deficiências na prestação do serviço de saúde que originam aumento de demandas judiciais. Conclui-se que a demanda judicial em relação à saúde teve um crescimento significativo e que os recursos públicos não comportam atender a totalidade das tutelas tendo o Poder Judiciário que analisar detalhadamente cada pleito judicial. Necessidade de revisão e reformulação do Sistema Único de Saúde. Criação de Varas Especializadas com apoio técnico aos magistrados. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo, realizada a partir de livros, sites de internet e documentos, com o intuito de auxiliar e incitar o pensamento na solução dessa discussão entre a Administração Pública e seus governados.

Palavras – chave: direito à saúde; direitos fundamentais; reserva do possível; mínimo existencial; Poder Judiciário.

ABSTRACT: This article analyzes the situation of the social right to health in Brazil. It addresses theories of the existential minimum and the reserve of the possible. Explain about concepts and conflicts between these theories. It presents arguments from the Public Administration and the parties involved. It covers fundamental rights, concept and dimensions. Principle of the dignity of the human person. Formal and material fundamentality. Ineffectiveness of public policies. Legislative omission and executive inertia. It aims to identify deficiencies in the provision of health services that lead to an increase in lawsuits. It is concluded that the judicial demand in relation to the health had a significant growth and that the public resources do not entail to attend the totality of the tutelas having the Judiciary Power that analyze in detail each judicial litigation. Need to review and reformulate the Unified Health System. Creation of Specialized Sticks with technical support to the judges. It is a bibliographical research using the deductive method, made from books, internet sites and documents, with the purpose of helping and inciting the thinking in the solution of this discussion between the Public Administration and its governed.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; Pós-graduado em Direito Trabalhista e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestrando em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: pnunesnogueira@yahoo.com.br



Key - words: right to health; fundamental rights; reservation of the possible; minimum existential; Judicial power.

1 Introdução:

A interferência do Poder Judiciário na seara do Poder Executivo, no condizente à área de saúde, devido ao aumento da demanda processual, reflete a problemática encontrada na efetivação do direito à saúde, direito este com previsão constitucional, perante a ineficácia dos órgãos legiferantes no condizente a implementação de políticas sociais de saúde e alocação de recursos para melhorias no atendimento, sendo este o tema a ser tratado no transcorrer do presente estudo. Certamente que não há a pretensão de esgotar o assunto, e sim de adentrar de forma panorâmica o assunto, que possui densidade sócio-legislativa significativa.

O direito à saúde está intimamente unido ao princípio da dignidade humana, ocorre que este direito não está sendo devidamente observado pela Administração Pública, obrigando os indivíduos a recorrerem ao Poder Judiciário, para obterem este direito concretizado, conforme prescreve o art. 196, da CF/88. Os assuntos que norteiam os objetivos do presente estudo podem ser sintetizados: Sistema Único de Saúde, Direitos Fundamentais, Princípio da Dignidade Humana, Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Judicialização do Direito à Saúde.

O problema surge quando os magistrados ao proferirem sentenças ou determinações judiciais, tutelando o direito à saúde, interfere mesmo que indiretamente de forma impactante em outras áreas da Administração Pública, considerando que o magistrado atua em um microssistema de justiça, enquanto que a realidade coletiva atinge parâmetros amplos e complexos, que o judiciário desconhece, sendo que a decisão certamente acarretará consequências em outras áreas como realocação de recursos de um setor para outro.

No presente trabalho serão abordadas as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana e a postura do poder judiciário no condizente ao direito à saúde, o que fazer em caso de conflito destas, sendo que ao final alternativas serão apresentadas com o objetivo de amenizar esse caos que encontra-se a saúde pública no Brasil.



Trata-se de uma pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo sem a pretensão de exaurir o referido tópico, entretanto com o intuito de auxiliar e incitar o pensamento na solução desse imbróglio que apresenta crescente evolução impactando a economia e o bem estar da população menos assistida, sobrecarregando o poder judiciário com a crescente demanda que abarrota os cartórios judiciais.

2 Evolução da saúde no Brasil

A saúde no Brasil Colonial não era tratada, ou sequer considerada, beneficiavam-se de tratamentos médicos apenas as pessoas com poder econômico significativo, enquanto que a população pobre em sua totalidade permanecia à mercê das doenças que surgiam. Não havia por parte do Estado, qualquer política social que visasse combate às doenças, preventivamente, tanto pelo Estado como pelos médicos o objetivo único era somente o de evitar a morte.

Com a chegada da família real ao Brasil, em 1808, criaram-se as primeiras faculdades de medicina, beneficiando as cidades de Salvador, na Bahia e no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro que se tornaram centros de ações sanitárias, apesar de tais acontecimentos a saúde no Brasil não obteve avanços significativos, permanecendo a população “abandonada” a própria sorte (CONASS, 2011, p.16). Nesse período, o interesse primordial limitava-se ao controle sanitário mínimo na capital do Império, assim permanecendo por quase um século, essa fase na história do Brasil encerrou-se sem que os graves problemas de saúde existentes na população fossem solucionados, ou sequer tentar fazê-lo (BERTOLLI, 1996, p.33).

Com a proclamação da República, surge a necessidade de modernizar a economia e a sociedade, outrora escravagista, porém, não havia políticas de saúde e o País permanecia à mercê das epidemias, não oportunizando aos trabalhadores a devida assistência médica necessária, levando-os a buscarem assistência à saúde em hospitais filantrópicos. Ocorre que esse método era excludente, pois havia trabalhadores, amparados pela assistência médica enquanto seus familiares não eram, pois não possuíam carteira de trabalho, não contribuindo para a previdência e dessa forma permanecendo sem obterem a assistência médica, sendo rotulados de indigentes pelos hospitais filantrópicos e sendo atendidos por estes.



Esse modelo médico assistencial privatista caracterizou-se pela centralização do atendimento médico, pela prática curativa individual em detrimento das ações coletivas preventivas, deslocamento da prestação dos serviços médicos a entes privados lucrativos e não lucrativos. Houve críticas ao modo centralizador e a prática curativa individual pelas instituições de saúde que realizavam atendimentos filantrópicos, pelas instituições acadêmicas e pelas secretarias de saúde, que propunham a desmedicalização da sociedade, com programas alternativos de autocuidado da saúde, com ênfase na atenção primária e valorização da medicina tradicional. Então, surgiram os primeiros projetos-pilotos de medicina comunitária realizados por instituições acadêmicas e secretarias de saúde e as experiências em municipalização do serviço de saúde, objetivando a ideologia de reforma sanitária brasileira. O movimento sanitário apresentou ao Governo propostas transformadoras no sentido de abranger e melhorar o atendimento à saúde da população não assistida (CONASS, 2011, p.30-34).

Em 1982, foi criado o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), porém o fato sanitário vital para o atual sistema assistencial médico/ambulatorial, deu-se em 1986, na VIII Conferência Nacional de Saúde onde foram lançadas as bases doutrinárias de um novo sistema público de saúde, com os seguintes temas oficiais: saúde como dever do Estado e direito dos indivíduos; reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento setorial. Diante de pressões das instituições acadêmicas e do movimento sanitarista, foi adotado conjuntamente com a Constituição da República de 1988, o Sistema Único de Saúde (CONASS, 2011, p.24-25).

Com previsão constitucional, Título VIII, da Ordem Social, Capítulo II, da Seguridade Social, Seção II, da Saúde, artigos 196 a 200, encontra-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que possui caráter inclusivo abrangendo a sociedade como um todo para usufruir em caso de necessidade do atendimento médico/ambulatorial, de forma gratuita, sem qualquer discriminação, para que isso ocorra o Estado deve planejar e executar políticas de saúde, visando o bem comum (CONASS, 2011, p.26-30).

O Estado distribui para seus entes federativos, responsabilidades conforme sua autonomia descentralizando para os mesmos, atribuições e permitindo para melhoria de atendimento, que terceiros ou pessoas de direito privado, mediante



controle e supervisão da Administração Pública, forneçam serviços de saúde para a população. Cada ente federativo fará sua contribuição, de forma escalonada e descentralizada, realizando investimento em políticas de saúde conforme as peculiaridades do local, possibilitando a participação popular, através do Orçamento Participativo. Os recursos são repassados da União para os estados e municípios, sendo ainda que os estados repassem mais recursos aos municípios de seu território, conforme a tributação arrecadada, tendo ainda os municípios que alocarem recursos próprios para suas políticas de atenção à saúde.

A participação da iniciativa privada, no setor de saúde, ocorre de forma complementar, visando rapidez e qualidade no atendimento dos usuários, entretanto a prioridade é das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos. Com a instituição do SUS, produziram-se resultados imediatos como o fim da marginalização social que atingia grande parcela da população no âmbito do serviço de saúde. A integração realizada pelo SUS extinguiu a forma centralizadora do serviço de saúde brasileiro, discriminatória que estipulava o vínculo dos direitos sociais com a inserção no mercado de trabalho.

O SUS é constituído pelo conjunto de ações e de serviços de saúde sob gestão pública, organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas com atuação em todo o território nacional, sob direção única em cada ente federativo, como prescreve a Constituição Brasileira e a Lei nº 8.080/90. Essa descentralização (MEIRELLES, 2008, p.752-754) em cada esfera governamental atua de forma preventiva e paliativa nos níveis de saúde, visando de forma integral abranger toda a população, quer seja brasileiro ou estrangeiro, o direito à assistência nosológica é única e os recursos oriundos dos entes federativos devem ser investidos na saúde da população, com a participação da mesma (WEBER, 2010, p. 47).

A saúde é direito de todos e um dever do Estado, entretanto para que tal objetivo se perfectibilize é necessário que parâmetros sejam adotados, sendo o mínimo existencial um dos requisitos a serem observados e o próximo ponto a ser abordado.

3 Mínimo existencial



A teoria do mínimo existencial define-se como conjunto de prestações materiais imprescindíveis para a garantia de uma vida digna e saudável, acrescentado de segurança social para a plena realização de tal objetivo. O mínimo existencial está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se ater para que não ocorra confusão entre mínimo existencial com mínimo de sobrevivência, pois este último diz respeito à garantia do direito à vida. Considerado essencial para a constituição e manutenção de um Estado Social de Direito o mínimo existencial, vislumbra ampla fruição de garantia efetiva socioeconômica não se restringindo somente a parte física, considerando-se o padrão socioeconômico de cada Estado.

O objetivo dessa teoria é possibilitar aos indivíduos a garantia de seus direitos subjetivos perante o poder estatal, nos casos de inércia ou omissão em relação à prestação de tais direitos. O Estado Social de Direito (Estado que garante a observação às liberdades civis, direitos fundamentais, direitos humanos com total proteção jurídica), sob qualquer hipótese pode privar seus indivíduos do mínimo existencial, pelo contrário deve suprir suas necessidades por meio de prestações de políticas públicas, possibilitando uma vida com dignidade. O mínimo existencial é denominado como um direito-garantia fundamental autônomo, o que faz que seja independente de previsão constitucional expressa, pois decorre do princípio da dignidade humana e da proteção da vida. Está implícito no art. 170, *caput*, CF/88, entre outros, essa garantia implícita ao mínimo existencial impede omissões, bem como proteções e promoções insuficientes por parte do ente estatal, incluindo os particulares se for este o caso.

O mínimo existencial preconiza prestações para sua tutela defensiva, inibindo que argumentos como a reserva do possível prevaleçam e afastem a devida satisfação dos direitos fundamentais sociais, grande parte da doutrina, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça coadunam desse entendimento. Certamente que para a tutela do mínimo existencial, o indivíduo deve fazer uso de elementos probatórios e demonstrar suas verídicas necessidades e consequentemente alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis ao objeto pleiteado. Coibindo gastos excessivos em tratamentos que em uma análise mais detalhada se apresentem desnecessários, viabilizando o atendimento para outros indivíduos em idêntica situação social.



A proteção ao mínimo existencial está sedimentada na ética e se fundamenta na liberdade, nos direitos humanos e nos princípios de igualdade e da dignidade humana. A doutrina internacional considera que o mínimo existencial condiz com condições mínimas de vida digna, sendo que cada um tenha acesso ao suficiente para sustento próprio e participação na vida social do Estado. Depreende-se a necessidade de efetivação do mínimo existencial em prol dos indivíduos em concreta vulnerabilidade social para arcar com os custos de um tratamento ou medicamento. O direito constitucional de igualdade, não propriamente diz respeito às prestações iguais por parte do ente estatal, vivemos em uma sociedade desigual, sendo que o que impede financeiramente alguns não afeta outros, arcar com os custos de planos de saúde é um ótimo exemplo a ser considerado.

Devido aos vultuosos valores econômicos que necessita para sua manutenção, o mínimo existencial, encontra óbices por parte de atores legiferantes, fato que se evidencia quando da concretização dos direitos a prestações. O argumento apresentado como barreira é a disponibilidade financeira, originando um elo com a denominada teoria da reserva do possível, próximo segmento que veremos a seguir.

4 Reserva do possível

A teoria da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, devido a um grupo de estudantes que não foram admitidos na faculdade de medicina de Munique e Hamburgo, em virtude de limitação de vagas em cursos superiores, pleitearam judicialmente o ingresso nas faculdades, o Tribunal Alemão pronunciou-se no sentido de que possuíam direito ao ingresso, mas que deveria ser observado a reserva do possível, ou seja o que o indivíduo pode esperar da sociedade. Tendo em vista, os gastos significativos efetuados administrativa e judicialmente com o mínimo existencial, surge o argumento da Administração Pública da reserva do possível, com o intuito de justificar ou impugnar as decisões judiciais que a obrigam a cumprir com seus compromissos constitucionalmente estabelecidos em relação aos direitos fundamentais. Predominantemente os gastos referidos, dizem respeito aos direitos sociais, ou seja, as prestações dos mesmos que vinculam-se à distribuição, redistribuição, destinação de bens.



Os direitos de defesa (direitos negativos ou ações negativas), que são os direitos a não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição, demandam da Administração Pública, tanto no aspecto recursos humanos como nos recursos materiais, considerável dispêndio pecuniário, para sua efetiva proteção. Não há, portanto, de se dizer que não há abalos nas finanças públicas, nos casos de intervenção do Poder Judiciário para garantia dos direitos fundamentais e que os custos para a eficácia e efetivação das prestações reclamadas, apenas é possível sob a alocação de recursos, com o provável comprometimento da estrutura financeira do ente federativo, isso é pacífico na doutrina dominante.

Surge o impasse da situação exposta: E se o ente federativo realmente não disponha dos recursos financeiros para a efetiva prestação reclamada? Que o Estado não possui recursos ilimitados é notório, essa limitação dos mesmos gera o limite fático à efetivação dos direitos prestacionais e cabe a ressalva que a Administração Pública possui a capacidade precípua de dispor dos recursos conforme estabelecido em sua legislação vigente. Devido os motivos supracitados, os entes federativos denominaram a reserva do possível, a qual, não necessariamente, compreende somente a falta de recursos e sim uma reserva estratégica da capacidade financeira destes, para que a efetivação das prestações ocorra dentro dos limites, ora apregoados pelo Estado.

A reserva do possível explicita que os direitos sociais, dependem da literal disponibilidade de recursos, então estabelecidos dentro do orçamento público. Sendo de direito do indivíduo a reclamação de prestações, que coerentemente se pode exigir, observando o Estado como um todo e não somente individualizá-lo, conforme suas necessidades particulares. Diante do exposto, conclui-se que a reserva do possível, caracteriza-se por:

- a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- a disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais;
- a proporcionalidade da prestação reclamada em relação à exigibilidade e razoabilidade.

Cabe então ao Poder Judiciário, atuar com ponderação e coerência ao julgarem prestações reclamadas, de direitos sociais, sob pena de intervenção aos



princípios democráticos e de separação de poderes, ao condenar o ente federativo de supressão aos direitos fundamentais de previsão constitucional que impõe ao Estado o planejamento e a execução de políticas públicas para a manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém não apenas o Poder Judiciário deve zelar para o bom desenvolvimento das prestações sociais os entes federativos devem observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, com ênfase aos princípios da moralidade e da eficiência, pois a aludida escassez de recursos deve ser administrada para a efetivação dos direitos sociais.

A eficácia e a efetividade dos direitos sociais exige o comprometimento de todos os órgãos estatais e agentes políticos, para que a reserva do possível não se transforme em bandeira impeditiva da devida prestação dos direitos sociais, minimizando, o quanto possível, da reserva e maximizando, com prudência, os recursos disponíveis. Com o argumento exagerado a reserva do possível, é por vezes, explicitada com o intuito de mascarar a omissão estatal e outras a justificativa é legítima, mas cabe ao Estado o ônus da prova do fato alegado.

Destacam-se nessa fase os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, direcionando tanto os órgãos estatais como os indivíduos, atuando nessa bidimensão para inibir o excesso e a insuficiência, servindo como guias para adequar a realidade fática. Obstando dessa forma que em prol da proteção de um indivíduo desampare-se grande parte da sociedade. Ingo Wolfgang Sarlet, salienta as palavras do ex Ministro do STF, Eros Grau: “que a assim designada reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque se fosse assim, um direito social sob reserva de cofres cheios, equivaleria, na prática a nenhuma vinculação jurídica.” A reserva do possível não deve prevalecer nessa hipótese, faz-se necessário providências que garantam a prioridade da vida e da dignidade da pessoa humana.

Nas situações onde surja o conflito entre as supracitadas teorias, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade que atua como controle de atos omissivos e comissivos tanto do ente estatal bem como dos sujeitos privados, com sua dupla função de: proibição de proteção insuficiente e de proibição de excesso.

O ente estatal no exercício de seu dever de proteção pode vir a afetar de maneira desproporcional os direitos fundamentais de outros indivíduos em prol de somente um, nesse momento o princípio da proporcionalidade age para controlar a



proibição de excesso, limitando a aplicação de direitos fundamentais. Caso ocorra o inverso, se o ente estatal não efetivar suas funções de proteção de maneira condizente o princípio da proporcionalidade atuará de forma a compelir o mesmo a observar os direitos fundamentais e a cessar a ingerência, em resumo o princípio da proporcionalidade exerce sua função em situações de desproporções tanto para mais como para menos. Os direitos fundamentais possuem previsão constitucional, e com base nestes é que os indivíduos recorrem ao poder judiciário para obterem a tutela pleiteada, tais direitos serão pormenorizadamente explicitados no tópico a seguir.

5 Direitos fundamentais

São direitos consagrados à pessoa humana, com reconhecimento constitucional de ordem interna de um Estado, pode-se afirmar que os mesmos se originam e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este ângulo que devem ser analisados. O Estado assume deveres de proteção e defesa para com seus indivíduos em caso de omissão e ação deste origina-se o direito de recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção do que lhe é devido pela Administração Pública. Enquanto que Direitos Humanos são aqueles assegurados no plano internacional (garantia à qualquer pessoa independentemente de seu vínculo com o Estado), portanto, oponível ao Estado perante as instâncias supranacionais de tutela (KEINERT, 2009, p.55). Exemplo de direitos humanos o caso de violência contra a mulher, que originou a criação da Lei Maria da Penha.

Os direitos humanos e direitos fundamentais individuais não são direitos de um contra a coletividade e os direitos fundamentais sociais não são os direitos da coletividade contra um, porém tanto um quanto o outro são parcelas fundamentais do que cada um pode exigir dos demais e do que cada um possui como dever de prestar aos demais. A diferença entre direito fundamental individual e social não é a sua qualificação e sim a sua indispensabilidade à dignidade humana (QUEIROZ, 2011, p.23-32).

Os direitos fundamentais na totalidade exigem do Estado atuação negativa e positiva, isso demonstra a interdependência entre eles, por exemplo: o direito à vida requer a obrigação negativa de não privar alguém dela, além disso,



requer obrigação positiva de adotar todas as medidas necessárias que garantam a preservação desta. Presume-se que os direitos fundamentais são integrantes da definição da forma e atuação do Estado, devendo por este serem observados. Os direitos fundamentais sofreram transformações em relação ao seu conteúdo, eficácia e efetivação, escalonados em direitos fundamentais de (SARLET, 2010, p. 45-47):

- 1ª dimensão, direitos do indivíduo perante o Estado, de cunho negativo, no qual os poderes públicos devem abster-se de fazer algo, atuando como defesa nas condutas positivas por parte da Administração Pública, delimitando a intervenção do Estado conferindo autonomia individual aos seus subordinados permitindo “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, são estes o direito à vida; à liberdade; à propriedade e à igualdade;

- 2ª dimensão, dos quais trataremos no transcorrer do presente trabalho, especificamente os sociais, no condizente à saúde. Possuem cunho positivo, atuam para que o Estado reconheça e propicie por meio de políticas sociais o direito à saúde; educação; trabalho, ou seja, sai da seara formal abstrata para a seara material concreta. Outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, atingem notoriedade após a Segunda Guerra Mundial, consagrando-se em diversas constituições e pactos internacionais, coadunam com o “princípio da igualdade. Não restringem-se somente ao cunho positivo, englobam também as liberdades sociais no que se refere a direitos trabalhistas, abrangem a coletividade bem como o indivíduo em sua esfera pessoal, o que permite que apenas uma pessoa recorra ao poder judiciário para obter o bem da vida individual;

- 3ª dimensão, visa à coletividade como titular de direitos, destina-se à proteção de grupos humanos tais como família, povo, nação. Caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa, seu destino principal é o gênero humano como valor supremo em termos de existencialidade concreta. São estes a solidariedade; a fraternidade; a paz; meio ambiente e qualidade de vida, resultantes de novas reivindicações fundamentais do ser humano, originadas seja pela evolução tecnológica, pelo estado de beligerância e outros fatores que causaram reflexos na esfera dos direitos fundamentais. A titularidade coletiva, por vezes é indefinida e indeterminada, cite-se como exemplo o direito ao meio ambiente e a uma melhor qualidade de vida, que apesar de beneficiar individualmente cada ser humano visa como beneficiário principal a coletividade;



- 4ª dimensão, necessita do reconhecimento internacional e mesmo internamente no Brasil, porém possui célebre defensor nacional, Paulo Bonavides, que conclui que os direitos de 4ª dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, sendo estes direito à democracia e à informação, bem como pelo direito ao pluralismo, porém está distante de obter o reconhecimento, como já dito anteriormente.

Os direitos fundamentais possuem para seu reconhecimento um processo de cunho essencialmente dinâmico e dialético, que caracterizam-se ora por avanços, às vezes por retrocessos e contradições, mas cabe a ressalva de que são frutos de reivindicações concretas, ao longo dos séculos, tendo em vista, as injustiças/agressões aos bens fundamentais e elementares do ser humano. Os direitos fundamentais evoluíram, juntamente com a humanidade e atualmente desdobram-se em diferentes aspectos devido a criação jurisprudencial e a transmutação hermenêutica.

De modo geral, todas as dimensões dos direitos fundamentais baseiam-se nos postulados da Revolução Francesa, sendo estes a liberdade, a igualdade e a fraternidade, porém para que a justiça seja feita ressalta-se que tal afirmação queda por incompleta se não for referenciado o Princípio da Dignidade Humana. A função principal dos direitos fundamentais em regimes democráticos é garantir os direitos das minorias perante os desvios de poder praticados por quem está exercendo o poder, gerando assim uma interdependência e reciprocidade entre direitos fundamentais e a democracia, o que não evita atritos entre estes.

A Revolução Industrial foi o marco fundamental para a evolução dos direitos sociais que após esta se estabeleceram e se positivaram, sua característica principal pressupõe conduta ativa pelo ente federativo, ou seja, somente ocorre devido ações governamentais através de políticas públicas. Os direitos sociais pertencem à segunda dimensão de direitos, no qual o Estado possui o dever de propiciar por meio de prestações, com uma atuação positiva, o necessário para seus governados. Como bem explicita José Joaquim Gomes Canotilho, (CANOTILHO, 1999, p.519).

Os direitos fundamentais sociais prestacionais são os direitos positivados nas constituições dos Estados, com este intervindo nas relações privadas, com o objetivo de recompor as desigualdades sociais geradas pelo modelo liberal de



organização jurídica e econômica. Englobam direitos a prestações (direitos positivos) e defesas (direitos negativos / ações negativas), amparados na posição jurídica subjetiva do ora titular do pretendo direito, tendo assim o Estado que assumir o status de fornecedor das prestações positivas e não somente abster-se de realizar condutas lesivas aos direitos de liberdade já consagrados, para tanto deve-se observar a dupla fundamentalidade formal e material (SARLET, 2007, p. 173-177).

Expressamente enunciado pelo artigo 1º, inciso III da CF/88, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui o valor unificador de todos os direitos fundamentais, sendo estes uma concretização desse princípio, incluindo os direitos fundamentais implícitos e os previstos em Tratados Internacionais.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, pelo fato de qualificar o ser humano e devido a isso é elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana. É inerente a cada ser humano, não podendo ser retirada, porém é reconhecida, respeitada e protegida pelas leis vigentes em âmbito nacional e internacional. Com a previsão constitucional, a dignidade da pessoa humana, exige do Estado que preserve e crie condições com o objetivo de mantê-la e possibilite o seu pleno exercício, pois se a mesma deixar de existir não haveria mais limite a ser respeitado (MARQUES, 2012, p. 56). A dignidade da pessoa humana abrange o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo (proibição de pena de morte), sendo pressuposto a garantia de isonomia de todos os seres humanos (vedação de tratamento discriminatório e arbitrário).

Devido ao seu *status* constitucional a dignidade da pessoa humana adquiriu valor jurídico fundamental, amparando não somente os direitos fundamentais em si, mas toda a ordem constitucional vigente, caracterizando-se como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (SILVA, 2009, p.179). Vinculando dessa forma o Estado, suas atividades e seus órgãos públicos, tanto em sentido positivo (o Estado deve propiciar condições para sua efetividade) bem como de cunho negativo (o Estado deve abster-se de ingerências).

Como já dito anteriormente o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o fundamento do sistema dos direitos fundamentais, tendo em vista, que estes são exigências, desdobramentos e concretizações daquele, mesmo que de forma indireta ocorra.



6 Judicialização do direito a saúde

A judicialização crescente das demandas relacionadas à concretização do direito à saúde vem exigindo atitudes intromissivas por parte do Poder Judiciário, em todas as instâncias, no plano dos Poderes Executivo e Legislativo, pois ao garantir o direito do postulante o aplicador do Direito interfere em alocações de recursos públicos que provavelmente não seriam investidos no caso concreto em litígio.

O Poder Judiciário está em consonância com os direitos fundamentais, que por sua vez atuam como legítimas medidas de decisão material, que determinam e direcionam as decisões judiciais, devido a essa amplitude os direitos fundamentais com seus efeitos vinculantes abrangem completamente os órgãos jurisdicionais e seus atos praticados no exercício de suas funções.

É função precípua dos órgãos jurisdicionais, o controle de constitucionalidade dos demais órgãos estatais, dispondo dessa forma do poder/dever de zelar pela observância de quaisquer atos atentatórios aos direitos fundamentais e se necessário declararem sua inconstitucionalidade. Através da interpretação, integração e aplicação os tribunais conferem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais no âmbito nacional.

Os órgãos jurisdicionais enfrentam tipos diferentes de pedido de tutela, que não objetivam somente o fornecimento de medicamentos pelo ente estatal, por vezes trata-se de internação hospitalar e até mesmo a concessão de medicamentos ou tratamentos experimentais sem comprovação científica (LINS, 2014, p. 37-38). É dever dos órgãos jurisdicionais interpretar e aplicar as normas constitucionais e infraconstitucionais, ponderando os aspectos adversos para a adequada efetivação do direito à saúde com o intuito de evitar danos graves ao autor ou de gastos excessivos do ente estatal.

“*O direito não beneficia os que dormem.*” esta aparenta ser a ordem do dia, devido à morosidade e ineficácia na solução dos problemas, diversos destes com risco de vida, dores lancinantes, levam os usuários do SUS a recorrerem ao judiciário para garantirem um direito que está constitucionalmente consolidado, o do direito a saúde, resultando em ordens judiciais de internação compulsória, cumulada de multa diária que por vez podem comprometer o orçamento de um município, ou então a prisão do profissional de saúde por crime de desobediência, ocorre que



O que pode intuir o indivíduo sem recursos financeiros para custear um plano privado de saúde. Buscar auxílio no Poder Judiciário, para observar seu direito fundamental atendido, diante da inércia do Poder Estatal. Tendo em vista a imparcialidade da justiça é de se esperar que não haja intromissão para evitar incoerências, porém vejamos a outra face da situação, se aguardar pacientemente crendo na celeridade nosológica pode ser tardio quando esta vier (REJANE, 2012, p. 12-23).

O legislador constituinte consolidou um dos direitos humanos de suma importância aos indivíduos, que é o direito à saúde, colocando-o na Constituição Federal de 1988. Sendo, a partir de então, com previsão constitucional, fato a ser observado nas políticas governamentais atuais, caso não o for, há o remédio constitucional para a solução de tais divergências.

Um País, com as dimensões territoriais como o Brasil ainda não possui políticas de inclusão social, em diversos casos, plenamente eficientes, aliás, não há de se falar isso em escala mundial, pois não existem recursos suficientes. A demanda da população rural para a cidade, a desestrutura dos hospitais, centros de saúde, falta de saneamento básico, entre outros, agravam a desigualdade social, sendo o fator preponderante a inércia das políticas econômicas e sociais relativas à área da saúde, prima-se pela ação paliativa/curativa em detrimento das ações preventivas, o que reduziria os gastos de forma significativa. Como bem observa Germano Schwartz, (SCHWARTZ, 2004, p. 44).

Tendo em vista, os prejuízos causados pela disseminação de doenças, em alguns casos incapacitantes (temporária/definitivamente), mórbidas, interferindo no desenvolvimento do País, o Estado decide assumir o papel principal de provedor de assistência médica preventiva/paliativa. Eis que surgem programas de saúde pública, cujos objetivos visam o bem estar físico e mental do trabalhador e seus familiares. Conforme salienta Germano Schwartz: “[...] o Estado começa a avocar para si o papel que antes era do indivíduo: tratar da saúde. E aí a saúde passa a ser pública [...] (SCHWARTZ, 2003, p. 73)”.

O Supremo Tribunal Federal, em julgados, posicionou-se favorável quanto à auto-aplicabilidade do direito à saúde, destacando do art. 196, CF/88, sua eficácia imediata, caracteriza-se uma mudança de conceitos fundamentais que transparecem da atual jurisprudência brasileira, apontando para uma Ordem Jurídica na qual



7 Considerações finais

O Brasil evoluiu significativamente em relação às políticas sociais implementadas em seu território para a sociedade como o todo, existem aspectos que merecem revisão por parte dos órgãos legiferantes, essa premissa deve estar bem pautada, quando tratar-se das teorias supracitadas, a Administração Pública pode dispor de meios para possibilitar aos indivíduos em vulnerabilidade social absoluta o mínimo existencial, através de políticas de inclusão social, e a reserva do possível pode ser atenuada por implementação das políticas sociais, com maximização de recursos alocados para a atenção à saúde. O magistrado, cito de forma geral, encontra-se exposto a diversas formas de pressão em face dessas situações, pressão política pelo princípio de separação de poderes, entre outros, porém isso não permite ampla liberdade aos julgadores de adentrarem a esfera de competência dos demais Poderes conforme queiram, deve haver uma ponderação que equalize as regras e princípios utilizados, mantendo o Princípio da Separação de Poderes.

O conflito entre as teorias: da reserva do possível e do mínimo existencial, é fato controverso nas decisões dos magistrados. É de notório conhecimento que os recursos pecuniários do Estado, inclui entes federativos, é limitado, o indivíduo não pode exigir que o Estado consinta em fornecer condições que coloquem em risco as políticas sociais que visam a coletividade. Sob o prisma da teoria do mínimo existencial, salienta-se que a existência digna é mais do que a garantia da sobrevivência física, pois isso é tratar um indivíduo em condições sub-humanas. Para que um indivíduo possua dignidade da pessoa humana, deve ter assegurado para si a garantia de usufruir dos direitos fundamentais, esse é o papel do Estado, não no sentido de fornecer gratuitamente aos indivíduos o que eles almejem e sim dar condições para que possam alcançar esse objetivo de forma plena.

Cautela, essa premissa deve estar bem pautada, quando tratar-se das teorias supracitadas, os órgãos legiferantes podem dispor de meios para possibilitarem aos indivíduos em vulnerabilidade social absoluta o mínimo existencial, através de políticas de inclusão social, e a reserva do possível pode ser atenuada por implementação das políticas sociais, com maximização de recursos



alocados para a atenção à saúde. Em caso de omissão e inércia dos órgãos legiferantes, caberá então ao Poder Judiciário a: definição do padrão de mínimo existencial, dentro da realidade socioeconômica do país, no sentido da reserva do possível a maximização dos recursos alocados, a margem da Lei de Responsabilidade Fiscal, podem minimizar os efeitos da reserva do possível, desde que observado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, relação custo-benefício. A reserva do possível é um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, devido a sua tríplice dimensão: a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação em relação a exigibilidade pleiteada.

A igualdade preconizada na CF/88 deve ser relativizada em cada caso concreto, o acesso universal, deve ser interpretado de forma coerente, sob pena de “falir” o SUS, é uma utopia pensar que seria possível tratar e dar a todos o mesmo tratamento médico ambulatorial. Conclui-se a premente criação de Varas Judiciárias especializadas em Direito à Saúde, com assessoria técnica de profissionais da área de saúde, peritos, entre outros profissionais que se fizerem necessário e da criação de políticas de saúde eficientes que aloquem os recursos previstos na saúde com programas preventivos em face dos curativos/paliativos, pois os gastos com aqueles são de menores gastos que estes, além de revisão e reformulação nos critérios de atendimentos do SUS, caso o indivíduo utilize o sistema e possua plano de saúde e possa arcar com os gastos, deve a Administração Pública buscar o devido ressarcimento dos gastos efetuados.

Referências:

BERTOLLI, Cláudio Filho, **História da Saúde Pública no Brasil**, Editora Ática, 1996
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Livraria Almedina, Coimbra, 1991

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). **SUS: avanços e desafios**. Ministério da Saúde, Brasília: 2007.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). **O Sistema Único de Saúde**, Ministério da Saúde, São Paulo, 2011

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). **O Financiamento do SUS**, Ministério da Saúde, São Paulo, 2011



Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016

BRASIL, Implementação do Direito à Saúde no Brasil, Ministério da Saúde, Brasília: 2010

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**, Instituto de Saúde, São Paulo: 2009

BRASIL, **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**, Ministério da Saúde, 2012

BRASIL, **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**, Ministério da Saúde, 2012

LINS, Litiane Cipriano Barbosa/ ROSA, Marina de Almeida. **Manual de Direito à Saúde**, Editora Juruá, Curitiba: 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, editora Malheiros Editores, 34ª. São Paulo: 2008

MENEZES, Bruno Seligman de. **O Médico, o Corpo Clínico e o SUS**, Editora Minelli, 1ª edição, São Paulo: 2007

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**, Editora Juruá, Curitiba: 2011

REJANE, Nádia Chagas Marques. **O Direito à Saúde no Brasil - entre a norma e o fato**. Editora Núria Fabris, Porto Alegre: 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 10ª Edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **Democracia - Separação de Poderes Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro**, Ministério da Justiça, Porto Alegre: 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, nº 1 – out/dez. 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, editora Malheiros Editores, 33ª edição, 2009

SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**, Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2004

SCHWARTZ, Germano / Ricardo Jacobsen Gloeckner. **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**, Editor Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2003



WEBER, César Augusto Trinta. **Quando o Médico do SUS é levado aos Tribunais**, Edipucrs, 2ª edição, Porto Alegre: 2010