

LÉA MARIA MASSIGNAN BEREJUK

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA: REALIDADE OU
GARANTIA SIMBÓLICA?**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LÉA MARIA MASSIGNAN BEREJUK

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA: REALIDADE OU
GARANTIA SIMBÓLICA?

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

Componentes: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Profa. Dra. Ana Cláudia Santano

Curitiba, 27 de julho de 2017.

Para Alexandre, Halina, André e Guilherme.

AGRADECIMENTOS

Estudo não é um processo solitário, por mais que envolva horas de leitura e produção escrita em aparente solidão, de alguma forma há sempre alguém a nos acompanhar e apoiar, aos quais quero agradecer. Chegando ao final desse mestrado, um desafio que resolvi enfrentar, agradeço em primeiro lugar a Deus, pela vida, pela saúde e pelas oportunidades de poder conduzir a minha vida da forma desejada. Agradeço a meu pai, Guerino, e minha mãe Antonia (*in memoriam*), pelas inestimáveis lições que recebi, e com quem aprendi a enfrentar a vida e os desafios com esforço e dignidade. Ao Romano, companheiro de muitos anos e jornadas, pelo incentivo e pela preciosa ajuda em forma de pacientes traduções e correções ortográficas. Aos meus filhos Alexandre, Halina, André e Guilherme, que me animam a seguir em frente. Ao professor Paulo Ricardo Schier, que me inspirou a estudar o Direito Constitucional, sempre atencioso em esclarecer dúvidas; ao professor Eduardo Biacchi Gomes, pelo incentivo inicial e apoio no grupo de estudos PATRIAS; à professora Laura Jane Garbini Both, pela firme e carinhosa orientação em pesquisa; à professora Ana Lúcia Pretto Pereira, com quem pude contar em vários momentos de estudo; ao professor Marcos Augusto Maliska, pelos conselhos e orientação; aos professores Rosalice Fidalgo Pinheiro, Otávio Fischer e Bruno Lorenzetto, sempre prontos para orientações e esclarecimentos; e um agradecimento especial para minha querida orientadora Adriana da Costa Ricardo Schier, que, generosamente, compartilhou a sua inteligência, competência e jovialidade na firme orientação que tive o privilégio de receber. Para Rafaela e Gisele, eficientes e gentis secretárias do mestrado. Para meus colegas do mestrado, pelos momentos de parceria nos estudos, coleguismo, em agradáveis bate papos no cafezinho, nas trocas de informações em intervalos, biblioteca, corredores e seminários. Para os colegas do curso em Sevilha, Parcelli, Cláudia, Fabrício, Kennedy e Marília, Carla e Bruno, e Edileny Tomé, com quem partilhei bons momentos naquela jornada; para Manoel Gándara, pelas ótimas indicações bibliográficas. Aos companheiros do Conpedi em Brasília, Fernanda e Catherine, Clayton e Igor, por compartilhar momentos de tensão e descontração. À Anelise, monitora do grupo de estudos e companheira no EVINCI. E um agradecimento especial à Cláudia, nossa excelente representante, sempre presente em todos os momentos para um auxílio e incentivo a mais. Muito obrigada a todos.

A não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito. Pelo contrário, ela motiva uma ação ainda maior.

(Amartya Sen – A Ideia de Justiça)

RESUMO

Considerando a indiscutível relevância que saúde tem para a vida, este estudo tem a pretensão de analisar o direito fundamental à saúde numa perspectiva constitucional. Partindo de um breve panorama dos direitos humanos, procura demonstrar a nascente dos direitos fundamentais, cujo legado de ética e moralidade universal, refletido nas Declarações e Tratados, voltou-se para o bem-estar do ser humano, inspirando novos olhares sobre saúde e bem-estar; busca apreender o significado amplo de saúde, que envolve qualidade de vida e necessidades humanas, para, ao final, compreender a saúde no contexto dos direitos fundamentais e da dignidade humana, consagrado na Constituição de 1988. Num segundo momento, o estudo enfoca os direitos prestacionais para compreender suas possibilidades e limites, passando pelas teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, respectivamente, como fatores que possam interferir na efetivação desse direito fundamental na esfera da saúde pública. Por último, o estudo dedica-se a analisar o papel da Administração Pública à luz da Constituição de 1988, e o dever de promover políticas públicas e realizar serviços de saúde para a concretização desse direito fundamental social; destacando a segurança jurídica na proteção dos direitos fundamentais sociais, aborda a cláusula de proibição de retrocesso social; enfocando o SUS como a materialização desse compromisso constitucional, o estudo se direciona para analisar sua estrutura, diretrizes e organização; devido às evidências de que o serviço público de saúde apresenta lacunas e deficiências na prestação e não dá conta de tudo o que propõe fazer, o estudo procura identificar os pontos favoráveis e avaliar alguns problemas detectados, para, ao final, tentar responder a questão: a saúde pública é uma realidade ou trata-se de uma garantia simbólica?

Palavras Chave: direitos humanos e dignidade; saúde, necessidades humanas e qualidade de vida; direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e reserva do possível; administração pública e serviços públicos; segurança jurídica e proibição de retrocesso social; SUS.

ABSTRACT

Considering the indisputable relevance of health for life, this study intends to analyze the fundamental right to health from a constitutional perspective. Based on a brief overview of human rights, it seeks to demonstrate how the birth of fundamental rights, which legacy of universal ethics and morality, reflected in the Declarations and Agreements, turns towards people's well-being, inspiring new views on health and well-being itself. It also intends to approach the broad meaning of health, which involves quality of life and human needs, in order to understand health in the context of fundamental rights and human dignity as enshrined in the 1988 Constitution. Secondly, the study focuses on social rights: understanding their possibilities and limits, passing through the theories of the existential minimum and the reserve of the possible, respectively, as factors that may interfere with the effectiveness of this fundamental right in the sphere of public health. Finally, it analyses the role of Public Administration under the 1988 Constitution, and the duty to promoting public policies and carrying out health services to accomplish this fundamental social right; highlighting legal certainty in protecting fundamental social rights and also addressing the prohibition of social regression; thus taking Sistema Único de Saúde – SUS – as the materialization of this constitutional commitment, the study tries to understand its structure, guidelines and organization; Due to the evidences that public health service presents gaps and deficiencies and does not account for everything it proposes to do, the study seeks to identify the favorable issues and evaluate some problems detected, in order to try to answer the question: Is public health a reality or is it a symbolic guarantee?

Key words: human rights and dignity; Health, human needs and quality of life; Fundamental social rights, Existential minimum and reserve of the possible; Public Administration and Public services; Legal Certainty and Prohibition of Social Regression; Sistema Único de Saúde – SUS.

RESUMEN

Considerando la indiscutible relevancia que la salud tiene para la vida, este estudio tiene la pretensión de analizar el derecho fundamental a la salud en una perspectiva constitucional. Partiendo de un breve panorama de los derechos humanos, busca demostrar la naciente de los derechos fundamentales, cuyo legado de ética y moralidad universal, reflejado en las Declaraciones y Tratados, se volvió para el bienestar del ser humano, inspirando nuevas miradas sobre salud y bienestar; busca aprehender el significado amplio de salud, que involucra calidad de vida y necesidades humanas, para, al final, comprender la salud en el contexto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, consagrado en la Constitución de 1988. En un segundo momento, el estudio enfoca los derechos prestacionales para comprender sus posibilidades y límites, pasando por las teorías del mínimo existencial y de la reserva de lo posible, respectivamente, como factores que puedan interferir en la efectividad de ese derecho fundamental en la esfera de la salud pública. Por último, el estudio se dedica a analizar el papel de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1988, y el deber de promocionar políticas públicas y realizar servicios de salud para la realización de ese derecho fundamental social; destacando la seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales sociales, aborda la cláusula de protección de retroceso social; enfocando el SUS como la materialización de ese compromiso constitucional, el estudio se direcciona para analizar su estructura, directrices y organización; debido a las evidencias de que el servicio público de salud presenta huecos y deficiencias en la prestación y no da cuenta de todo lo que propone hacer, el estudio busca identificar los puntos favorables y evaluar algunos problemas detectados, para, al final, intentar responder a cuestiones: ¿la salud pública es una realidad o se trata de una garantía simbólica?

Palabras Clave: derechos humanos y dignidad; salud, necesidades humanas y calidad de vida; derechos fundamentales sociales, mínimo existencial y reserva de lo posible; administración pública y servicios públicos; seguridad jurídica y protección de retroceso social; SUS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DOS DIREITOS HUMANOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988	
1.1 Da saúde como direito humano: dos Direitos Humanos como fundamento ético do estado à saúde no âmbito das normas internacionais	15
1.2 Da multifacetária noção de saúde como qualidade de vida e necessidades humanas	28
1.3 Da saúde como direito fundamental social na Constituição de 1988	37
CAPÍTULO II – O ALCANCE E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	
2.1 O avanço do direito fundamental social à saúde nos modelos de Estado Liberal e Social - da saúde como direito prestacional	54
2.2. Da proteção à saúde como garantia do mínimo existencial	65
2.3. Dos limites para a realização do direito à saúde: a reserva do possível ...	78
CAPÍTULO III – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
3.1 A Administração Pública e o serviço público de saúde.....	98
3.2 A segurança jurídica e a proibição de retrocesso em direitos sociais.....	114
3.3 O Sistema Único de Saúde na Constituição Federal de 1988	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

INTRODUÇÃO

A fragilidade do ser humano se revela em aspectos morais, físicos e psicológicos e induz a pensar na necessidade de proteção para sua existência, de modo a garantir a continuidade da espécie. Dada essa condição humana, certo é que qualquer pessoa está vulnerável a todo tipo de interferência, razão pela qual necessita de atenção e cuidados, no entanto, a realidade mostra a todo instante que essa vulnerabilidade se acentua nos que têm menores condições materiais para se manter.

Dentre as possíveis fragilidades que apresentam ameaça à existência e necessitam de proteção, sem dúvida, abrigo e saúde constituem as mais elementares de todas, fato que motiva a escolha da saúde como tema central deste estudo. E considerando que saúde é pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, eleva-se à categoria de um direito fundamental, e, portanto, um bem que necessita de proteção.

A preocupação e a necessidade humana de proteção à saúde remontam a tempos antigos, mas a garantia de proteção varia ao longo dos tempos, de acordo com a evolução social de cada período da história. Visualiza-se, assim, a importância de estudar o direito fundamental à saúde a partir de um panorama histórico e, neste estudo, tem como marco as diretrizes dos direitos humanos.

O primeiro capítulo propõe a construção jurídica do direito fundamental à saúde, partindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fonte de inspiração e código de ética e conduta para toda a humanidade, destacando a sua contínua evolução, tanto conceitual como doutrinária, na incorporação ao ordenamento jurídico de todas as Constituições dos países que possuem um regime democrático.

O artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem¹, considerado a pedra fundamental desse diploma, traz no seu bojo as premissas que traduzem as noções de liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade para com o ser humano,

¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Art. 1º. “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

tendo como pilar a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todos os demais direitos fundamentais recepcionados pelas Constituições.

Observa-se que as premissas dos direitos humanos lançaram as bases, em nível mundial, para a seara da saúde², com reflexos em instrumentos regulatórios que influenciaram a criação de novas organizações, como a Organização Mundial da Saúde³, que conferiu um novo olhar e um novo conceito a essa matéria, passando a se pensar saúde como um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social, e não apenas a ausência de doença⁴. Verifica-se que tal conceito, sob a ótica de estudos interdisciplinares, envolve a realização das necessidades humanas, relacionada com qualidade de vida, e vida com dignidade.

Considerando que, para bem viver, o ser humano tem necessidades a ser satisfeitas que lhe permitam um mínimo indispensável para uma existência digna, a Constituição Federal de 1988⁵ consagrou o princípio da dignidade humana como pilar de sustentação e base dos direitos fundamentais, contemplando também os direitos sociais, ao determinar o dever estatal na prestação de bem-estar e atendimento aos que não têm como prover suas necessidades mais elementares.

Verifica-se que a Carta de 1988 foi pioneira ao recepcionar o direito fundamental à saúde, inserido no catálogo dos direitos sociais⁶, assim como, determinou que saúde é um direito de todos e a vinculação estatal ao dever de promoção e realização desse direito, alinhando-se às premissas dos direitos humanos e também às diretrizes da OMS, como se verá no decorrer do estudo.

O segundo capítulo busca analisar os direitos fundamentais que impõem prestações de saúde e promoções de políticas públicas pelo Poder Público para a

² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Art. 25**. Toda pessoa tem o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços necessários [...].

³ WHO – **World Health Organization**. “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Disponível em: <<http://www.who.int/topics/en>>. Acesso em: 31 mar. 2016. (tradução livre).

⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Construção do Direito à Saúde no Brasil**. *Revista de Direito Sanitário*, Brasil, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008, p. 12. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Art. 1º, inciso III**. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Art. 6º, caput**. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

concretização do direito fundamental social à saúde⁷, relacionado com o mínimo existencial como proteção da vida e da dignidade humana. Nesse contexto, o entendimento de que uma existência digna prescinde da realização de necessidades básicas, que deverão ser prestadas pelo Poder Público, quando necessário.

No entanto, considerando que nem todos os direitos sociais são passíveis de realização, o estudo destaca a reflexão sobre a teoria da reserva do possível, como limitação à efetivação do direito fundamental à saúde, em especial no que tange à alocação de recursos financeiros. Considerando que nessa seara as escolhas são de natureza política, entende-se pertinente algumas discussões pontuais no âmbito da doutrina e jurisprudência, assim como, são relevantes ponderação e equilíbrio nas decisões do Poder Legislativo e Judiciário em questões que envolvam prestação de saúde.

O terceiro capítulo, partindo do pressuposto do direito constitucional à saúde como forma de consolidação dos valores do Estado Democrático de Direito, enfoca o dever constitucional da Administração Pública na prestação de serviços de saúde para todos, um direito subjetivo do cidadão em face do direito objetivo do Estado, com vistas à promoção da dignidade humana. Nesse contexto, sendo o direito à saúde inexoravelmente ligado à proteção da vida, entende-se que o serviço público é, por excelência, instrumento de concretização do direito fundamental à saúde. Indo mais além, com base na teoria desenvolvida por Adriana da Costa Ricardo Schier, defende-se também a ideia do serviço público como direito fundamental.

Voltando-se para os que dispõem de menos condições materiais para suprir suas carências, e, considerando que os direitos sociais são conquistas históricas que precisam ser preservadas, e ainda, dada a importância da confiança na estabilidade das Instituições públicas, o estudo aborda o princípio da segurança jurídica relacionado com a cláusula da proibição de retrocesso social. Com olhar dirigido para a proteção da dignidade humana, tal princípio visa assegurar que mudanças por leis ou atos administrativos não venham atingir o núcleo essencial dos

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Art. 196.** “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”.

direitos fundamentais sociais, e em especial, neste estudo, no que diz respeito às prestações do mínimo existencial em matéria de saúde.

No último tópico, o estudo volta-se para o Sistema Único de Saúde – SUS – criado pela Constituição de 1988⁸, e considerado uma grande conquista da sociedade brasileira, é identificado aqui como o instrumento que materializa a determinação constitucional de prestação de saúde para todos, de forma universal e igualitária, com suas diretrizes que orientam toda a estrutura, organização e funcionamento desse sistema.

Analisando as diretrizes do SUS, previstas na Constituição Federal de 1988 e também na Lei 8.080/1990, identifica-se moderna estrutura de prestação de saúde pública, reconhecida mundialmente, que vem prestando milhares de serviços públicos de saúde, desde procedimentos simples aos mais complexos, conforme determina a diretriz da integralidade. Conforme as estratégias de gerenciamento e financiamento indicam, observa-se que esse sistema de saúde pública possui uma estrutura ampla e minuciosamente elaborada.

No entanto, ainda que se reconheça a importância e os resultados do SUS, constata-se que o sistema enfrenta problemas na efetivação dos serviços, razão pela qual fala-se em *déficit* de gestão e de financiamento, além de outros problemas detectados e que são elencados neste estudo.

Desse modo, considerando que a prestação de saúde no Brasil, nos moldes previstos pela Constituição de 1988, e a exemplo da realidade verificada no funcionamento do SUS, encontra lacunas, surge o questionamento: o direito fundamental social à saúde é uma realidade ou trata-se de uma garantia simbólica?

Portanto, com a pretensão de responder a essa questão, busca-se subsídios a partir de um breve panorama dos direitos humanos e suas contribuições para a noção de saúde e para os direitos fundamentais. Procura-se estudar o direito fundamental de prestações de saúde à luz de entendimentos doutrinários e

⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Art. 198.** “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

jurisprudenciais, passando pela teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível como restrição a esse direito. Propõe-se compreender o papel da Administração Pública na prestação dos serviços de saúde como um direito fundamental, e, passando pela noção de segurança jurídica e na cláusula de proibição de retrocesso social, verifica-se o sentido e a importância de resguardar as conquistas em direitos sociais. Ao final, enfocando o principal órgão de serviço público de saúde no Brasil, o SUS, analisa-se pontos positivos e dificuldades na prestação dos serviços de saúde. Para tanto, utiliza-se, além dos instrumentos já assinalados, pesquisas em dados reais que possam informar além da teoria. Pretende-se, assim, confirmar ou desmistificar a questão que se coloca no título deste estudo.

Ainda que já se tenha escrito exhaustivamente a respeito desse tema e de suas implicações para o Poder Público, constata-se que o assunto está longe de ser esgotado, uma vez que as deficiências observadas são significativas e o atendimento está muito aquém de atingir um patamar ideal. Portanto, com base nos resultados de pesquisas e informações, este estudo visa contribuir para ampliar a percepção de que: saúde é um bem essencial, o direito fundamental social à proteção da saúde é dever e não opção estatal, e a importância de repensar com maior profundidade essa questão, por todos os envolvidos.

Considerando que saúde diz respeito à vida de todas as pessoas que fazem parte da coletividade do país, entende-se relevante aumentar a consciência de que atingir um estado de saúde ideal, com a diminuição da fragilidade e da vulnerabilidade, repercute em todos, indistintamente, pois pessoas saudáveis e mais fortes impulsionam o crescimento e a melhora das condições socioeconômicas do País. Considerando as desigualdades de acesso e condições dignas de vida, pensar a saúde como direito de todos é uma tarefa complexa e exige esforço para ser melhor assimilada.

CAPÍTULO I – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DOS DIREITOS HUMANOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 DA SAÚDE COMO DIREITO HUMANO: DOS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO ÉTICO DO ESTADO À SAÚDE NO ÂMBITO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

O tema Direitos Humanos desperta grande apelo popular, é invocado a todo o momento e motiva infinitas discussões e debates. Considerando a realidade cada vez mais crescente de indivíduos que mal conseguem assegurar a sua garantia física, o discurso dos direitos humanos passou a ocupar lugar de destaque entre os direitos que demandam organização econômica e social.

A história demonstra que a noção de direitos fundamentais tem raízes longínquas, como é exemplo a Tábua VI da Lei das XII Tábuas romanas, que previa, expressamente, o direito à habitação, e o Código de Hamurabi, legislação babilônica de 2000 a.C., que tratava da função social da propriedade da terra. Portanto, a evolução dos direitos fundamentais relaciona-se com os direitos humanos e a sua trajetória⁹.

De início, cabe contextualizar que, enquanto “os direitos humanos são inerentes ao ser humano” e anteriores ao reconhecimento do direito positivo, os direitos fundamentais são “direitos assentes na ordem jurídica positiva”¹⁰, ou seja, “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹¹. No intuito de entender melhor esse tema e suas peculiaridades, é imprescindível voltar o olhar para a sua gênese, pois, sendo um fenômeno humano e histórico, o direito contemporâneo não se dissocia da sua própria história.

Registra-se que o termo direitos humanos surgiu em substituição ao termo direitos naturais, fruto da filosofia moderna, nascida no mundo europeu no século XVII, e herdeira da concepção cristã de vida¹². Todavia, é importante frisar que não há consenso sobre a definição de direitos humanos, uma vez que “os participantes no

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, feb. 1988. ISSN 1518-8787. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/23471>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

¹⁰ CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 38.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42.

¹² CABRITA, Isabel, op. cit., p. 11-12.

discurso dos direitos humanos nem sempre compartilham a mesma concepção dos direitos”¹³. Devido a essa heterogeneidade de entendimentos, não é tarefa fácil conceituá-los, razão pela qual, nas palavras de Joaquín Herrera Flores, “los derechos humanos son um tema de alta complejidad”¹⁴.

Conforme Manuel Atienza expõe, a expressão direitos humanos é consideravelmente ambígua, uma vez que designa diversos conceitos ou, ainda, uma noção complexa com muitas dimensões interconectadas, e se trata de um conceito vago, tanto em intenção como em extensão. É vago em intenção porque não é fácil assinalar quais são as notas comuns a todas as situações em que atribuímos direitos a alguém. As características mais usuais parecem ser a universalidade, inalienabilidade, caráter absoluto e individual, mas nenhuma delas é fácil de precisar¹⁵.

Verifica-se que, em todas as Cartas que tratam dessa matéria, consta a palavra “direito” (grifo nosso), o que remete à reflexão sobre o significado. Entretanto, considerando-se que tais direitos “são lidos diferentemente nos diversos contextos culturais do mundo, questões tais como a vida, a liberdade, a autodeterminação individual, a igualdade dos sexos, não são sentidas da mesma forma em todos os cantos”¹⁶; assim, uma única definição não retrataria o amplo significado do termo.

Na evolução dos direitos humanos, além dos direitos naturais, destaca-se outro momento que se caracteriza pela ideologia dos hebreus, que tinham como referência a religião na contemplação do homem como ser supremo, criado à imagem e à semelhança de Deus e, assim, a justificativa de que todos deveriam ter o mesmo tratamento. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet destaca, “os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”¹⁷.

¹³ Ibid., p.14.

¹⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008. p. 30.

¹⁵ “La expresión ‘derechos humanos’ es considerablemente ambigua, puesto que designa diversos conceptos o, quizás mejor; una noción compleja con muchas dimensiones interconectadas. Pero, además, se trata de un concepto vago tanto intensional como extensionalmente”. ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel. 4 impresión. 2012. p. 227. (Tradução livre).

¹⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia Síntese de Um Milénio**. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa América, 2003. p. 359.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 45.

O cristianismo veio consolidar o entendimento já existente, ou seja, a concepção da igualdade do homem como filho de Deus. A ideologia predominante nesse momento era a de que todos são filhos de Deus e iguais em dignidade. José Carlos Vieira de Andrade destaca que “o Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de São Tomás e a poderosa influência escolástica”¹⁸.

No entanto, a Idade Média foi marcada pela forte distinção entre nobres e plebeus e, conseqüentemente, evidenciou o reconhecimento estatal das desigualdades, com o favorecimento aos nobres e ao clero pela concessão das cartas de franquias concedidas pelo rei como privilégio de classes. Como reação a essa realidade, verificou-se, nesse período, na Inglaterra, a firme influência da Magna Carta, de 1215, conhecida como carta de João Sem Terra, que limitava os poderes do rei e os direitos da nobreza e do clero. Segundo Fábio Konder Comparato, trata-se da “primeira limitação institucional dos poderes do rei”, e pode-se afirmar que esse documento do século XIII continha o embrião da democracia moderna, que tem como uma das características a soberania popular ativa¹⁹.

Nas reflexões de J. J. Gomes Canotilho, ainda que “a *Magna Charta* contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem” (grifos do autor). Nesse sentido, o autor aponta para o artigo 39 da Carta em que se verifica: “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Observa que esse preceito acabou alcançando maior dimensão quando o conceito “homem livre” (grifo do autor) se estendeu a todos os ingleses²⁰. Conforme José Carlos Vieira de Andrade pontua, o teor da Carta Magna obrigava ao rei a respeitar alguns direitos, tais como o direito à vida, o que deu ensejo à abertura de outros direitos correlatos e essenciais²¹.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 17.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p.78.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 383.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, op.cit., p. 20.

No entanto, de acordo com Fabio K. Comparato, foi o artigo I da Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 16 de julho de 1776, que constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História²²; representa, pois, importante marco histórico que contribuiu para a evolução dos direitos humanos como gérmen da concretização dos direitos fundamentais. Esta Declaração estabelecia direitos, como isonomia; direito à vida; liberdade religiosa e liberdade de imprensa, estendendo a todos, sem diferenciação entre nobres e burgueses²³.

A proclamação de abertura da Carta, afirmando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, “dá o tom de todas as grandes declarações de direito do futuro”, e serviu de inspiração para a Declaração francesa de 1789 e, da mesma forma, para a Declaração Universal de 1948²⁴. Um destaque da Carta são os dois primeiros parágrafos, que expressam os fundamentos do regime democrático: 1) o reconhecimento dos direitos inatos de toda pessoa humana, que não podem ser alienados, nem suprimidos; 2) o princípio de que todo poder emana do povo, subordinando a este os governantes²⁵.

Ainda que a construção dos direitos humanos remonte a fontes antigas, de naturezas diversas, conforme se constata nessa breve retrospectiva, “a sistematização positiva dos Direitos Humanos é fruto de um longo processo de solenes manifestações internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que traduziu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade”, incorporados pela Revolução Francesa na luta pela República, contra a Monarquia²⁶. Conforme Eric J. Hobsbawm consignou sobre a Revolução Francesa, “foi um acontecimento universal e nenhum país estava imune a ela”²⁷; e marcou o momento da constitucionalização e positivação dos direitos humanos²⁸, que irá estabelecer o elo entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Os ideais dos Direitos Humanos, consagrados pela Declaração de 1789, efetivamente, constituíram a universalidade dos direitos fundamentais. Ao

²² COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p.49.

²³ Ibid. p. 112-113

²⁴ Ibid, p. 111.

²⁵ Ibid., p. 114-115.

²⁶ DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Notas da legislação brasileira. 3. ed. São Paulo: Lex, 2006. p.160.

²⁷ HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 133.

²⁸ GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo? In: PIOVESAN, Flávia (coord.) **Direitos Humanos. V. I**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 57.

estabelecer, no artigo 16: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação de poderes, não tem uma Constituição”²⁹, e consolida uma “ética universal”, na medida em que consagra “um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”³⁰.

De acordo com Paulo Bonavides, “a ideologia constitucional se concentra, pois, nas Declarações de Direitos e nos Preâmbulos”, e contém, em primeiro plano, mais a índole de uma ideologia revolucionária do que um documento verdadeiramente jurídico, manifestos nas cartas de princípios, com inspiração antiabsolutista, antirrestauradora, anexas ao texto constitucional propriamente dito³¹. Por outro lado, a elaboração política das Constituições é fruto das análises dos exegetas na busca para definição e reconhecimento do teor jurídico das Cartas³².

Entretanto, foi no século XX, em decorrência do episódio das duas grandes guerras e, em particular, após os dramáticos acontecimentos da Segunda Guerra, notadamente a barbárie do nazismo, protagonista de graves violações e desrespeito à humanidade, que impôs a necessidade de uma consciência ética em âmbito mundial. Na busca por uma nova concepção de direito, em consenso, a comunidade internacional trouxe os direitos humanos para o palco das discussões, no intuito de impor limites estatais aos abusos de atos praticados por autoridades de países ditatoriais, de desrespeito ao ser humano.

Decorre, portanto, da reação à dura realidade da Segunda Guerra Mundial a concepção contemporânea dos direitos humanos, que motivou a fundação das Nações Unidas, em 1945³³, para estabelecer um novo pacto social pela causa do

²⁹ Cf. **Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 145.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Teoria das Normas Constitucionais. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. Cap. 7, p. 226.

³² Ibid., p. 228.

³³ ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

homem, de conteúdo ético e de valor imperativo, com o propósito de impedir que as atrocidades vividas não mais se repetissem³⁴.

Desse esforço resultou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela assembleia Geral da ONU, em Paris, voltada a proteger os direitos dos homens, tendo por base a dignidade humana, e acolhido por todos os que participam do discurso dos direitos³⁵, que reconhece os direitos humanos como um código comum a ser seguido por todos os Estados³⁶.

Conforme o artigo 1º da Declaração consigna, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”³⁷; considerado a pedra fundamental desse diploma, traz no seu bojo a clara indicação de respeito, solidariedade e fraternidade para com o ser humano.

No entanto, como Norberto Bobbio observa, as palavras encontradas no texto “não são novas”; nesse sentido, verifica-se, em várias partes do preâmbulo da Declaração, parágrafos 1º, 3º e 4º³⁸, a presença das ideias nucleares da ideologia liberal ocidental – ideias do iluminismo – e semelhanças com as grandes Declarações que a antecederam, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, que reconhecem o indivíduo como princípio e como valor, centrado na ideia de que todos nascem livres e iguais em direitos – direitos inalienáveis e que devem ser protegidos pelo Estado.

³⁴ SIMIONI, Ariane. **O Direito Humano e Fundamental à Saúde no Brasil e em Portugal**. II Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. Unisc, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13238/2395>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

³⁵ CABRITA, Isabel, op. cit., p 11-12.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional internacional...**, p. 164.

³⁷ Artigo primeiro da **Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://br.humanrights.com/about-us/what-is-united-for-human-rights.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

³⁸ CABRITA, Isabel, op. cit., p. 29-30.

Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parágrafo 1º. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. Disponível em: <http://br.humanrights.com/about-us/what-is-united-for-human-rights.html>. Acesso em: 18 fe.2016.

Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parágrafo 3º. Considerando que é essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido [...] à revolta contra a tirania e a opressão. Id.

Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parágrafo 4º. Considerando que, na Carta, os povos das Nações unidas proclamam de novo a fé nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres [...]. Id.

Na interpretação de Marcelo Neves³⁹, os Direitos Humanos constituem uma “conquista da sociedade moderna, cabendo também caracterizá-los como uma construção ou ‘invenção’ da modernidade” (grifos do autor). No entanto, observa o autor, como “nenhuma ‘invenção’ enquanto construção social surge do nada”, não se deve concluir que os direitos humanos tenham sido ‘inventados’, uma vez que “os direitos humanos remontam a noções pré-modernas no âmbito da filosofia, da teologia e da política, mas constituem um novo artefato social que emerge com a modernidade” (grifos do autor).

Sob esse prisma, segundo o autor⁴⁰, pode-se dizer que os Direitos Humanos correspondem “às transformações radicais da estrutura societária, que implicaram a chamada ‘Revolução dos Direitos Humanos’ (Cf. Gauchet, 1989)” (grifos do autor), cujas ideias inspiraram e influenciaram profundamente a demarcação dos direitos fundamentais, que seriam positivados nas legislações locais, produzindo ramificações em todas as esferas de direitos.

A Declaração marcou a internacionalização dos direitos humanos, voltando-se para o seu contexto internacional, sob a ótica da necessidade de os países signatários observarem a isonomia, a limitação do poder estatal e a liberdade individual, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana. Na expressão de Gregorio Peces-Barba Martínez, a dignidade é o fundamento da ética pública, e se apresenta como o principal referencial dos valores da ética pública da modernidade e dos princípios e direitos que deles derivam. Portanto, a ideia da dignidade humana constitui, igualmente, o fundamento dos direitos humanos⁴¹.

Conforme Estefânia Maria de Queiroz Barbosa destaca, observou-se a preocupação dos países em colocar os direitos humanos como supremos, para o fim de resgatar valores éticos que tinham sido ignorados no momento das guerras. Desse

³⁹ NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: SOUZA NETO, PEREIRA, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Coord.). In: **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 422.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Conforme Peces Barba, “la dignidad es el fundamento de la ética pública [...] La dignidad humana se presenta como el referente principal de los valores políticos y jurídicos de la ética pública de la modernidad y de los principios y derechos que de ellos derivan. Por tanto, la idea de dignidad humana constituye, igualmente, el fundamento de los derechos humanos”. MARTÍNES, Gregorio Peces Barba. La Dignidad Humana. In: ASSIS, Rafael de; BONDÍA, David; MAZA, Elena (Coords.). **Los desafíos de los derechos humanos hoy**. Madrid: Dkykinson, 2007. p. 157-171. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 fev. 2017. (tradução livre).

modo, os direitos humanos passam a ser impregnados de conteúdo moral, norteados pela dignidade humana, que reconhece em cada ser humano a sua dignidade e os direitos individuais, e passam a servir de parâmetros éticos ao direito de todas as nações⁴².

Há, portanto, uma moralidade nos direitos humanos, que têm como núcleo comum a dignidade da pessoa humana⁴³. Na expressão de Michael J. Perry, “a moralidade dos direitos humanos se tornou uma moralidade verdadeiramente global”⁴⁴, e, portanto, presente nas diversas democracias, na medida em que as Declarações e Constituições estabelecem a dignidade inerente à pessoa humana como um de seus fundamentos⁴⁵.

Nesse sentido, conforme Jack Donnely, a concepção de pessoa humana, presente no discurso dos direitos humanos, é uma concepção normativa e política; por isso mesmo, entende-se necessário recorrer à filosofia para compreender o fundamento dos direitos humanos⁴⁶. Para a corrente dominante⁴⁷, que adota a concepção kantiana de dignidade, “toda pessoa deve sempre ver-se a si mesma como fim em si mesma, e nunca como meio para a realização de fins alheios”⁴⁸. Na leitura desse princípio, sendo o ser humano um fim em si mesmo, implica que a humanidade seja, ela própria, uma dignidade, ou seja, ser tratada como um fim é a raiz da dignidade da pessoa humana. E a dignidade é algo que não tem preço⁴⁹.

⁴² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. cap. 35. p. 129.

⁴³ Ibid, p. 139.

⁴⁴ PERRY, Michael J. **Morality and normativity**. Legal Theory, 13 (2007), p. 216. In: BARBOSA, Estefânia, op. cit. p. 131.

⁴⁵ Ibid., p. 133.

⁴⁶ CABRITA, Isabel, op. cit., p. 47-48.

⁴⁷ Cf. Isabel Cabrita, op. cit., p. 48, e Ingo W. Sarlet, em Dimensões da Dignidade, p. 22, respectivamente, a corrente kantiana é a dominante e majoritária na seara dos direitos humanos, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

⁴⁸ Conforme Immanuel Kant expressou: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto para a tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), trad. port. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 69.

⁴⁹ Para Immanuel Kant: “o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém, constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*”. Id.

Assim, de acordo com Miguel Ayuso, “os direitos humanos não possuem somente uma significação técnico-jurídica, possuem uma dimensão ética ou moral, política, ideológica e, inclusivamente, mítica e simbólica”⁵⁰, que contempla o ser humano de forma ampla e imensurável. Em outras palavras, na leitura de Jorge Miranda, todos os direitos humanos encontram seu fundamento, a sua fonte ética, na dignidade da pessoa humana, que serve de critério integrativo e interpretativo do sistema⁵¹. Pode-se, portanto, dizer que os direitos humanos não são um fim em si e, antes, meios para realizar a dignidade humana, como “uma barreira que protege o indivíduo de interferências indevidas, para que todas as pessoas possam desenvolver-se e realizar o seu potencial”⁵².

A visão de Perez Luño traz uma compreensão dos direitos humanos no sentido de incompletude, ou seja, direitos em constante transformação. Para o autor, uma concepção geral dos direitos humanos implica reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será uma obra fechada e acabada. Desse modo, uma sociedade livre e democrática deverá mostrar-se, sempre, sensível e aberta ao surgimento de novas necessidades que fundamentem novos direitos. Entende o autor que, mesmo não sendo reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional ou internacional, os direitos humanos atuam como categorias que tanto reivindicam direitos e normas, como conteúdo axiológico⁵³.

Observando que os direitos humanos não são meros postulados de “dever ser” (grifo do autor), Perez Luño destaca que a sua indiscutível dimensão utópica constitui um dos polos do seu significado, traz um projeto emancipatório real e concreto, e tende a conformar-se em formas históricas de liberdade, o que envolve outro polo do conceito. Defende, pois, que sem a dimensão utópica os direitos humanos perderiam a sua função legitimadora do Direito, pois, fora da experiência e

⁵⁰ AYUSO, Miguel. Liberdade e Direitos Humanos, In: CUNHA, Paulo Ferreira (org). **Direitos Humanos Teorias e Práticas**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 177.

⁵¹ Cf. Cabrita, Isabel, op. cit., p. 50.

⁵² Cf. René Provost. *International Human Rights*, p. 75. Apud Cabrita, op. cit., p. 50.

⁵³ Conforme Pèrez Luño, “[...] Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y /o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Las Generaciones de Derechos Humanos en la Sociedad Global*. REDESC. **Revista Direitos Emergentes**. Universidade Federal de Santa Maria. v. 2, n. 1, jan.jun./2013, p. 187-196. Disponível em: <www.ufsm.br/redesg>. Acesso em: 27 fev. 2017. (tradução livre).

da história, se perderiam seus próprios traços de humanidade. O autor encerra essa reflexão mencionando: melhor aprender a lição na realidade de hoje, para poder direcioná-la da melhor forma amanhã⁵⁴.

Para Martin Borowski, a característica desses direitos é a sua fundamentalidade, propriedade que se refere à proteção e à satisfação dos interesses e necessidades essenciais. Por este motivo, entende o autor que os direitos humanos constituem o núcleo das teorias da justiça, têm validade universal, e são atribuídos por igual a todos os homens do mundo⁵⁵.

Nesse ponto, Fabio Konder Comparatto questiona como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, assim como a sua obrigatoriedade. Para o autor, a resposta está na distinção elaborada pela doutrina germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais, ou seja, direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades detentoras do poder político de ditar normas, tanto no plano do Estado como no internacional. Em resumo, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais⁵⁶.

Da mesma forma, Martin Borowski reitera que “los derechos fundamentales son aquellos que se han admitido en la Constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los derechos humanos”⁵⁷. Para Manuel Atienza, os direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições operam no contexto do direito dos

⁵⁴ Sobre a dimensão utópica dos direitos humanos, conforme Pèrez Luño “[...] Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significación, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo del concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad. Se ha dicho, en expresión afortunada, que; “Bisogna apprendere la lezione della realtà di oggi, per poter essere capaci di dirigerla verso un modo migliore di domani”. Id. (tradução livre).

⁵⁵ Conforme Martin Borowski, “lo característico de estos derechos es su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales” [...] los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último”. BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 31. (tradução livre).

⁵⁶ COMPARATTO, Fábio Konder, op. cit., p. 57.

⁵⁷ BOROWSKI, Martin, *ibid.*, p. 36.

Estados Democráticos como critérios para identificar o direito válido, e são, de certo modo, os critérios definidores de validade do direito⁵⁸.

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que os direitos humanos trouxeram o legado do respeito ao ser humano, lançando luzes sobre a necessidade de impor ao Estado, e também fazer respeitar, por todos, a liberdade, tanto no plano físico – direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade e segurança, como também as liberdades do espírito, em várias esferas – religiosa, de pensamento, de associação – no sentido de que todo ser humano possa decidir seu plano de vida de acordo com suas convicções e concepções, conforme Isabel Cabrita expõe⁵⁹. Em última análise, liberdades que se espraiam nos direitos fundamentais.

Tendo em vista o objetivo deste estudo, faz-se aqui um recorte para o fim de contextualizar a influência dos Direitos Humanos na seara da saúde e o seu legado à luz dos dispositivos Internacionais, que trouxeram novas compreensões e interpretações sobre essa matéria, em âmbito mundial.

De acordo com Sueli Gandolfi Dallari⁶⁰, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, evidencia que saúde é uma das condições necessárias à vida digna, conforme se verifica no artigo 25 da Carta⁶¹.

Toda pessoa tem o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

As ideias da Carta se reproduziram e inspiraram vários outros textos internacionais, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;

⁵⁸ Para Manuel Atienza, “los derechos humanos (los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones) operan, en el contexto de los Derechos de los Estados democráticos, como criterios para identificar El Derecho válido y son, en cierto modo, los criterios últimos de validez Del Derecho”. ATIENZA, Manuel. **El sentido Del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2014. p. 226. (tradução livre).

⁵⁹ CABRITA, Isabel, op. cit., p. 51.

⁶⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde...**, p. 57

⁶¹ **Declaração dos Direitos do Homem. Artigo 25**. Disponível em: <http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-21-30.html>. Acesso em: 19 fev. 2017.

Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, junho de 1993⁶².

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, é o principal instrumento internacional de proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este documento consolida uma série de direitos já declarados na Declaração Universal de Direitos Humanos, dentre os quais destaca-se o direito ao mais elevado nível de saúde física e mental, à educação, à participação na vida cultural e no progresso científico⁶³.

Nesse sentido, merece destaque o artigo 12 do referido Pacto – PIDESC – que contempla, explicitamente, a proteção da saúde ligada a um padrão de qualidade de vida⁶⁴, inteiramente ratificado pelo Brasil, em 1992.

A respeito do artigo 12 do referido Pacto, o Comentário Geral nº14⁶⁵, de maio de 2000, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – órgão responsável pela fiscalização e implementação do PIDESC – destaca, detalhadamente, a necessária relação do direito à saúde com outros direitos humanos, como habitação, alimentação, educação e dignidade.

⁶² CABRITA, Isabel, op. cit., p. 31.

⁶³ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO. Pesquisa. **O Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais Sociais**. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. PIDESC. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁶⁴ **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Art. 12. 1** – Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

2 - As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;

b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;

d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_16.pdf>. Ratificado no Brasil pelo Decreto n 592. De 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁶⁵ Cf. **Observación general 14 (2000)**. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a La salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. p. 02. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

Nessa perspectiva, o enunciado 43⁶⁶ do referido Comentário apresenta um rol de obrigações básicas necessárias a ser implementadas, de modo a contemplar um mínimo existencial para a vida humana com saúde, tais como a garantia de acesso ao atendimento à saúde, alimentação essencial mínima e adequada a garantir saúde, moradias saudáveis, acesso a medicamentos, entre outras medidas básicas.

No âmbito regional de proteção dos direitos humanos, encontram-se outros tratados que asseguram e reafirmam o direito humano à saúde conforme determinações anteriores, como é exemplo a Carta Social Europeia, de 1961, revista em 1966 (artigo 11)⁶⁷; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos Humanos em Matéria de Direitos Sociais e Culturais, de 1988 (Protocolo de San Salvador), que reafirma o Pacto sobre os direitos Internacionais Civis, Políticos e Sociais (artigo 10)⁶⁸; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (artigo 16)⁶⁹.

Todos esses documentos evidenciam a preocupação com a saúde de forma ampla, envolvendo o homem em todos os aspectos. Portanto, pode-se dizer que o direito à saúde, tratado na esfera internacional, apresenta múltiplas faces, na medida em que abrange promover, preservar ou recuperar a saúde do povo⁷⁰.

Na relação entre Direitos Humanos e Saúde, o quadro abaixo é elucidativo ao demonstrar as conexões entre as violações que causam impactos na saúde, e a necessária tutela desse bem em todas as suas esferas.

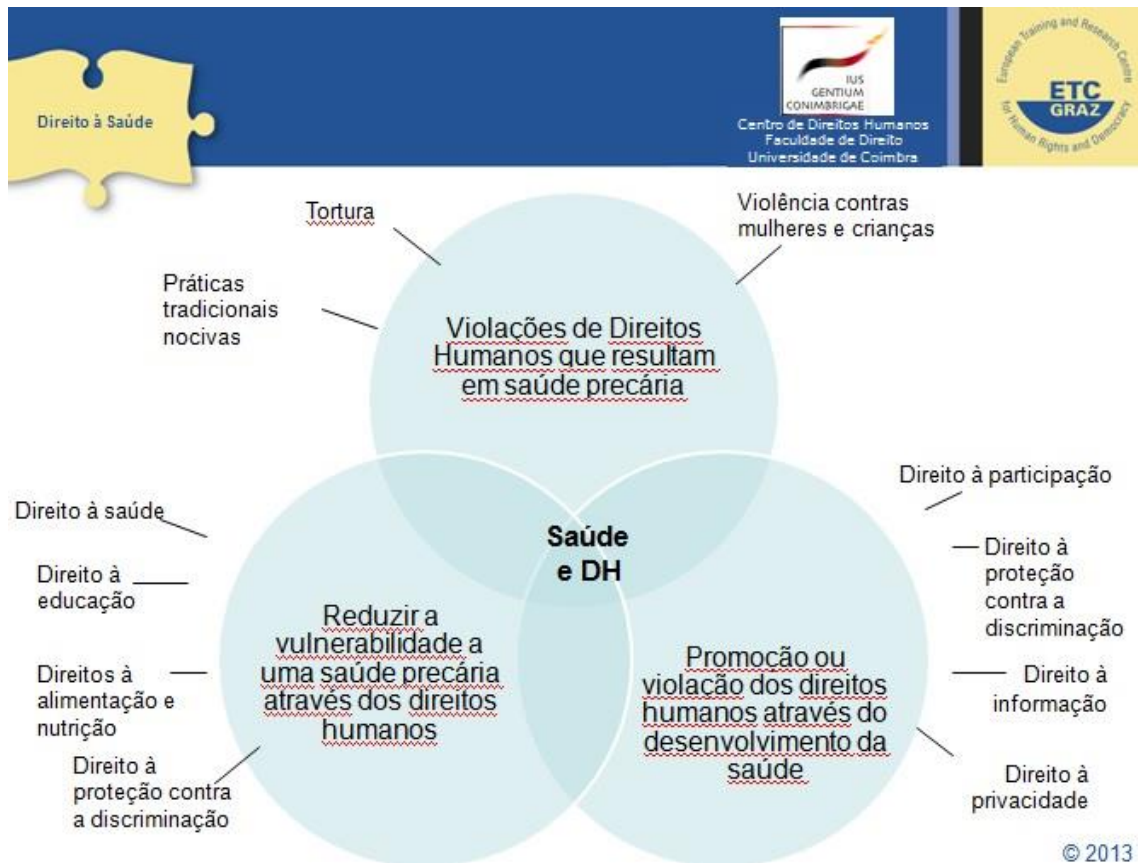
⁶⁶ Ibid., p.12.

⁶⁷ Cf. **Artigo 11 da Carta Social Europeia**. “Todas as pessoas têm o direito de beneficiar de todas as medidas que lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possam atingir”. Disponível em: [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Carta_Social_Europeia_\(Revista\)%201996.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Carta_Social_Europeia_(Revista)%201996.htm). Acesso em: 25 fev. 2017.

⁶⁸ Cf. **Art. 10 do Protocolo de San Salvador**. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁶⁹ Cf. **Artigo 16 da Carta Africana**. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁷⁰ DALARI, Sueli Gandolfi. Uma Nova Disciplina: O Direito Sanitário. **Revista Saúde Pública**. São Paulo, 22 (4):327-34, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.



Desse modo, no estudo realizado pela Universidade de Coimbra⁷¹, visualiza-se o entendimento sobre saúde que abarca dimensões amplas, e que devem ser vistas a partir de conceitos multidisciplinares. (Fonte: Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra).

1.2 DA MULTIFACETÁRIA NOÇÃO DE SAÚDE COMO QUALIDADE DE VIDA E NECESSIDADES HUMANAS

Verifica-se que o conceito de saúde vem se modificando através dos tempos e, atualmente, o entendimento a esse respeito transcende a percepção de doença e atendimento médico. Numa dimensão ampliada, saúde, hoje, é pensada em uma esfera que envolve vários aspectos integrados, tais como físico, moral, espiritual, social e material. Dessa forma, entende-se que é o conjunto desses elementos, devidamente harmonizados, que proporciona bem-estar e saúde aos cidadãos.

⁷¹ Fonte: Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/05_manual_saude.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

Alinhado aos Pactos Internacionais antes mencionados, sustenta-se que a integração desses elementos deve contemplar as necessidades humanas para bem viver, ou seja, fatores como paz, segurança, moradia, alimentação, renda, educação, meio ambiente, entre outros, são requisitos indispensáveis para uma vida equilibrada, proporcionar qualidade de vida, e, conseqüentemente, obter saúde.

O entendimento predominante sobre saúde foi, por muito tempo, a ausência de doenças físicas ou mentais, e a organização dos serviços de saúde voltava-se diretamente para o aspecto médico curativo⁷². Atualmente, a Organização Mundial da Saúde – OMS – define saúde como “o estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”⁷³, ampliando expressivamente o conceito de saúde⁷⁴.

Essa definição revela a complexidade do tema, bem como, a necessidade de uma atuação coordenada na organização das políticas públicas, que envolve “ações intersetoriais e interdisciplinares no sentido de criar condições de vida saudáveis”⁷⁵. Sob essa ótica, o conceito transcende o mero atendimento clínico e de assistência médica.

Conforme Chiavenato observa, atualmente, de acordo com senso comum entre a população e os militantes desse setor, compreende-se que “o processo saúde-doença é um processo social caracterizado pelas relações dos homens (através do trabalho e das relações sociais, culturais e políticas) num determinado espaço geográfico do tempo histórico”⁷⁶.

⁷² TANCREDI, Francisco Bernardini; BARRIOS LOPEZ, S. R.; FERREIRA G., Henrique José. Planejamento em Saúde: Um Conceito Ampliado de Saúde. In: **Saúde e Cidadania**. Livro 2. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/index.html>. Acesso em: 14 dez. 2015.

⁷³ **WHO – Constitution World Health Organization**. “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”.(tradução livre). Disponível em: <<http://www.who.int/topics/en>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁷⁴ Em que pese a relevância do conceito, Christophe Djours critica a definição de saúde e estabelece duas razões: “a primeira é que esse estado de bem-estar e de conforto, se nos aprofundarmos um pouco mais, é impossível de definir. E a segunda crítica a fazer é que, no fundo, esse perfeito e completo estado de bem-estar... não existe!” Cf. CHRISTOPHE DEJOURS. **Por um novo conceito de saúde**. Palestra proferida na Federação dos Trabalhadores da Metalurgia da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT) 22.05.2010. Publicada na Revista Brasileira de Saúde ocupacional. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/dejours-1986-por-um-novo-conceito-de-saude.html>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁷⁵ TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento...**

⁷⁶ CHIAVENATO, I. Administração - Teoria, Processo e Prática. São Paulo, Ed. McGraw-Hill, 1985, pp. 161-176. In: TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento...**

A partir desse paradigma, estabeleceu-se consenso em âmbito mundial, de que a questão da saúde ultrapassa a assistência médica e ambulatorial, e implica em programas de planejamento político e social para o enfrentamento dessa relevante questão social⁷⁷. Nesse sentido, a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em Ottawa, Canadá, em 1986, resultou na Carta de Intenções que definiu a promoção da saúde como “processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde”, e firmou o seguinte entendimento:

[...] para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. [...] Assim, a promoção à saúde não é responsabilidade exclusiva do setor da saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global⁷⁸.

Observa-se, no teor da Carta, que o tema saúde passou a ser incorporado como “o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico e pessoal”, o que implica ações de promoção concretas de forma a atender adequadamente múltiplos aspectos⁷⁹, que dizem respeito a uma série de necessidades do cidadão, consideradas imprescindíveis para uma vida digna.

Nessa perspectiva, fatores elencados na Carta como essenciais referem-se a múltiplos setores do cotidiano, tais como: paz, na redução da violência; habitação, em condições dignas de moradia; educação, no cumprimento do ensino compulsório, redução da evasão escolar e revisão da qualidade de ensino; alimentação, na garantia de política municipal de alimento na mesa da família; geração de renda para todos e com volume compatível para manter a vida; ecossistema saudável, ar salubre, água potável, entre outros fatores ambientais; alimentos em quantidade suficiente e de boa qualidade; recursos renováveis, que garantam a continuidade para as próximas gerações⁸⁰.

⁷⁷ Cf. DEVER, G. E. A. A Epidemiologia na Administração dos Serviços de Saúde. São Paulo: Pioneira, 1988. p. 47-68. In: TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento**.

⁷⁸ Cf. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Promoção à Saúde: Carta de Ottawa, Declaração de Adelaide, Sundsvall e Santa Fé de Bogotá, Brasília, 1996. In: TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento**.

⁷⁹ Cf. MEHRY, E. E. Razão e Planejamento. São Paulo: HUCITEC, 1994. p. 118. In: TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento**.

⁸⁰ Cf. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Promoção à Saúde: Carta de Ottawa, Declaração de Adelaide, Sundsvall e Santa Fé de Bogotá, Brasília, 1996. In: TANCREDI, Francisco Bernardini. **Planejamento**, id.

De acordo com essa orientação, “os serviços de saúde devem estar aptos para atender o homem em todas as suas necessidades, seja com recursos próprios ou em parceria com outros municípios”.⁸¹ Voltava-se, portanto, para a busca pelo bem-estar social, de forma ampla.

A essa Conferência seguiram-se outras três, que resultaram em um aprofundamento do conceito de promoção à saúde: a Declaração de Adelaide (Austrália, 1988), a Declaração de Sundsvall (Suécia, 1991) e a Declaração de Bogotá (Colômbia, 1992), as quais reforçaram a crítica à organização dos serviços de saúde, reafirmando sua responsabilidade no desenvolvimento de ações de promoção, além da oferta de serviços clínicos e de urgência⁸².

Verifica-se, nessas ideias, um conceito de saúde e, em especial, saúde pública, voltado à efetivação de um conjunto de situações concretas que dizem respeito à vida do ser humano em um todo, e não apenas à assistência médica. Em outras palavras, visa à realização das necessidades humanas para uma vida com qualidade.

Nesse sentido, observa-se que, nos últimos anos, a expressão qualidade de vida tem sido utilizada de forma recorrente por profissionais da saúde e pela população de um modo geral. Entretanto, a esse respeito, impõe-se questionar: o que se entende por qualidade de vida?

Para os estudiosos dessa matéria, “os conceitos de saúde, saúde pública e qualidade de vida estão intimamente relacionados, e a efetivação de medidas para atender essas demandas é de alta relevância para toda a população”. Nesse sentido, firma-se cada vez mais a ideia de “promover saúde e não apenas curar doenças, através de políticas de saúde pública, saneamento básico e melhoria das condições de vida da população”⁸³.

Por considerar mais apropriado à realidade sociocultural dos tempos atuais, Deliberato apresenta um conceito mais dinâmico de saúde. Para esse estudioso,

⁸¹ Id.

⁸² Id.

⁸³ COELHO, D. A. T. M.; ALMEIDA FILHO, N. Conceitos de Saúde em Discursos Contemporâneos de Referência Científica. História, Ciências e Saúde. Manguinhos, v. 9, p. 315-333, 2002. In: SANTOS FILHO, Sebastião David et al. Saúde, saúde pública e qualidade de vida: avaliação do interesse da comunidade científica. Artigo. **RBCEH**, Passo Fundo, v. 4, n. 2, p. 23-30, jul/dez. 2007, p. 24. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/142/114>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

“saúde é um estado relativo de equilíbrio da forma e função do organismo, que resulta de seu ajustamento dinâmico satisfatório às forças que tendem a perturbá-lo”. Nesse sentido, entende o autor, que saúde não é um inter-relacionamento passivo entre a matéria orgânica e as forças que agem sobre ela, mas “uma resposta ativa do organismo no sentido de reajustamento”⁸⁴.

Nessa perspectiva, entende-se que o ser humano necessita harmonizar as suas necessidades para que obtenha uma vida equilibrada ou, em outras palavras, uma condição de vida ideal. De acordo com essa premissa, as ações para promover saúde “não implicam somente a utilização do raciocínio clínico, do diagnóstico, da prescrição de cuidados e da avaliação da terapêutica instituída”. Indicam, antes, “processos de intervenção para que o indivíduo e a coletividade disponham de meios para a manutenção ou recuperação do seu estado de saúde”, no qual estão relacionados os fatores orgânicos, psicológicos, socioeconômicos e espirituais^{85, 86, 87}.

No que tange à qualidade de vida, considera-se “a percepção da posição do indivíduo na vida, no contexto de sua cultura e sistema de valores nos quais está inserido e em relação a seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”. Portanto, falar de qualidade de vida é pensar uma ideia de forma abrangente, afetada pelo conjunto que envolve a saúde física do indivíduo, estado psicológico e nível de independência, relações sociais e relações com o meio ambiente em que o homem está inserido⁸⁸. Essa é uma preocupação mundial e que tem despertado a atenção dos estudiosos⁸⁹.

⁸⁴ DELIBERATO, P. C. P. *Fisioterapia Preventiva*. São Paulo: Manole, 2002. In: SANTOS FILHO, Sebastião David et. al. **Saúde, saúde pública e qualidade de vida...** id.

⁸⁵ PEREIRA, A. L. F. As Tendências Pedagógicas e a Prática Educativa nas Ciências da Saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, p. 1527-1534, 2003. In: SANTOS FILHO, Sebastião. **Saúde...**, id.

⁸⁶ A partir desses posicionamentos, saúde pública é pensada como “um conjunto de ações para prevenir doenças, prolongar e promover a saúde através da higiene e da educação sanitária, utilizando medidas de alcance coletivo e de motivação da população”. MERHY, E. E.; QUEIROZ, S. M. *Saúde Pública, Rede Básica e o Sistema de Saúde Brasileiro*. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, p. 177-184, 1993. In: SANTOS FILHO, Sebastião. **Saúde...**, p. 24.

⁸⁷ Destaca-se também, a prática educativa que abrange “atividades de educação em saúde, voltadas para o desenvolvimento de capacidades individuais e coletivas, visando à melhoria da qualidade de vida e saúde e atividades de educação permanente, dirigidas aos trabalhadores da área da saúde através de formação profissional contínua”. PEREIRA, A. L. F. As tendências pedagógicas e a prática educativa nas ciências da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, p. 1527-1534, 2003. In: SANTOS FILHO, Sebastião, op. cit., id.

⁸⁸ SEIDL, F. M. E.; ZANNON, C. L. M. Qualidade de Vida e Saúde: aspectos conceituais e metodológicos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, p. 580-588, 2004. In: SANTOS FILHO, Sebastião, op. cit., p. 25.

⁸⁹ Observa-se, no que diz respeito à saúde, saúde pública e qualidade de vida, “existe interesse permanente e crescente pela definição de indicadores que permitam avaliar a eficácia, a eficiência e o

Em seus estudos sociológicos, Anthony Giddens observa, conforme análise de Richard Wilkinson⁹⁰, que, ao investigar a relação entre coesão social e saúde, analisando dados empíricos de vários países, percebe-se a clara relação existente entre desigualdade e distribuição de renda, fatores que aumentam os riscos e desafios em nível crescente, provocam maior isolamento social e fracasso em enfrentar o estresse, e que tem reflexos nos indicadores de saúde.

Para esse pesquisador, “fatores sociais, como a solidez dos contatos sociais, os elos dentro de comunidades, a disponibilidade de apoio social e a sensação de segurança, são os principais determinantes da saúde relativa de uma sociedade”. Tais observações evidenciam a relevância de “políticas públicas mais humanas e socialmente responsáveis para apoiar os desfavorecidos”⁹¹.

Também são relevantes as observações de Ann Oakley⁹² e seu grupo de trabalho, ao concluir que a relação entre estresse e saúde é percebida de forma acentuada na vida das pessoas originárias da classe trabalhadora. Em seus estudos, a pesquisadora percebeu a importância da assistência social nos serviços de aconselhamento, serviços telefônicos de emergência ou visitas a domicílios, que podem agir como prevenção contra doenças. Conclui a autora que a assistência social é um importante fator à prevenção ou solução de doenças e enfermidades.

Conforme especialistas da área da saúde entendem, importante é saber reconhecer esta abrangência e complexidade causal, que saúde e doença não são estados isolados, de causa aleatória e, portanto, “não se está com saúde ou doença por acaso”. Sustenta-se que “há uma determinação permanente, um processo causal, que se identifica com o modo de organização da sociedade. Daí se dizer que há uma produção social da saúde e ou da doença”⁹³, e que necessita ser enfrentado. Nesse

impacto de determinadas ações que poderão ser de importância para a sociedade, respeitando as particularidades de cada cultura e que não levem ao comprometimento do meio ambiente. Pelo contrário, que essas ações possam integrar harmonicamente o ser humano com um crescimento sustentado sem acarretar agressões para o meio onde ele está inserido. Isso tem sido uma preocupação de vários pesquisadores em todo mundo”. FREITAS, C. M. Problemas Ambientais, Saúde Coletiva e Ciências Sociais. Ciência e Saúde Coletiva, v. 8, p. 137-150, 2003. In: SANTOS FILHO, Sebastião. **Saúde...**, p. 25.

⁹⁰ GIDDENS Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Tradução: Sandra Regina Netz. Consultoria, supervisão e revisão técnica desta edição: Virgínia Aita. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 136-137.

⁹¹ Id.

⁹² Id.

⁹³ TANCREDI Francisco Bernardini; BARRIOS Lopez, S. R.; FERREIRA G., Henrique José. Planejamento em Saúde: Um Conceito Ampliado de Saúde. In: **Saúde e Cidadania**. Livro 1. Disponível

sentido, pensar em saúde e qualidade de vida é pensar em realizações de condições de vida digna que, no entanto, dependem de meios que assegurem a realização das necessidades humanas. E, assim sendo, procura-se compreender, a partir de análises interdisciplinares, quais são as necessidades humanas indispensáveis para bem viver.

Conforme o pensamento de Antônio Carlos Wolkmer, “a estrutura do que se chama ‘necessidades humanas fundamentais’ (grifo do autor) não se reduz meramente às necessidades sociais e materiais, mas compreende necessidades existenciais (de vida), materiais (subsistência) e culturais”⁹⁴. Dessa forma, a dinâmica das necessidades e das carências de uma coletividade diz respeito “tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante ausência ou vazio de algo almejado e nem sempre realizável”, e por estarem em permanente redefinição, tais carências são inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço⁹⁵.

Alinhado a essas ideias, Marcos Augusto Maliska observa que o “conjunto das ‘necessidades humanas’ varia nas diferentes sociedades e culturas, e envolve um amplo e complexo processo de socialização marcado por escolhas cotidianas sobre ‘modos de vida’ e ‘valores’ (a liberdade, a vida, a justiça, como universais)” (grifos do autor)⁹⁶. Nesse sentido, a teoria das necessidades, formulada por Agnes Heller, traz elementos relevantes para a compreensão do homem em relação a sua vida cotidiana, e induz a pensar o ser humano e suas carências numa dimensão que vai além das necessidades mínimas para uma vida digna.

Para a autora, “as necessidades humanas tornam-se conscientes, no indivíduo, sempre sob a forma de necessidade do Eu. O ‘Eu’ tem fome, sente dores (físicas e psíquicas); no ‘Eu’ nascem os afetos e as paixões”. Desse modo, entende que a dinâmica básica da particularidade individual humana é a “satisfação dessas necessidades do ‘Eu’” (grifos da autora)⁹⁷.

em: <http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/index.html>. Acesso em: 31 nov. 2015.

⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 31 n. 122, maio-jul. 1994, p. 276.

⁹⁵ Cf. NUNES, Edison. Carência Urbanas, Reivindicações Sociais e Valores Democráticos. Lua Nova. São Paulo, n. 17, jun. 1989, p. 68; FALEIROS, Vicente de Paulo. A Política Social do Estado Capitalista. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1985. p. 25-35. Apud. WOLKMER, Antônio Carlos, id.

⁹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79-80.

⁹⁷ HELLER, Agnes. **O Cotidiano e a História**. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 35.

Analisando necessidades humanas sob essa ótica, vislumbra-se uma perspectiva ampla, que compreende muito mais do que o básico alimentar, vestir, habitar etc.; conforme a autora pontua, as necessidades humanas abrangem aspectos morais, éticos, políticos, culturais, de lazer, entre outros, que, encadeados, elevam o ser humano moral e intelectualmente, ou seja, direcionam para uma vida com dignidade.

A esse respeito, vem somar o pensamento de Joaquín Herrera Flores e a sua teoria crítica dos direitos humanos, ao expressar que “nosotros no comenzamos por “los derechos”, sino por los “bienes” exigibles para vivir con dignidad”, numa referência à necessidade de se obter bens, materiais e imateriais, desde a liberdade de religião, educação, moradia, meio ambiente saudável, cidadania, alimentação equilibrada, tempo para lazer e estudo, entre outros, que satisfaçam as necessidades e não apenas cumpram com direitos mais elementares⁹⁸. Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet entende que uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, pois “a vida humana não pode ser reduzida à mera existência”⁹⁹, tema que será melhor desenvolvido adiante, no estudo do mínimo existencial.

Com base nessas reflexões, pode-se dizer que o tema necessidades humanas abarca uma dimensão que transcende o que se entende como o “mínimo necessário para viver” (grifo nosso), e envolve um conjunto de situações subjetivas imprescindíveis para o ser humano se desenvolver de forma equilibrada, e, conseqüentemente, viver com dignidade. Portanto, pensar saúde implica compreender o conjunto de vários elementos do cotidiano, devidamente conectados, e na medida em que se realizam as necessidades humanas conforme as expectativas e desejos de cada pessoa, para atingir bem-estar e equilíbrio físico e espiritual.

Por essas razões, é imprescindível considerar a visceral ligação existente entre saúde, necessidades humanas e dignidade como fatores que impõem proteção. Conforme observa Antônio Carlos Wolkmer, segmentos sociais marginalizados e

⁹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención...**, p. 11-22.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “Mínimo Existencial” e Direito privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas relações entre Particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 567-568.

oprimidos não estão apenas vinculados à percepção de necessidades comuns, mas, sobretudo, à noção essencial da “ausência” (grifo do autor) de direitos¹⁰⁰.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Heinrich Scholler: “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade’”¹⁰¹.

Soma-se aqui o pensamento de Jorge Reis Novais ao consignar, que, independentemente da complexidade e das dificuldades de estabelecimento de uma composição adequada entre direitos, valores e interesses divergentes, está presente a necessidade de ser preservados, na sua esfera jurídica, uma dimensão essencial e intocável de liberdade, privacidade, autonomia e bem-estar¹⁰².

Nesse ponto, oportuno destacar as reflexões de Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁰³, ao comentar o Art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos, que contempla a igualdade de todos os seres humanos em dignidade e direitos:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Com essas considerações, levando em conta a expressiva parcela de pessoas que não dispõem de meios necessários à obtenção de uma vida equilibrada pela satisfação das suas necessidades, dentre estas, a saúde, impõe-se a necessidade da tutela desse bem, como um direito fundamental social do cidadão, consagrado pela Constituição de 1988, como elemento de concretização da dignidade da pessoa humana.

1.3 DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante da conexão intrínseca da saúde com a vida, ao contemplar o direito à saúde, a Constituição visa proteger a vida e, considerando a inequívoca relevância

¹⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *ibid.*, p. 277.

¹⁰¹ Cf. SCHOLLER, Heinrich. In: SARLET, Ingo. W. **Direitos Fundamentais sociais**. “Mínimo Existencial” e Direito privado: Breves Notas..., p. 567-568.

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. 1. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. p. 61.

¹⁰³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13.

do bem tutelado, que abrange integridade física e psíquica, sob a égide da dignidade humana, identifica-se a fundamentalidade do direito à saúde, com sustentação no regime jurídico constitucional.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – disciplinou exaustivamente o rol dos direitos fundamentais e inovou, ao colocar no mesmo Título da Carta o catálogo dos Direitos Sociais, onde se encontra também o direito à saúde, no artigo 6º, e assim, um direito fundamental social.

Segundo José Afonso da Silva, “é difícil definir um conceito sintético e preciso de direitos fundamentais”. Conforme se verificou, os direitos fundamentais resultam de uma construção histórica e vão se ampliando e se transformando ao longo do tempo e, por isso mesmo, de acordo com as circunstâncias, vão recebendo designações diversas, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, entre outras expressões, onde se inclui direitos fundamentais do homem¹⁰⁴.

Para José Afonso da Silva, na leitura de Pèrez Luño, direitos fundamentais do homem é a designação mais apropriada porque se refere a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”, e designa também, “*no nível do direito positivo* (grifo do autor) aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todos”¹⁰⁵.

Nessa linha de pensamento, ensina o autor que, “no qualificativo *fundamentais* (grifo do autor) acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sempre sobrevive”; e complementa o pensamento expressando: “fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”¹⁰⁶.

José Afonso da Silva alinha-se ao pensamento de Pèrez Luño ao destacar “a expressão direitos fundamentais do homem não significa esfera privada

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem. 17. ed. S. Paulo: Malheiros, 2000. p. 179.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 182.

¹⁰⁶ *Id.*

contraposta à atividade pública, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”; ao situar a fonte dos direitos fundamentais na soberania popular, para o autor, “está implicitamente definida sua historicidade, e enriquecido o seu conteúdo”, em conformidade “com relações econômicas e sociais de cada momento histórico”¹⁰⁷.

Desse modo, o entendimento de que, ao acolher os direitos fundamentais de forma ampla e abrangente, a Constituição de 1988 “traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado Democrático de Direito” (art. 1º da CF/1988); a expressão direitos fundamentais “contém princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos”¹⁰⁸. Considerando que a natureza dos direitos fundamentais são situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, são direitos constitucionais na medida em que se inserem no teto de uma Constituição, e, portanto, são direitos que nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular¹⁰⁹.

Nessa perspectiva, Cristina Queiroz destaca que os direitos fundamentais são “direitos constitucionalmente garantidos” (grifo da autora), mas não devem ser compreendidos somente na dimensão técnica de limitação do poder do Estado, mas, antes, devem ser compreendidos como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva. “Desse modo, os direitos fundamentais proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, ou seja, um “sistema de valores” (grifos da autora)¹¹⁰.

Conforme a autora portuguesa pontua, tais valores, por se constituírem além da base dos direitos fundamentais, também pelos princípios constitucionais do Estado de Direito, ou do princípio do Estado Social, indicam o elemento da “sociabilidade”, apontando para uma intervenção estatal não apenas como “limite”, mas como “fim”, ordenando concretos “deveres de proteção” pelo Estado (grifos da autora)¹¹¹.

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ Ibid., p. 182-183.

¹⁰⁹ Ibid., p. 183-184.

¹¹⁰ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 167.

¹¹¹ Id.

Assim sendo, de acordo com Ana Paula de Barcellos, os direitos fundamentais, também denominados como direitos de liberdade ou de defesa, formam um consenso mínimo de proteção do homem em face de qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de deliberação democrática, e a Constituição, como norma jurídica central no sistema, vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. Nesse sentido, é o entendimento de que o sistema democrático não poderá funcionar adequadamente se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se os seus direitos não forem minimamente respeitados¹¹².

Nesse contexto, Adriana da Costa Ricardo Schier destaca a importância de “reconhecer que os direitos fundamentais são direitos diferenciados” consagrados no texto constitucional, e, dada a importância dos bens jurídicos que protegem “formam a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito”¹¹³.

Referindo-se à Carta de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet observa que os direitos fundamentais representam um conjunto fortemente protegido pela ordem constitucional, sobretudo porque “contém decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa”¹¹⁴. Para Adriana da Costa Ricardo Schier os direitos fundamentais “traduzem, portanto, para o campo jurídico, os valores” que a sociedade elegeu e que “identificam o núcleo dos anseios sociais”, os quais, no seu conjunto, expressam as diretrizes do projeto de Estado que o poder constituinte originário previu¹¹⁵.

Conforme Jorge Reis Novais pontua, “cabe aos direitos fundamentais concretizar, desenvolver e garantir a vinculação do Estado e dos poderes públicos ao comando constitucional”¹¹⁶. Nesse sentido convergem os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, ao expressar: “[...] como são um elemento constitutivo do Estado

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Salvador: **Revista Diálogo Jurídico**. n.15, jan/2007. p. 09-10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

¹¹³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público**. Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social. Curitiba: Ítala, 2016. p. 182.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 89.

¹¹⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 183.

¹¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade...**, p. 75.

de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático [...] coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural”¹¹⁷.

Na linha de pensamento de Konrad Hesse, Paulo Ricardo Schier destaca que “é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição [...] justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder”¹¹⁸. E na leitura de Hans Peter Schneider, “a lei fundamental pode ser considerada como a Constituição dos direitos fundamentais, e interpretada e desenvolvida sempre em função destes direitos fundamentais [...] e o Estado existe para servir aos indivíduos e o não o indivíduo para servir ao Estado”¹¹⁹.

De acordo com Gustavo Binbenbajm, ainda que existam diferentes fundamentações teóricas, há, na atualidade, certo consenso de que os direitos fundamentais e democracia são elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito, e a Constituição é o instrumento pelo qual esses direitos se institucionalizam no âmbito do Estado¹²⁰.

Segundo pensamento do autor, as premissas dos direitos fundamentais e democracia “representam duas das maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos”, e toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem da autoridade* (grifos do autor) do Estado e do direito, se direcionam para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática¹²¹. E, sendo o princípio da dignidade humana o norteador da Constituição de 1988¹²², não resta dúvida de que

¹¹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 190.

¹¹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-26-maio-2011-paulo-schier.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹¹⁹ Cf. Hans Peter Schneider. **Democracia y constitución**, p. 17. In: SCHIER, Paulo Ricardo, Ensaio..., p. 5.

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. p. 45

¹²¹ Id.

¹²² CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Artigo 1.º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...], III – a dignidade da pessoa humana. id.

promove a aproximação da moral e do direito, que passa a refletir na esfera da Administração Pública.

Desse modo, se os direitos fundamentais traduzem, no âmbito interno, os valores axiológicos que fundam um sistema norteado na proteção dos cidadãos, giram todos os direitos fundamentais em torno da dignidade da pessoa humana.

É importante frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Carta de 1988 como norteador dos direitos fundamentais, pressupõe o respeito às condições básicas para o indivíduo obter uma vida equilibrada e saudável, segundo padrões considerados imprescindíveis para viver com dignidade. Nessa perspectiva, ações práticas voltadas ao bem-estar do cidadão, exigem uma proteção jurídica através do Estado que, num ambiente constitucional, é essencialmente assegurada pelos direitos fundamentais¹²³. Nesse sentido,

[...] ao reconhecer a todas as pessoas igual dignidade, e, porque, no relacionamento com os poderes públicos a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado, é que as Constituições consagram um elenco de direitos fundamentais destinados a assegurar juridicamente a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos¹²⁴.

Portanto, “é através do reconhecimento da sua dignidade que a pessoa se alça à qualidade de sujeito jurídico”, e, conforme Jorge Reis Novais consigna, a dignidade humana, mais do que um direito, ou mais do que uma garantia jurídica, é considerada como um “verdadeiro direito originário a ter direitos” (*Recht auf Recht*)¹²⁵ (grifo do autor).

A partir dessas premissas, entende-se que o Estado não dispõe dos direitos fundamentais, mas, antes, cabe-lhe respeitar, garantir, proteger e promover o desenvolvimento como forma de concretizar a ideia de República, fundamentada na dignidade da pessoa humana¹²⁶. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é a base em que assenta a República e representa o princípio fundamental na ordem dos valores, que orienta o relacionamento jurídico entre Estado e indivíduo; portanto,

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Dignidade...**, p. 75.

¹²⁴ Ibid., p. 69.

¹²⁵ Em nota, Jorge Reis Novais faz referência a Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, 1997, p. 502 e ss. Ibid., p. 70.

¹²⁶ Id.

conforme Dürig consigna, “influi na conformação jurídica da natureza e do alcance dos direitos fundamentais”¹²⁷.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento da consagração constitucional dos direitos fundamentais “destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco os direitos de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais)”. Dessa forma, se o Estado reivindica para si a qualificação de Estado de Direito, todo o poder público fica vinculado juridicamente, e obrigado a respeitar e a observar os direitos fundamentais¹²⁸.

A dignidade da pessoa humana, nessa perspectiva, representa a gênese do sistema dos direitos fundamentais, e, “reciprocamente, cabe aos direitos fundamentais concretizar, desenvolver e garantir a vinculação do Estado e dos poderes públicos ao comando constitucional da dignidade da pessoa humana”¹²⁹.

Assim, no campo dos direitos fundamentais, norteados pela ideia de dignidade, despontam os direitos sociais. Para José Afonso da Silva, “[...] os *direitos sociais* (grifo do autor) são a dimensão dos direitos fundamentais do homem”¹³⁰. Nesse sentido, “verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram [...] na base de todos os direitos sociais em exame”¹³¹.

Referindo-se aos Direitos Sociais, Beatriz González Moreno¹³² observa que, “una vez que el principio de la dignidad humana se entiende con referencia no sólo al individuo, sino al hombre inmerso en una concreta realidad social, se descubre aquí la raíz de los derechos clásicos de libertad civil y política, pero también la de los derechos sociales”¹³³.

¹²⁷ Cf. DÜRIG, **Der Grundrechtssatz Von der Menschenwürde**, cit. p. 118, p. 123 e ss. Apud. NOVAIS, Jorge Reis. **Dignidade...**, p. 72.

¹²⁸ Ibid., p. 73.

¹²⁹ Ibid., p. 75.

¹³⁰ Ibid. p. 289.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 342.

¹³² MORENO, Beatriz González. **El Estado Social**. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales. Madrid: Rógar, 2002. p. 84.

¹³³ Cf. Moreno, Beatriz González, [...] para la doctrina [...] los principios inspiradores, los orígenes de los derechos económicos y sociales se sitúan en La Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano” [...]; para algunos autores [...] “la parcial orientación social de la Declaración de Derechos, que ni estaba inspirada por un individualismo excesivo ni abrió la puerta al socialismo, sino que pretendió ‘proteger el valor de la persona humana en todas sus manifestaciones’”. Id.

É relevante observar que os ideais de bem-estar, traduzidos pelo artigo 6º da Constituição de 1988, encontram correspondência na Declaração Universal de 1948¹³⁴. Tais premissas inspiraram grande parte das Constituições democráticas surgidas no século XX, e contêm, em sua maioria, indicações claras da preocupação com o ser humano e seu bem-estar físico, moral e espiritual, presentes também na Constituição pátria, conforme se verifica no art. 6.º: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Não obstante essa previsão constitucional, verifica-se que a falta de clareza e de rigor científico na utilização de terminologia utilizada na redação, “pode ser apontada como uma das principais fraquezas dos direitos fundamentais”. Assim, no que tange aos direitos fundamentais sociais, a redação do art. 6.º da Carta constitucional, “que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, [...] suscita sérias dúvidas sobre o que integra tais direitos”¹³⁵. E, devido à formulação vaga das normas de direitos sociais, abre-se a discussão a respeito da sua fundamentalidade¹³⁶.

A esse respeito, Gerardo Pisarello se pronuncia, destacando que as teses que explicam as dificuldades de proteção dos direitos sociais apontam o seu caráter vago e indeterminado; para o autor, essa indeterminação leva ao entendimento de que teses como “moradia digna”, ou “o melhor nível possível de saúde” (grifos do autor) dizem muito pouco sobre o conteúdo concreto do direito em questão, e da mesma forma, sobre as obrigações envolvidas. No entanto, defende que, certo grau

¹³⁴ Cf. **Introdução da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”. DOTTI, René Ariel, op. cit., p. 160.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 81.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais. “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas...**, p. 555.

de vaguidade semântica é um traço inerente não só da linguagem jurídica como da própria linguagem natural¹³⁷.

O autor argumenta que, em se tratando de direitos consagrados em textos internacionais, podem trazer exigências derivadas do pluralismo político, que, em face de uma regulação com base em obrigações contidas em direitos dessa natureza, poderia reduzir o espaço de discussão democrática (tradução livre)¹³⁸.

Entretanto, Gerardo Pizarello ressalta que, na verdade, nem a relativa abertura na formulação dos direitos sociais equivale a uma incompreensão, assim como nem a indeterminação impõe um limite insuperável, pois, considerando que todos os direitos apresentam zonas de penumbra, mas também, um núcleo de certeza, dos quais podem extrair-se deveres básicos para os poderes públicos¹³⁹.

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet observa que os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), o que evidencia o dever de atuação positiva do Estado – tanto pelo dever de implementação e a garantia de proteção e segurança social ao cidadão, como instrumento para assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna; assim, direciona ao conteúdo dos direitos fundamentais, e, portanto, para sua própria fundamentalidade¹⁴⁰.

Portanto, no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, expressamente previsto no catálogo dos direitos sociais, pode-se afirmar que é a

¹³⁷ Sobre a discussão de direitos sociais como direitos vagos e indeterminados, segundo Gerardo Pizarello, “habitualmente, la tesis que explica las dificultades de protección de los derechos sociales aludiendo a su carácter prestacional, viene reforzada por la denuncia de su carácter intrínsecamente vago e indeterminado”. Según esta última objeción, fórmulas como ‘vivienda digna’ o ‘el más alto nivel posible de salud’ dirían muy poco acerca del contenido concreto del derecho en cuestión así como de las obligaciones que entrañan [...] un cierto grado de indeterminación y de vaguedad semántica es un rasgo inherente no ya sólo al lenguaje jurídico sino al propio lenguaje natural [...] En el caso de derechos consagrados en textos constitucionales o en tratados internacionales puede incluso llegar a ser una exigencia derivada del pluralismo político, ya que una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que los derechos entrañan podría cerrar en exceso el espacio de discusión democrática en torno a su alcance”. PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y Sus Garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007. p. 67. (tradução livre).

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Sobre a alegada zona de incertezas dos direitos sociais, Gerardo Pizarello entende que “[...] en todo caso, ni la apertura relativa en la formulación de los derechos sociales equivale a ininteligibilidad, ni la indeterminación supone un límite insuperable [...] todos los derechos, en realidad, presentan ‘zonas de penumbra’ y un ‘núcleo de certeza’ del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos”. Id. (tradução livre).

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas...**, p. 555.

garantia da proteção do direito fundamental à vida, fundamentado na dignidade da pessoa humana, que confere ao cidadão o direito subjetivo de reivindicar assistência quando necessitar, e impõe ao Poder Público o dever de assegurar a sua prestação a todos que necessitem, pressuposto que irá nortear a tratativa de tais direitos vinculado ao tema da prestação dos serviços públicos, como será visto adiante.

Tais direitos traduzem, portanto, “os valores que deverão conduzir uma sociedade”¹⁴¹, e integram na Constituição um núcleo de direitos ligados à ideia de liberdade, igualdade e de solidariedade, conforme expressa Gregório Peces-Barba Martínez¹⁴². Em outras palavras, fundamento da democracia.

A partir dessas breves reflexões sobre os direitos fundamentais sociais, em que se inclui o direito à saúde, cabe verificar o tratamento desse direito fundamental no Brasil, a partir de um breve olhar histórico.

O direito à saúde tem história semelhante à dos demais direitos humanos. Em linhas gerais, desde a Antiguidade documentos demonstram a sua evolução, que remonta desde preceitos morais e religiosos para os hebreus, do conceito de “*mens sana corpore sano*” para os gregos, entre outras fases, até chegar ao reconhecimento da saúde como indispensável à dignidade humana, passando a ser um direito consagrado pelas Constituições.

No Brasil, registra-se que até 1988 o direito à saúde foi tema das Constituições brasileiras de forma pouco expressiva. Apenas o texto da Constituição de 1934 se destaca, e aborda essa possibilidade conferindo competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde (art. 10, II). A Carta previu a incumbência das três esferas de governo em “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e morbidade infantis; de higiene social que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” e, ainda, “de cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” (art. 138, f e g). Tratou também, na ordem econômica e social, dos preceitos a serem observados pela legislação

¹⁴¹ Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. [...] “aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça”. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005, p. 54.

¹⁴² Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba a respeito desses valores “[...] pasan de la ética pública al Derecho para optimizar un sistema de convivencia y de organización social que permita lo más posible el desarrollo de la dignidad humana de la mayor cantidad posible de personas”. **La constitución y los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 155.

trabalhista em assistência médica e sanitária (art. 121, h). Entretanto, essa Constituição teve curta duração e logo foi substituída pelo texto de 1937, que se limitou a atribuir a competência da União para planejar sistemas de saúde e exclusividade na legislação sobre normas gerais de saúde, mantendo a garantia de assistência médica e sanitária aos trabalhadores¹⁴³.

A Constituição de 1988, apropriadamente chamada Constituição Cidadã, foi pioneira ao determinar saúde como direito fundamental, previsto no rol dos direitos sociais, num considerável avanço. De acordo com Sueli Gandolfi Dallari, a introdução da saúde na Constituição brasileira deu-se, em grande medida, pelo resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final da década de oitenta. Conforme a autora destaca, “foi nesse rico período da história política brasileira” [...] que ocorreu expressiva participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais¹⁴⁴, considerado, até aquele momento, um fenômeno inédito¹⁴⁵.

No contexto da elaboração da Carta, é importante salientar a participação dos profissionais de saúde que se dedicavam ao atendimento de pessoas carentes, e começavam a se preocupar em fixar as bases de uma nova política de saúde, mencionada no painel Saúde na Constituição, durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília, em 1986¹⁴⁶. Essa política de saúde foi tema do I Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, realizado no Rio de Janeiro em 1986¹⁴⁷, e deu origem a uma proposta de emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte¹⁴⁸. Nesse sentido, é importante frisar que o texto constitucional referente à saúde – seção II, do capítulo da seguridade social, do Título VIII da Ordem Social – é, com poucas modificações, o mesmo texto elaborado pelos sanitaristas e apresentado como

¹⁴³ DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008, p. 10. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

¹⁴⁴ Foram recolhidas cerca de 12 milhões de assinaturas pelo Movimento Pró-Participação Popular na Constituinte, nas 122 propostas apresentadas. (Cf. WHITACKER, F. et al. Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 38). DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Construção...**, p. 11.

¹⁴⁵ Id.

¹⁴⁶ Sobre o Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde, ver: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf.

¹⁴⁷ Sobre o I Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva ver: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1986000300013>.

¹⁴⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Construção...**, p. 11

emenda popular¹⁴⁹. A referida Conferência também influenciou decisivamente a regulamentação do novo modelo de gestão da saúde pública¹⁵⁰, criado em 1990, com a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90¹⁵¹.

Verifica-se que nos períodos anteriores à vigência da Constituição de 1988, a saúde pública não era universalizada e restringia-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para a previdência – IAPs –, ou seja, grande parte da população que não estava inserida no mercado de trabalho era excluída do direito à saúde, e dependente, tal como ocorria no século XIX, da caridade pública^{152,153}.

A Carta de 1988 disciplinou, expressamente, o direito objetivo do Estado na prestação de políticas públicas de saúde para o cidadão, assim como o direito subjetivo deste para reivindicar e receber a devida assistência em prestações dessa natureza, conforme se verifica no artigo 196: “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”¹⁵⁴. Desse modo, a saúde passou a ser um direito para todos, indistintamente, e não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal¹⁵⁵, conforme se verifica na redação do artigo 198¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ SIMIONI, Ariane. **O Direito Humano e Fundamental à Saúde no Brasil e em Portugal**. II Colóquio de Ética, Política e Direito. UNISC 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/viewFile/13238/2395>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹⁵¹ Lei Orgânica da Saúde, ver em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>.

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2015. p. 13-14.

¹⁵³ Conforme Luis Roberto Barroso, que, “ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social”, aos quais somente os trabalhadores formais eram filiados, id.

¹⁵⁴ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

¹⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização...**, p. 14.

¹⁵⁶ Observa-se “o Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “as ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Tal sistema deve ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos mais abrangentes”. Ibid., p. 15.

Como Ingo Wolfgang Sarlet observa, ainda que o texto de 1988 não especifique o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde, o entendimento é o de que a Constituição alinhou-se à concepção ampla da OMS, e assim, de uma dimensão antes curativa, passou-se a compreender uma dimensão preventiva e promocional¹⁵⁷.

Analisando os termos contidos no artigo 196, entende-se que a expressão “recuperação” refere-se à saúde curativa, na garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura ou a melhora de doenças, por meio de tratamentos contínuos. As expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de saúde preventiva pela realização de políticas públicas de saúde, com o objetivo de evitar o surgimento de doença ou dano à saúde, individual ou coletiva. E o termo “promoção” tem conexão com a busca da qualidade de vida, por meio de ações, que evidencia “o mais alto nível possível de saúde”, tal como observado nos artigos 2º e 12º do PIDESC¹⁵⁸, inspirado nas premissas da Declaração dos Direitos Humanos¹⁵⁹.

Segundo Sueli Gandolfi Dallari, a força do envolvimento popular e, também, o fato de a proposta técnica de um sistema de saúde ter sido elaborado por sanitaristas, explica porque o direito à saúde vem sendo eficaz. Nesse sentido, a autora observa que dentre os direitos sociais, somente o direito à saúde vincula-se com clareza às políticas sociais e econômicas, conforme artigos 196, 198 e 200; e o artigo 197, que define saúde como relevância pública¹⁶⁰.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. p. 8 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletaneaTAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Observa-se que as premissas da Declaração Universal serviram de inspiração aos Tratados e legislações sobre saúde em nível mundial, e motivaram a Organização Mundial da Saúde, em 1946, que imprimiu um novo conceito sobre saúde. DALLARI, Sueli G. **A Construção...**, p. 12.

¹⁶⁰ Conforme a Constituição Federal de 1988:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

Após a década de 1980, a sociedade brasileira, gradativamente, foi tomando consciência de seu direito à saúde, constitucionalmente assegurado, passando a reivindicar a sua garantia. Da mesma forma, os profissionais da área da saúde passaram a exigir da Administração Pública “a proteção, promoção e recuperação da saúde, como garantia do direito essencial do povo”, assinala Sueli Gandolfi Dallari¹⁶¹.

Tomando por base o entendimento de que saúde é “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”¹⁶², Sueli Gandolfi Dallari observa que existe um *continuum* na noção de saúde, “que tem em um de seus polos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados”¹⁶³, ou seja, a saúde depende das circunstâncias físicas, biológicas, sociais, culturais e ambientais peculiares a cada indivíduo ou comunidade¹⁶⁴, pontua a autora.

Nesse sentido, as campanhas de vacinação contra febre amarela, entre outras doenças que têm ressurgido no Brasil atualmente, podem servir de exemplo, uma vez que a implicação desse fato no estado de saúde das pessoas depende tanto dos fatores individuais, como também da estrutura e da organização de cada Estado para o enfrentamento do problema.

Por essas razões é que se entende que “ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde”, e, aplicar o direito à saúde no século XXI exige “obediência à Constituição, tanto preservando o valor saúde nela conceituado”, como

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹⁶¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Rev. Saúde Pública**. São Paulo, 22 (1): 57-63, 1988, p. 57.

¹⁶² Cf. definição da OMS.

¹⁶³ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Construção...**, p. 12

¹⁶⁴ SAVASTANO, Helena. Abordagem do binômio saúde-doença e do conceito de personalidade no ecossistema: implicações em saúde pública. **Rev. Saúde Pública** [online]. 1980, vol.14, n.1, pp.137-142. ISSN 1518-8787. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101980000100011>. Acesso em: 18 mar. 2017.

buscar atender as necessidades da população para definir as ações que garantam saúde, por meio das políticas públicas¹⁶⁵.

Uma questão que se discute, se as normas de direitos sociais, por terem natureza de normas programáticas e dependentes de providências dos poderes estatais, teriam eficácia. Nesse sentido, para José Afonso da Silva, as normas programáticas, “pelo fato de dependerem de providências institucionais, não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos”¹⁶⁶, conforme se constata pela redação dos dispositivos constitucionais. Nesse sentido, sendo a saúde um direito fundamental, reclama pelo art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, que traz a inequívoca redação de que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Devido ao regime privilegiado conferido pela Constituição de 1988, conforme Ingo Wolfgang Sarlet destaca, o direito à saúde, na nossa ordem jurídico-constitucional, tem dupla fundamentalidade – material e formal – como o são os direitos e garantias fundamentais em geral. Em sentido material, a fundamentalidade liga-se à relevância do bem jurídico tutelado, ou seja, a manutenção da vida, com dignidade, levando em consideração as condições necessárias à vida saudável e com qualidade. E o sentido formal decorre do próprio direito constitucional positivo. Aqui, o autor destaca três elementos: o próprio direito à saúde, consagrado pela Constituição; a condição de norma fundamental, protegida por limites formais; a vinculação desse direito ao artigo 5º, parágrafo primeiro¹⁶⁷.

Na Análise de Sueli Gandolfi Dallari, os termos da Carta Magna de 1988 evidenciam o direito à liberdade e igualdade como corolários do direito à saúde. O direito, tomado como ordem de conduta, tem o “sentido subjetivo na reivindicação do ‘direito à saúde’”, mas como regra de comportamento e limitações da vida em sociedade, “a saúde definida como direito, deve, inevitavelmente, conter aspectos sociais e individuais”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Construção...**, p. 14.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 155.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988...**, p. 05.

¹⁶⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito...**, p. 59.

Para a autora, como direito individual, “o direito à saúde privilegia a liberdade” em sentido amplo, e, no âmbito coletivo, “o direito à saúde privilegia o aspecto social”. Nessa perspectiva, como direito subjetivo, oportuniza a todos a liberdade de procurar o seu bem-estar e reivindicar a prestação, e, como direito coletivo, prestigia a igualdade, oportunizando as mesmas oportunidades a todos. Portanto, sob essa ótica, “o direito à saúde, ao apropriar-se da liberdade e da igualdade, caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores”¹⁶⁹, porque “a liberdade só existe entre iguais”¹⁷⁰.

Considerando o amplo significado do termo saúde e a complexidade do direito à saúde, que depende do equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, e o necessário reconhecimento pelo poder Público na sua prestação, imprescindível a existência de uma organização de forma a assegurar a cada pessoa esse direito¹⁷¹.

Desse modo, a dimensão objetiva do direito à saúde, que envolve as funções protetivas e sua eficácia entre os particulares, ganha relevância e força pela institucionalização constitucional do sistema único de Saúde – o SUS – “que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental”, conforme acentua Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷². Devido a essa condição, o entendimento de que eventuais medidas para sua extinção, ou alguma alteração que possa afetá-lo, deverão ser consideradas inconstitucionais, portanto, da mesma forma que o direito à saúde, o SUS, na condição de instituição pública, tem a salvaguarda constitucional¹⁷³ (SUS é tema que será mais detalhado no capítulo terceiro).

É importante observar a redação do artigo 196 da Constituição de 1988 que, ao dispor sobre, saúde reporta-se para além de sua condição de direito fundamental, definindo-a também como um dever; conforme se verifica: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”; verifica-se que a Constituição reforça a obrigação do poder público para a efetivação desse direito. Nesse sentido, conforme Ingo

¹⁶⁹ Id.

¹⁷⁰ Cf. Sueli Gandolfi Dallari, “a história demonstra o movimento pendular que ora busca a liberdade, ora a igualdade. Os homens sempre tiveram a consciência de que para nada serve a igualdade sob o jugo do tirano e de que a liberdade só existe entre iguais”. Id.

¹⁷¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito...**, p. 60.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988...**, p. 11.

¹⁷³ Ibid., p. 12.

Wolfgang Sarlet, além da condição de direito fundamental, a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, portanto, trata-se de “típica hipótese de direito-dever”, a partir das determinações constitucionais, em que se reconhece os deveres conexos e correlatos do próprio direito fundamental¹⁷⁴.

Portanto, identifica-se uma dimensão defensiva no dever de proteção da saúde, que, numa interpretação extensiva, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública e nas diversas normas de vigilância sanitária. E, identifica-se também, uma dimensão prestacional *lato sensu* no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, o que evidencia o dever fundamental de natureza política, como os deveres de elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas à realização do direito à saúde¹⁷⁵, em que tem relevância o serviço de prestação de serviços único de saúde – SUS.

No entanto, para além do SUS, interpretando-se os postulados constitucionais à luz da hermenêutica, é possível reconhecer que a saúde gera um dever de respeito, e, eventualmente, até de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais¹⁷⁶.

Assim sendo, há que se considerar o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e também dos particulares em geral, caso contrário, o direito à saúde estaria fragilizado no que diz respeito à sua efetivação. E, ainda que a Constituição não tenha expressamente previsto, os particulares não podem alegar não serem os destinatários do direito à saúde. Desse modo, basta observar que ofender a integridade física ou moral de alguém constitui, em muitos casos, conduta passível de punição na esfera penal ou cível¹⁷⁷.

Por outro prisma, existe o dever de cada pessoa para com a sua própria saúde, no que concerne à vida, integridade física e dignidade pessoal. Nesse sentido,

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/ novembro, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷⁷ *Id.*

importa salientar que, dependendo das circunstâncias, o dever impõe uma proteção da pessoa contra si mesma, devido ao caráter irrenunciável da dignidade humana e dos direitos fundamentais. E por isso mesmo, alguns procedimentos médicos são vedados, mesmo que tenha havido o consentimento consciente do paciente¹⁷⁸.

Nesse sentido, é relevante destacar que o direito à saúde não pode ser pensado exclusivamente na condição de direito público subjetivo, uma vez que ocorre também na relação entre os particulares, ainda que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não seja tratada da mesma forma que a vinculação do poder público¹⁷⁹.

Entende-se, pois, que a saúde, pensada a partir do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, é um direito fundamental que envolve tanto o sistema público quanto os particulares, e que, devido à vital importância para todos, impõe o devido respeito e proteção. Sendo prestada diretamente por órgão estatal, convênio, ou por particulares, a questão da saúde é uma preocupação da Constituição de 1988, que, alinhada ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi pioneira ao determinar como direito fundamental, como já se disse.

Nesse contexto, a construção dos direitos humanos através das conquistas e superações históricas, firmada e incorporada nas Constituições contemporâneas a partir da Declaração Universal¹⁸⁰, representa, indiscutivelmente, o marco de uma era de ética e moral universal e um convite para repensar o direito fundamental social à saúde como garantia efetiva ao cidadão, uma necessidade que se impõe e necessita ser discutida e aperfeiçoada.

¹⁷⁸ Ibid., p. 6

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ Cf. o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, assinada pelo Brasil, “ao distinguir saúde como uma das condições necessárias à vida digna está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde”. DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde...**, p. 57-58.

CAPÍTULO II – O ALCANCE E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

2.1 O AVANÇO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NOS MODELOS DE ESTADO LIBERAL E SOCIAL – DA SAÚDE COMO DIREITO PRESTACIONAL

O aspecto político dos direitos sociais em relação às funções e deveres do Estado evidencia-se pela definição de formas de organização social e as concepções sobre bem-estar para todos, sempre atrelados às lutas e esforços históricos ocorridos ao longo do tempo. Desse modo, importa frisar que foi a partir dos movimentos políticos surgidos nos séculos XIX e XX que nasceu e se desenvolveu a questão social, e, posteriormente, o Estado social, fortemente ligado aos direitos sociais¹⁸¹.

Traçando uma linha no tempo, visualiza-se a historicidade dos direitos fundamentais e a evolução do pensamento jurídico a partir do período Iluminista, marco do Estado Liberal, que teve como ideia basilar a racionalização do conhecimento, protagonizando relevantes modificações na forma do pensamento. Os iluministas visavam mudanças na forma de governo, pretendiam acabar com os privilégios de poucos, implantar a livre iniciativa, garantir a igualdade de todos perante a lei e a defesa da propriedade privada, com pretensão de universalidade. O ideário iluminista, contrapondo-se ao absolutismo, encontrou respaldo nas aspirações da burguesia e seus interesses capitalistas, e recebeu o apoio do povo que clamava por mudanças sociais e políticas.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, na esteira de Hobbes, John Locke, um dos principais expoentes do iluminismo, levou adiante “a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade”, e dessa forma lançou as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, “vindo, mais tarde, a desaguar no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos, como limites ao poder estatal”¹⁸².

A filosofia iluminista foi recepcionada pela Escola de Direito Natural, cujo objetivo era elaborar um sistema claro e racional para evitar as obscuridades dos

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 13.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 48.

costumes, e outros livros que norteavam a aplicação do direito até então¹⁸³; o movimento, que passou a ser conhecido como o Século das Luzes, encontrou maior força e recepção dos seus princípios na França – palco de problemas econômicos, religiosos, políticos e sociais –, e influenciou a Revolução Francesa, através do ideal do processo revolucionário: Liberdade, Igualdade e Fraternidade¹⁸⁴.

Conforme visto no capítulo anterior, esse evento representou um marco para o Direito, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁸⁵. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹⁸⁶, a neutralização política do judiciário e o lugar privilegiado da lei como fonte de direito, são duas heranças importantes da Revolução¹⁸⁷. Gustavo Zagrebelski destaca que é nesse momento que vai se delineando o Estado de Direito, de origem liberal-burguesa¹⁸⁸, de cunho fortemente individualista e essencialmente formal.

Portanto, a característica marcante da feição liberal do Estado de Direito é a separação do Estado em relação à sociedade civil, que se abstém de interferir nas decisões dos cidadãos. O direito desse período assume uma posição jurídica de proteção do indivíduo em face do Estado, delimitando uma esfera de não intervenção

¹⁸³ COSTA, Carlos Eduardo de Carvalho. **Direito Natural e Iluminismo**: influência na formação do raciocínio jurídico moderno. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jul.de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=46343CarlosCosta &ver=1607>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁸⁴ MELLO, Vico Denis S.; DONATO, M. R. O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo. **Revista Crítica Histórica**, Ano II, nº 4, Dezembro/2011. ISSN 2177-9961. Disponível em: <<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

¹⁸⁵ Cf. Ingo W. Sarlet observa, ainda que haja controvérsia doutrinária a respeito da paternidade dos direitos fundamentais – disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789 – é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais [...] a contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 51-53.

¹⁸⁶ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. O Legado da Revolução. **Síntese Revista de Filosofia**. FAJE Faculdade Jesuíta de filosofia e Teologia. v.16. n. 47. 1989, p. 08. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1755/2082>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

¹⁸⁷ Cf. observa Tercio Ferraz Jr.: “a primeira irá provocar uma desvinculação progressiva da teoria jurídica de suas bases políticas, sociais e econômicas, cuja expressão mais conhecida, no século XX, é a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A segunda, com a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo *rex*, por uma estrutura complexa de comunicação e controles escondida sob o nome de nação, proporcionará a canalização eficiente de todas as projeções normativas para o endereço político, cuja consequência será o gigantismo do direito estatal”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Id.

¹⁸⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: los caracteres generales del derecho constitucional actual. Madri: Trotta, 2007. p. 23.

do Poder Público, e, por essa razão, os direitos passaram a ser designados direitos de defesa¹⁸⁹.

No entanto, com a expansão da industrialização do século XIX, verificou-se o exponencial crescimento da miséria dos camponeses e as dificuldades dos trabalhadores das cidades; o processo de industrialização, a exploração dos trabalhadores e a conseqüente urbanização, resultaram em impactos profundos que se refletiram em problemas sociais e econômicos dos indivíduos. Constatou-se, assim, que a liberdade e a igualdade meramente formais não foram suficientes para o cidadão viver de forma condigna¹⁹⁰.

Nesse cenário onde emergiram problemas sociais, surgiu a necessidade de proteção à saúde dos trabalhadores, bem como a adequação das estruturas de higiene, para o fim de assegurar a continuidade de produção das fábricas e evitar a proliferação de doenças. E, em decorrência da necessidade de adoção de medidas de saúde pública, o Estado viu-se pressionado para assumir, ou suprir, a prestação dessa carência¹⁹¹.

Entretanto, a responsabilidade do Estado no que tange às prestações de atendimento à saúde aumentou significativamente no período pós-segunda guerra, quando se impôs a necessidade de reestruturação da infraestrutura sanitária pelos países arrasados, conforme anota Sueli Gandolfi Dallari¹⁹². Surgiram assim os movimentos reivindicatórios do século XX, como meio de reação à necessidade de assegurar outros direitos que viessem a contemplar assistência à saúde, à educação e trabalho, que deram origem aos direitos sociais. Nesse momento, já não se tratava de impor abstenção do Estado em face dos cidadãos, e sim, de impor ao Estado os deveres de ações concretas para a proteção dos cidadãos em suas carências, de forma a efetivar a igualdade material¹⁹³.

¹⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59-72.

¹⁹⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à Saúde. Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 28.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetro para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

¹⁹² DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 34-35.

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 388-389.

Assim, os direitos sociais situam-se na transição entre o Estado Liberal, de características de não intervencionismo e atuando apenas na proteção das liberdades individuais, e o Estado Social, como resultado da necessidade de promoção de bem-estar aos cidadãos. São, portanto, conquistas dos movimentos sociais ao longo dos séculos, que passaram a ser incorporados, de forma significativa, às Constituições.

Nesse sentido, as lições de Norberto Bobbio resgatam a gênese desses direitos ao destacar que os direitos sociais, na forma de instituição da instrução pública e de medidas a favor do trabalho para os desfavorecidos “fazem a sua primeira aparição no título I da Constituição Francesa de 1791 e são reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793”¹⁹⁴.

E, como observa o autor, ainda que os direitos sociais tenham surgido como um contraponto aos direitos de liberdade, verifica-se uma “aparente contradição, mas real complementaridade com relação aos direitos de liberdade”, que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, como condição de seu efetivo exercício. Nesse sentido, Norberto Bobbio consigna: “os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna”^{195, 196}.

Jorge Reis Novais destaca que o Estado Liberal já garantia alguns direitos sociais e, da mesma forma, o Estado Social contempla alguns direitos de liberdade, tal como o direito de greve. Conforme o autor pontua, “o que marca a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais não é “uma marca histórica de *nascimento*, mas uma eventual diferença estrutural de natureza jurídica”¹⁹⁷, ou seja, conforme Saulo Lindorfer Pivetta, são as “distintas repercussões jurídicas que promovem”, e complementa observando que, “apesar dessa relação extremamente

¹⁹⁴ A respeito dos direitos sociais, o direito do trabalho se tornou um dos temas do debate acalorado, apesar de estéril, na Assembleia Constituinte francesa de 1848, deixando, todavia, um fraco vestígio no artigo VIII do Preâmbulo. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 11. Disponível em: <<http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/modresource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2015.

¹⁹⁵ Id

¹⁹⁶ Cf. Norberto Bobbio, “Em sua dimensão mais ampla, os direitos sociais entraram na história do constitucionalismo moderno com a Constituição de Weimar”, id.

¹⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Fundamentais...**, p. 21

próxima entre política e direitos sociais, permanece inafastável o caráter jurídico de tais direitos”¹⁹⁸.

Portanto, com a superação do modelo liberal e o Estado passando a intervir cada vez mais em campos antes reservados à esfera privada, os direitos sociais, surgidos como resposta à necessidade de impor ao Estado ações voltadas a promover o bem-estar dos cidadãos, são a pedra de toque para o desenvolvimento das políticas públicas voltadas às necessidades do cidadão.

Essa intervenção estatal na sociedade e na economia se legitima pelos objetivos conferidos ao Estado, ou seja, a promoção da igualdade material e consequente redução das desigualdades sociais e econômicas. Trata-se da garantia dos direitos prestacionais, que consistem no dever do Estado em oferecer aos cidadãos e à comunidade prestações positivas¹⁹⁹, como é exemplo o serviço de saúde, que tem por escopo a proteção da vida.

Nesse contexto, os direitos fundamentais estão divididos em dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações. Para esse estudo, que tem por objetivo o direito à saúde, interessam, sobretudo, os direitos prestacionais, que, por sua vez, além dos direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento, abarcam os direitos a prestações em sentido estrito, definidos como direitos fundamentais sociais, ou seja, direitos a prestações materiais sociais²⁰⁰.

Conforme ensina Robert Alexy, “os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes no mercado, poderia também obter de particulares”. Para o autor, esses direitos geram um “dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações”²⁰¹. Assim, são direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que

¹⁹⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit, p. 32.

¹⁹⁹ BREYNER, Frederico Menezes. Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais Prestacionais: Mecanismos Processuais e Eficiência Administrativa. **Revista da Doutrina TRF4**, ed. 76. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 170 e ss.

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 499-501.

dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais aos cidadãos²⁰².

De acordo com Hans Peter Schneider²⁰³, “os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como *concessões estatais*” (grifo do autor), e, sim, são deveres estatais constitucionalmente garantidos. Assim sendo, os direitos a prestações em sentido estrito, exigem ações concretas dos poderes públicos, que consistem em prestações fáticas ou jurídicas, e são pertinentes ao Estado de Direito Democrático e Social²⁰⁴.

Considerando a duplicidade de caráter dos direitos fundamentais – porque são ao mesmo tempo um direito subjetivo e objetivo – é importante ressaltar que o direito subjetivo confere ao cidadão um direito individual que impõe ao Estado o dever de assegurar esse direito, e, por sua vez, como direito objetivo, integra o ordenamento jurídico objetivo da coletividade²⁰⁵.

Portanto, os destinatários da prestação de obrigações sociais, para zelar pela saúde dos cidadãos, prover educação etc., devem, “compulsoriamente, realizar estas ações”, e tão importante quanto qualificar direitos sociais como direitos fundamentais “é neles reconhecer o caráter da subjetividade, que confere ao titular do direito subjetivo o poder de exigir o cumprimento mesmo contra a vontade do seu destinatário”²⁰⁶, como é exemplo a prestação do direito à saúde.

No entanto, há que se destacar algumas peculiaridades dos direitos sociais prestacionais, levando em conta que essa categoria também pode ser entendida como direitos de defesa, dependendo da situação específica de cada caso. Segundo Robert Alexy, cada direito fundamental “assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais”²⁰⁷, ou seja, envolve variadas possibilidades de eficácia jurídica,

²⁰² ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. p. 482 (tradução livre). In: RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.1, p. 53-92, 2010. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

²⁰³ Cf. citação em SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público...**, p. 8.

²⁰⁴ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Direito Fundamental à Saúde...**, op. cit.

²⁰⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 228.

²⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 911-12.

²⁰⁷ Cf. Saulo Lindorfer Pivetta, op. cit., p.28.

apresentando característica de multifuncionalidade e, assim sendo, não há direitos que atuem exclusivamente como direitos de defesa ou como direitos a prestações²⁰⁸. E, ainda que se possa identificar uma eficácia predominante – defensiva ou prestacional – os direitos sociais podem assumir uma dimensão defensiva, e do mesmo modo, os direitos de liberdade podem assumir uma dimensão prestacional²⁰⁹.

Desse modo, para José Carlos Vieira de Andrade, na designação de direitos sociais se está apontando para *liberdades sociais* (grifo do autor), e, ao lado do direito a prestações estão as verdadeiras liberdades, ou seja, direito de autonomia e de defesa contra intromissões do poder. Desse modo, os direitos sociais serão também direitos de defesa “na medida em que a defesa perante o Estado implica, em caso de intervenção ofensiva, a anulação dessa intromissão e porventura a reposição da situação anterior ou a indenização”²¹⁰.

De acordo com Martin Borowski, os direitos prestacionais em sentido material, prescindem de medidas jurídicas infraconstitucionais pelo Poder Público, sempre consistindo numa prestação positiva, seja por Lei, ato administrativo ou atuação fática, para suprir alguma necessidade. No entanto, expõe o autor, depois da expedição da lei, a obrigação do Poder Público se converte em não derogá-la, e, assim sendo, a consequência jurídica do direito à prestação será uma omissão estatal. Isto significa que uma posição jurídica infraconstitucional está protegida por meio de direito de defesa em sentido material. Portanto, nesses casos, trata-se de um direito fundamental de prestação em sentido material, e, na hipótese de ocorrer uma omissão estatal, corresponderia a um direito de defesa em sentido formal²¹¹.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 186 e ss.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, 166 e ss.

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais...**, p. 61-62.

²¹¹ Cf. Borowski, “los derechos prestacionales en sentido material son aquellos derechos fundamentales cuyas consecuencias, prescindiendo de la consideración del orden jurídico infraconstitucional o de las actuaciones estatales anteriores, siempre consisten en una prestación en el sentido de una actuación estatal positiva, que puede ser la expedición de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fática. Ahora bien, después de la expedición de la ley, la obligación de expedirla se convierte en la de no derogarla. En este sentido, la consecuencia jurídica del derecho de prestación es ahora más bien una omisión estatal. Sin embargo, eso no significa que una posición jurídica infraconstitucional constituida de esta forma esté protegida por medio de derechos de defensa en sentido material”. Se trata de un derecho fundamental de prestación en sentido material, cuya consecuencia jurídica en el caso concreto es una omisión estatal, es decir, lo que correspondería a un derecho de defensa en sentido formal”. BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales...**, p. 114-115.

Nessa perspectiva, também Victor Abramovich e Christian Courtis se posicionam de forma contundente, ao expressar que os direitos sociais não se limitam em obrigações positivas da mesma forma que os direitos civis; assim, sendo seus titulares destinatários de algum bem constante na categoria dos direitos sociais, tais como saúde, moradia, educação, seguridade social, o Estado tem a obrigação de se abster de realizar condutas que possam afetar a qualquer um desses direitos²¹².

Desse modo, para os autores, o direito à saúde, à habitação ou o direito à educação serão afetados quando seus titulares forem privados do gozo desses bens que deveriam dispor, seja prejudicando sua saúde, ou excluindo-os dos benefícios da seguridade social, do mesmo modo em que possa afetar o direito à vida ou à liberdade de expressão. Enfim, sempre que interfira ilegitimamente no gozo desses bens, os direitos sociais transformam-se em direitos de defesa da liberdade do cidadão²¹³.

Alinha-se a essas ideias o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, por entender que “é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado”, na promoção e na garantia de proteção e segurança social. Desse modo, para o autor, também “são sociais os direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade”, justamente devido à maior vulnerabilidade que se encontram em face do poder estatal²¹⁴.

Portanto, entende-se que os direitos sociais, além de imporem deveres positivos de prestações fáticas materiais – dever de promoção –, também impõem ao Estado os deveres de respeitá-los e protegê-los – defesa –, o que evidencia a

²¹² Conforme os autores, “en sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos -salud, vivienda, educación, seguridad social- el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten”. ABRAMOVICH, Victor.; COURTIS, Christian. **Apuntes sobre la exigibilidad Judicial de los derechos sociales**. Artigo. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2016.

²¹³ Para Abramovitch e Courtis, o Estado não pode interferir nos direitos sociais, da mesma forma que os direitos de liberdade, “[...] sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegitimamente en el disfrute de esos bienes”. Id.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988, p. 8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

necessidade de pensar em direitos sociais sob outras perspectivas, indo além do tradicional entendimento da prestação de bens materiais.

Assim, o direito à saúde pode ser considerado, simultaneamente, direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e também de terceiros na saúde do titular, bem como um direito de prestação, impondo ao Estado a realização de políticas públicas tornando o particular credor de prestações materiais²¹⁵. Conforme Jorge Reis Novais observa, esses direitos surgem conforme circunstâncias concretas, em determinado momento histórico de desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade, e da posição dos titulares envolvidos, que irá demandar uma resposta específica do direito social²¹⁶.

No caso de prestações de saúde, o Estado, e também os particulares, têm o dever de não afetar a saúde das pessoas, ou seja, de nada fazer para prejudicar a saúde. Poder-se-ia argumentar, em hipótese, uma situação em que o cidadão necessite reivindicar o direito a não revogação de lei já existente e que possa sofrer ameaça de vir a ser revogada, tal como o direito a ser beneficiado por plano de saúde privado. Na hipótese de revogação desse direito, o Estado estaria interferindo num direito social, que necessita ser preservado por uma abstenção. Por outro lado, no caso do cidadão que possui condições financeiras desfavoráveis, que não dispõe de um plano privado e necessite do sistema de saúde pública, impõe-se a prestação positiva de assistência pelo serviço público de saúde.

Verificando-se o caráter multifuncional dos direitos sociais, e, no caso do direito à saúde, é possível identificar que assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais, manifestando-se na forma de direitos de defesa e de direitos a prestações, no entanto, importa frisar, embora se possa identificar uma dupla dimensão, sobretudo em países de baixo desenvolvimento socioeconômico, grande parcela da população é dependente da intervenção positiva estatal para realizar suas carências, e, portanto, predomina a dimensão prestacional²¹⁷.

Assim, cabe verificar ainda, após delimitada a natureza do direito à saúde como direito fundamental prestacional, qual o conteúdo jurídico deste direito. Para

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988...**, p. 8.

²¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, p. 44

²¹⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 35.

tanto, este estudo reporta-se à teoria do suporte fático²¹⁸. De acordo com ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, estando um direito fundamental definido pela norma constitucional – tal como o direito à prestação da saúde – está presente o suporte fático abstrato, e, quando ocorre um ato ou fato do mundo, configura-se um suporte fático concreto. Dessa forma, o suporte fático abstrato e o concreto estão intimamente ligados²¹⁹.

Nesse sentido, se a norma (suporte fático abstrato) prevê que para o acontecimento de determinado ato ou fato (suporte fático concreto) existe determinada consequência jurídica, a norma deverá ser cumprida. Pois bem, no que tange ao direito fundamental social à saúde, intuitivamente, poder-se-ia entender, conforme Virgílio Afonso da Silva pontua, que o âmbito de proteção do bem a ser protegido é a saúde dos indivíduos e da coletividade, que exige a intervenção estatal para a realização dessa proteção²²⁰.

Entretanto, observa o autor, o que ocorre, em muitos casos, é a falta de realização dessa intervenção estatal, ou seja, a não realização, ou a realização de forma deficiente. Nesse caso, o âmbito de proteção de um bem a ser protegido tem que ser modificado, uma vez que para a proteção desse direito tem que “necessariamente, *‘incluir ações e proteger direitos’*”. Portanto “nesse âmbito de proteção, significa *‘realizar direitos’* (grifos do autor)”. Por essa razão, “pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”²²¹.

Desse modo, na esfera dos direitos sociais, intervir pode ser não agir, ou agir de forma insuficiente, e “a resposta jurídica somente pode ser: há um direito definitivo à realização dessa ação”²²². Para exemplificar, imagina-se uma situação em que um cidadão, com uma determinada carência, necessita de assistência médica, que não é realizada, mesmo existindo previsão legal. Nesse caso, o âmbito de

²¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. Conforme Virgílio A. da Silva observa, o termo suporte fático encontra similaridade com os termos “hipótese de incidência, ou, fato gerador” e “tipo”, empregados, respectivamente, na seara do direito tributário e penal.

²¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, *ibid.*, p. 67.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Id.*

²²² *Ibid.*, p. 77-78.

proteção desse direito é exigir que o Estado intervenha, de modo a realizar a prestação pretendida.

Por outro lado, considerando que o direito prestacional pode também se apresentar como direito de defesa, conforme visto acima, poder-se-ia imaginar uma situação em que a prestação do Estado deva ser uma não intervenção, citando como exemplo o dever de não revogar alguma lei ou ato que contemple direito já reconhecido pelo Poder Público, e em via de ser extinguido ou alterado.

Aqui, pode-se exemplificar com o projeto de alteração da Lei da Previdência Social, atualmente em discussão, que pretende majorar a idade e o tempo de contribuição do cidadão para obter a aposentadoria. Nesse caso, dependendo de circunstâncias e natureza do trabalho, questiona-se que, para algumas pessoas, tal ampliação implicará em trabalhar por tempo acima das suas forças, fato que poderá ter reflexos negativos na saúde e, em última análise, atingir a sua dignidade. Nesse caso, o âmbito de proteção desse direito seria não intervir nas regras de aposentadoria do trabalhador, resguardando a situação vigente.

Portanto, o âmbito de proteção do direito social prestacional que, *a priori*, seria entendido somente como direito a prestações materiais pelo poder estatal, é possível também ser identificado na categoria de direitos de defesa contra ingerências indevidas do Estado, em questões pontuais, conforme a situação e a necessidade real dos envolvidos.

Nesse contexto, importa destacar a relevância da observação de Ingo Wolfgang Sarlet, de que os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5.º, parágrafo 1º da Constituição Federal²²³, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais (inclusive de cunho prestacional) se devem outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo de otimização, pautado pelo conjunto de princípios fundamentais²²⁴. Para o autor, essa formulação revela a decisão do Constituinte de outorgar às normas de direitos fundamentais “uma normatividade reforçada”, e de forma especial, revela que “as

²²³ **Constituição Federal de 1988. Art. 5º, p. 1º.** “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 562-63, e 282 e ss.

normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional”²²⁵.

A redação constitucional desse dispositivo não deixa margem para dúvidas de que o atendimento ao bem pretendido, seja na prestação de bens materiais, ou na abstenção de intervir para preservar um direito já adquirido, é uma obrigação do Poder Público com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sob a égide do princípio da dignidade humana. E, assim, a omissão estatal traduz-se em inadimplência perante aqueles que carecem dos bens jurídicos que são o conteúdo desses direitos²²⁶.

Por último, vale frisar, conforme Jorge Reis Novais, que se a Administração Pública recusar a concessão de alguma prestação material a alguém em situação de necessidade, e que nos termos da lei poderá reivindicar, não estará apenas violando o princípio da legalidade e nem violando apenas o direito social à prestação, mas, “ela está a violar a Constituição, está a violar o direito fundamental social à assistência material”²²⁷. Portanto, partindo da necessidade de obter prestações de bens necessários para uma vida com dignidade, a sequência desse estudo remete para a discussão do mínimo existencial.

2.2 DA PROTEÇÃO À SAÚDE COMO GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é uma ideia abrangente e, segundo Ricardo Lobo Torres, precursor da teoria no Brasil, não tem uma redação própria, mas pode traduzir-se “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. Observa o autor que o mínimo existencial, de larga tradição do direito brasileiro e no alemão, ou “*direitos constitucionais mínimos* (grifo do autor) para doutrina e a jurisprudência americana, integra o conceito de direitos fundamentais”²²⁸.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988...**, p. 8.

²²⁶ BREYNER, Frederico Menezes, op. cit.

²²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica...**, p. 174-75.

²²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313.

Registra-se que o mínimo existencial teve origem na Alemanha, com Otto Bachof, primeiro jurista a se dedicar a essa matéria, na década de 1950. De acordo com Paulo Gilberto Cogo Leivas, como marco histórico, destacam-se, em 1951, o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão da existência de um direito constitucional à assistência social, e, em 1975, no julgamento do caso BverfGE 40, o Tribunal “foi mais explícito em reconhecer um direito às condições mínimas de existência humana digna”²²⁹, conforme se verifica:

Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isto encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a si mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhe as condições mínimas para uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível²³⁰.

A partir dessas decisões, segundo Robert Alexy, não há dúvida de que o Tribunal Constitucional Federal admite um direito a um mínimo existencial, pensamento que coincide com a jurisprudência permanente do Tribunal Administrativo Federal e com posição dominante na literatura²³¹. Para Alexy, existe, pelo menos, “um direito fundamental social tácito”, fundamentado em “uma norma associada de modo interpretativo de disposições jusfundamentais (explícitas)”, anota Paulo Gilberto Cogo Leivas²³².

Nessa linha, também o Tribunal Constitucional de Portugal, em 2002, reconheceu a inconstitucionalidade de norma “por violação a um mínimo de existência condigna ao princípio do respeito à dignidade humana”. No caso, a norma que visava substituir o rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção, estabelecia para obtenção do benefício alteração na idade mínima de 25 anos em

²²⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba Juris, 2010. p. 295.

²³⁰ BverfGE 40, 121 (133), In: ARANGO, Rodolfo. **Der Begriff der sozialen Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 2001, p. 53. Apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, id.

²³¹ Id.

²³² Ibid, p. 296.

lugar da anterior de 18 anos, fato considerado ofensivo à dignidade, que marcou o entendimento de um mínimo existencial a ser respeitado²³³.

No Brasil, considera-se paradigmática a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 45, ao consignar a “necessidade de preservação, em favor de indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’”²³⁴.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A respeito do mínimo existencial, destaca-se também o posicionamento de Clèmerson Merlin Clève, ao consignar que a pessoa só poderá ser verdadeiramente livre se tiver a garantia de determinadas condições de vida. Para o autor,

[...] afinal, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la. Para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais²³⁵.

No entanto, ensinam os doutrinadores que não há um conteúdo específico para o mínimo existencial²³⁶, e nem um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativas e positivas que a ele correspondam²³⁷. E, também, verifica-se que existem diferentes posicionamentos doutrinários sobre essa matéria.

Segundo Ricardo Lobo Torres, considera-se o mínimo existencial numa dimensão essencial e inalienável, e assim sendo, estende-se a qualquer direito, seja tributário, previdenciário, civil etc., e, por envolver aspectos de qualidade ao invés de

²³³ Acórdão nº 509/02, **Proc. Nº 768/02**, disponível no site do Tribunal Constitucional de Portugal. <www.tribunalconstitucional.pt>. Ibid., p. 297.

²³⁴ Cf. ADPF 45 do Supremo Tribunal Federal.

²³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, p. 37. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.) **Direito Constitucional Brasileiro, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²³⁶ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p.314.

²³⁷ SARLET, **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas...**, p. 574.

quantidade, é difícil de delimitar o máximo de utilidade, porém, entende que é um princípio ligado à ideia de justiça e redistribuição da riqueza social, integrando, assim, o conceito de direitos fundamentais²³⁸.

Para Ana Paula de Barcellos, a ideia de mínimo existencial está essencialmente ligada à noção de dignidade da pessoa humana e ao seu aspecto sociocultural, na medida em que exige o desenvolvimento de direitos sociais, econômicos e culturais para a plena realização da pessoa. Para a autora, o mínimo existencial “nada mais é que um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade”²³⁹.

Diferente de Torres, segundo a autora, o mínimo existencial não configura um direito autônomo, mas “representa um subconjunto de direitos sociais, econômicos e culturais menor, cujo conteúdo, por ser mínimo, pode ser plenamente exigível através do judiciário”²⁴⁰; na sua visão, por ser um núcleo irreduzível da dignidade humana, consiste numa regra, que, no sentido alexyano, não compreende ponderação com a reserva do possível, orçamento e separação de poderes²⁴¹.

Para Ana Paula de Barcellos, o conteúdo do mínimo já estaria determinado pela Constituição, sendo necessário apenas identificá-lo numa simples interpretação sistemática. Desse modo, sustenta que o mínimo existencial “é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça”. Conforme pontua, “esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade humana”; sob essa ótica, não equivalem a uma escolha aleatória, mas, antes, integram uma estrutura lógica de fácil demonstração a partir do texto da Constituição de 1988, que impõe um dever definitivo estatal²⁴².

²³⁸ TORRES, Ricardo Lobo, op cit., p. 314.

²³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação pelos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 14. In: ESPINOZA. Danielle Sales Echaiz. Do Mínimo ao Máximo Social: Divergências na doutrina Brasileira Acerca do Mínimo Existencial. **Direitos fundamentais III**. ISBN: 978-85-5505-181-4. Brasília: CONPEDI. 2016. Disponível em: <www.conpedi.org.br> em publicações. Acesso em: 20 mar. 2017.

²⁴⁰ Ibid., p. 23.

²⁴¹ Ibid., p. 45.

²⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258-259.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial “haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental”. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada, como condição básica a ser garantida pelo poder estatal e pela sociedade, “onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável”²⁴³; entende-se, assim, o mínimo existencial relacionado aos direitos sociais e à garantia de prestações básicas que permitam a todas as pessoas viver dignamente²⁴⁴.

Na visão de Jorge Reis Novais, mesmo não havendo consagração constitucional expressa, os mesmos “princípios estruturantes como o princípio da socialidade, a dignidade da pessoa humana, o direito ao desenvolvimento da personalidade ou o próprio direito à vida”, possibilitam delimitar em cada direito social o conteúdo normativo do mínimo existencial²⁴⁵.

Como Paulo Gilberto Cogo Leivas observa, no Brasil, levando em conta que a maioria dos direitos fundamentais sociais que formam o mínimo existencial são expressamente previstos, as próprias normas que os prescrevem podem realizar a sua fundamentação, como os direitos à saúde, à educação, à habitação etc.²⁴⁶.

Nesse sentido, o autor destaca o pensamento de DOYAL e GOUGH²⁴⁷, os quais sustentam que saúde e a autonomia são necessidades básicas e o direito ao mínimo existencial é o direito à satisfação dessas necessidades; portanto, a oportunidade de obter meios que garantam saúde e a autonomia humana, “impede a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade da autonomia”²⁴⁸. Desse modo, em relação ao grau de satisfação das prestações de alimentação, saúde, moradia etc., garantido pelo mínimo existencial,

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. **Revista da doutrina TRF4**. Publicado na edição 24 de 02.07.2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁴⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 224-25.

²⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 200.

²⁴⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 300.

²⁴⁷ Cf. DOYAL, I.; DOUGH, L. **A Theory...**, p. 53; na tradução espanhola, p. 366-367. Mencionado por LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 300.

²⁴⁸ Id.

“trata-se da máxima satisfação das necessidades básicas e intermediárias em nível ótimo”²⁴⁹.

Sendo considerado um direito fundamental, conforme Ricardo Lobo Torres expressa, o mínimo existencial apresenta-se como direito subjetivo e objetivo. Como direito subjetivo, propicia ao cidadão a faculdade de invocar as garantias processuais e institucionais para defesa de seus direitos mínimos. Como direito objetivo, situa-se como norma da declaração de direito fundamental, no espaço da cidadania²⁵⁰.

Nesse sentido, J. J. Canotilho identifica a subjetividade dos direitos fundamentais sociais no espaço existencial do cidadão, no que se relaciona com a supressão das necessidades existenciais de cada ser humano, ou seja, “são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos e liberdades e garantias [...] nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas no âmbito de protecção desses direitos (ex.: saúde)”²⁵¹.

Considerando a amplitude do significado do mínimo existencial como direito de dupla face, na dimensão subjetiva compreende os direitos fundamentais originários ou da liberdade, declarados no art. 5º da Constituição Federal, e como direitos fundamentais sociais, no que tange aos interesses fundamentais e a dignidade humana. Por outro lado, “os direitos sociais que não se relacionam com os direitos fundamentais, não pertencem ao entendimento de mínimo existencial”²⁵².

Na leitura de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não pode ser ponderado, portanto, não é valor, nem princípio jurídico. Assim considerado, é irreduzível por definição, insuscetível de sopesamento e, por valer *prima facie* se traduz em conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁵³. No entender de Borowski, o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação²⁵⁴. No entanto, explica Torres, “como regra

²⁴⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op.cit., p. 301.

²⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo, ibid., p.315.

²⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 476.

²⁵² Cf. TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 315.

²⁵³ Ibid., p. 316.

²⁵⁴“Las normas de derecho fundamental no pueden ser ponderadas, ellas representan necesariamente reglas”. BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales...**, p. 99.

jurídica, o mínimo existencial se toca e deixa permanentemente imantar pelos valores de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade”²⁵⁵.

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que no contexto do mínimo existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) “tem sido identificado - por alguns - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais”, ou seja, possui um núcleo “blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”, pensamento do qual não comunga²⁵⁶. Para o autor, “não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana, e, portanto, possuam um conteúdo certo em dignidade”; da mesma forma, sustenta que nem todos os direitos sociais se reduzem à dimensão prestacional, como também não se limitam ao mínimo existencial²⁵⁷.

Nesse sentido, pondera o autor, mesmo que o conteúdo dos direitos fundamentais indique um núcleo essencial que possa conduzir à dignidade da pessoa humana de forma a impor a garantia do mínimo existencial, não se pode deixar de considerar que o mínimo existencial não é o mesmo em cada direito social. Assim, não dispensa a “necessária contextualização” de cada pretensão dirigida para obter a proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, “seja ele diretamente vinculado, ou não, a alguma exigência concreta da dignidade humana”²⁵⁸.

Contudo, levando em conta a necessidade vital expressa na ideia do mínimo existencial, a sua garantia é direito que se estende a todos, e nos Estados organizados pelo princípio social, é um dever do poder público²⁵⁹. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève pontua:

[...] é obrigação do poder público evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta

²⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo, *ibid.*, p. 316.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa Humana, Mínimo existencial e Justiça Constitucional: Algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013. p. 37. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/download/24/28>>. Acesso em: 20 set. 2016.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde...**, p. 24.

de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos... combatida sua vontade... destruída a sua autonomia... que fica à mercê das forças terríveis do destino²⁶⁰.

Complementando essas reflexões, são relevantes as observações de Fernando Facury Scaff ao refletir que a desigualdade econômica da sociedade impõe “maior necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas”²⁶¹.

Destacando a necessidade de garantir os direitos fundamentais pelo mínimo existencial, o autor pondera que “sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade”. Nesse sentido, lembra o autor que grande parcela da população ficará à margem da comunidade jurídica e sem poder exercer seus direitos, no entanto, esse mesmo segmento “será compelido a cumprir seus deveres para com o Estado e demais parcelas da sociedade”²⁶².

Nessa linha de reflexão, faz-se a leitura do pensamento de John Rawls: “a essência constitucional é que abaixo de certo nível de bem-estar material e social e de instrução e educação, as pessoas simplesmente não podem tomar parte na sociedade como cidadão, muito menos como cidadãos iguais”²⁶³. E nessa perspectiva, Ingo W. Sarlet ressalta que, é “justamente considerando o elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que, ademais, dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo”, é que se relaciona o mínimo existencial com os direitos sociais²⁶⁴.

Considerando que no Brasil não há previsão constitucional expressa que consagre o direito ao mínimo existencial, entende-se que são os próprios direitos sociais específicos, como assistência social, saúde, moradia, previdência, entre outros, que acabam abarcando dimensões do mínimo existencial. No entanto,

²⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Sociais...**, p. 27

²⁶¹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Verba Iuris**. Artigo. UFPB. a.4, n.4, jan/dez 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁶² Id.

²⁶³ RAWLS, John. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 57. Apud TORRES, Ricardo Lobo, op.cit.

²⁶⁴ SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97 ss.

conforme Ingo Wolfgang Sarlet sustenta, a previsão de direitos sociais “não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais” na conformidade do mínimo existencial²⁶⁵.

Desse modo, o entendimento de que “a garantia do direito fundamental do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida”, uma vez que decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana²⁶⁶. Assim, é possível afirmar que o mínimo existencial contempla, necessariamente, as prestações de saúde, pois, como Ana Paula de Barcellos pontua, “educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais para que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade, autonomamente”²⁶⁷.

Todavia, levando em conta que as prestações sociais, notadamente em saúde, são muitas e cada vez mais complexas, é desarrazoado afirmar que o mínimo existencial deva, necessariamente, abarcar a todas indistintamente. Em que pese as posições doutrinárias em sentido inverso, num contexto de recursos escassos que exijam uma escolha em detrimento de outras, é possível sustentar que o mínimo existencial seja relativizado, devendo se submeter a um processo de ponderação para o fim de eleger o que melhor identifique a necessidade de tratamento que preserve a dignidade de cada um, conforme as possibilidades fáticas de prestação.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o fato de a Constituição ter consagrado os direitos sociais como fundamentais, assim como ter contemplado um amplo rol de direitos sociais positivados, evidencia o “caráter subsidiário do mínimo existencial”. Com esse olhar, entende o autor que o mínimo existencial funciona também “como relevante critério material para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais”, conforme se constata nas decisões e fundamentações judiciais, e da mesma forma, nas revisões legislativas²⁶⁸.

²⁶⁵ Ibid., p. 38.

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana, Mínimo existencial e Justiça Constitucional: Algumas aproximações e alguns desafios...**, p. 37.

²⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica...**, p. 259.

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito ao Mínimo Existencial não é uma mera Garantia de Sobrevivência. **Consultor Jurídico**. Publicado em 08 maio 2015, 11.01. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Considerando o entendimento de Ricardo Lobo Torres de que “sem o mínimo necessário à existência não há possibilidade do homem sobreviver, nem existem condições de liberdade”, impende refletir que “a dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”²⁶⁹. Por esses motivos, é relevante o pensamento de Amartya Sen, ao consignar que “as necessidades ou carências humanas, identificadas com a sobrevivência e a subsistência, produzem reivindicações que exigem e afirmam direitos”²⁷⁰.

E nesse contexto, cabe aqui referendar a reflexão de Volker Neumann, de que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”. Sustenta o autor, que “uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência”^{271, 272}. Em outras palavras, propõe refletir que o conteúdo do mínimo existencial não pode ser reduzido ao chamado mínimo vital, ou mínimo de sobrevivência, contemplando apenas de sobrevivência física, sem as condições dignas de uma existência com qualidade²⁷³, tema que se alinha às necessidades humanas, visto no capítulo anterior.

Desse modo, é preciso voltar os olhos para a realidade, que a toda evidência revela uma sociedade desigual, na qual muitas pessoas não têm acesso aos bens necessários a uma existência digna. Necessidades mais elementares como alimentos, vestuário e medicamentos, para muitos, ainda são inatingíveis, e nessa perspectiva está a importância da atuação do Estado na prestação de políticas públicas, de forma a suprir, ou ao menos, minorar essa desigualdade.

No que toca à saúde, ainda que se reconheça a dupla dimensão – positiva e negativa – desse direito, verifica-se que o texto constitucional, salvo algumas pistas, não define exatamente até que ponto há de ser tutelada. Evidente que isso não afasta a possibilidade de intervenção judicial e, por outro norte, não exige a indicação de

²⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 314.

²⁷⁰ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça. A prática da Democracia**. 3. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 419-420.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana, Mínimo existencial e Justiça Constitucional: Algumas aproximações e alguns desafios...**, op. cit.

²⁷² Conforme Ingo Wolfgang Sarlet observa, “a oportuna formulação” de NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. In: NVwZ, 1995. p. 425. Ibid., p. 32.

²⁷³ Id.

uma adequada concretização por parte do legislador, e no que for cabível, da administração pública²⁷⁴.

De qualquer modo, como enfatizam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchner Figueiredo, numa simples leitura do disposto no artigo 196 já é possível extrair da Constituição que, necessariamente, o direito à proteção e promoção da saúde abrange, tanto a dimensão preventiva, quanto promocional e curativa.²⁷⁵

Assim, destacam os autores, ao referir-se à “recuperação”, a Constituição de 1988 conecta-se com a chamada “saúde curativa”, o que equivale à garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. Já, as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” parecem guardar relação com a ideia de “saúde preventiva”, isto é, a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento da própria doença, inclusive pelo contágio. Por seu turno, o termo “promoção” liga-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas²⁷⁶.

Portanto, na análise dos autores, a partir dos termos constitucionais que dizem respeito à saúde, constata-se que a Constituição Federal de 1988 guarda sintonia explícita com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescreve o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, regularmente ratificado e incorporado pelo Brasil, conforme antes mencionado. Vale salientar, ainda, que a concepção adotada pelo Constituinte de 1988 mostra-se alinhada com o conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que no preâmbulo da sua Constituição define a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social”²⁷⁷, conforme visto no capítulo anterior.

Nessa perspectiva, ainda que pareça uma ideia distante e um tanto utópica, por se tratar de um ideal a ser alcançado, o conceito de saúde tal como proposto pela OMS evidencia a necessidade de assegurar o equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, “bem como a cogente consideração do mínimo existencial como garantia

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional...**, op.cit.

²⁷⁵ Id.

²⁷⁶ Id.

²⁷⁷ Id.

de vida saudável”. Sob a ótica dos autores, pode-se entender a questão da saúde em harmonia “com a concepção de mínimo existencial, que em hipótese alguma admite uma redução do mínimo existencial a um mínimo apenas fisiológico ou vital”²⁷⁸.

De qualquer modo, vale ressaltar que a interpretação do conceito de saúde e do próprio mínimo existencial deverá sempre levar em consideração a realidade cultural, social, geográfica e climática etc., bem como as circunstâncias e necessidades de cada pessoa, dentro da sua realidade. Por outro lado, é evidente, também, que “na esfera do direito à saúde há que equacionar toda uma gama de questões atinentes aos limites fáticos e jurídicos à sua plena realização”²⁷⁹ (tema que será melhor analisado adiante).

Nesse ponto, importa frisar, ainda que se reconheça a inquestionável relevância do mínimo existencial, não é possível afirmar que todas as prestações de saúde são realizáveis; assim sendo, sustenta-se, por coerência à realidade dos recursos disponíveis em face do expressivo número de pessoas que necessitam de prestações básicas, que se há de ponderar na escolha da prestação de acordo com as possibilidades, conforme já se observou. Todavia, para essa escolha, entende-se que a dignidade deverá ser o balizador.

Na reflexão de Cristina Queiroz, a garantia de um mínimo social “destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental”, de modo que seu conteúdo não resulte esvaziado e desprovido de sentido. Entretanto, como a autora bem observa, o problema está na dificuldade em determinar esse mínimo²⁸⁰, ou seja, cada pessoa sente suas dificuldades e mazelas de modo particular. Nesse sentido, por exemplo, para alguns, saúde pode ser a necessidade de medicamentos, para outro, algum tipo de intervenção cirúrgica, ou ainda, assistência psicológica etc., e nesse ponto, cabe analisar caso a caso para identificar o que oportunizará o necessário bem-estar e, conseqüentemente, dignidade.

Para a autora, “a dignidade não se apresenta como um conceito vazio de conteúdo e, da mesma forma, não pode ser tomada como pura abstração de fundamentação de um sistema pretensamente neutro”. É um conceito valorativo, um

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., p. 173.

valor constitucional, que se apresenta como fundamento e base da ordem jurídico-constitucional, ou seja, compromisso fundamental do Estado²⁸¹.

Assim, considerando que “o homem e a sua ‘dignidade preferente’ é um fim em si mesmo, não um meio ou instrumento na resolução de conflito”, concorda-se que as escolhas só podem, em última análise, ser aferidas perante os dados do “caso” (grifos da autora)²⁸²; ou seja, a dignidade está na particularidade de cada indivíduo, que indicará, concretamente, a escolha de prestação de saúde a ser prestada, de acordo com a sua necessidade. Desse modo, nas decisões que envolvam o mínimo existencial, não sendo possível atender a todos, defende-se que a ponderação é recurso aplicável, analisando-se caso a caso.

Conforme Cláudia Honório sintetiza sobre o mínimo existencial, trata-se de instituto que (i) reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles caracterizados pela sua dimensão prestacional, contornando obstáculos colocados à efetivação dessas normas, (ii) possibilita que a existência seja preservada independentemente de positivação expressa de determinado direito, (iii) serve de parâmetro para os comportamentos tanto do Estado quando da sociedade em geral e (iv) densifica o princípio da dignidade da pessoa humana²⁸³. O mínimo existencial tem sua relevância, ainda, frente à negatividade, aos conflitos. Sua negação ou violação revigora a importância da construção teórica, tendo em vista que “a afirmação do mínimo existencial vem justamente negar as negatividades percebidas no cotidiano”²⁸⁴, sublinha a autora.

No contexto do mínimo existencial é relevante destacar a realidade da prestação da saúde no Brasil, que ainda se encontra em estado de alarmante precariedade, deixando a desejar, desde simples atendimentos ambulatoriais, até outros procedimentos mais complexos. Devido à atuação deficitária do Poder Público nessa seara, milhares de pessoas são excluídas de uma vida saudável e equilibrada, ou seja, de viver com dignidade, o que induz ao questionamento sobre a efetividade

²⁸¹ Ibid., p. 174.

²⁸² Id.

²⁸³ HONÓRIO, Cláudia. Dissertação de mestrado, p. 61. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev. 2017.

²⁸⁴ Cf. Cláudia Honório, o esquema afirmação/negação é trabalhado em DUSSEL, Enrique. **Ética da Liberdade** – na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 306-309, id.

dos direitos fundamentais sociais, assim como a inegável importância de observar a teoria do mínimo existencial.

No entanto, considerando que a efetivação do mínimo existencial depende do trabalho democrático do legislativo, que formula a política das prestações em vista das disponibilidades de recurso e das prioridades do poder executivo, é evidente que essa função obedece a parâmetros políticos, mas devem, necessariamente, pautar-se pelas diretrizes constitucionais.

Nesse sentido, na construção das políticas públicas para a realização dos direitos fundamentais sociais à saúde, educação, habitação, entre outros, que dependem da situação econômico-financeira, são direitos tão relevantes que, como afirma Robert Alexy, “sua outorga ou não outorga não pode ficar em mão da simples maioria parlamentar”²⁸⁵, tema que promove posicionamentos polêmicos por entendimentos diversos.

Alinhado aos fundamentos e objetivos do Estado Constitucional, faz-se a leitura do mínimo existencial como indissociável à dignidade humana, e, tendo em vista as limitações que se apresentam para sua realização, abordar-se-á na sequência a questão das restrições e da reserva do possível, no que tange às prestações, no âmbito dos direitos sociais.

2.3 DOS LIMITES PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL

Conforme visto antes, todo ser humano tem necessidades básicas que, se não forem satisfeitas, interferem numa existência normal e equilibrada. E quando não dispõe de meios suficientes para prover elementos básicos e indispensáveis como saúde, a existência pode ficar insuportável. Daí a necessidade de obter prestações que os direitos sociais asseguram.

No entanto, conforme Ana Carolina Lopes Olsen²⁸⁶ observa, ainda que se reconheça por uma grande maioria de doutrinadores e estudiosos a dimensão subjetiva nos direitos sociais, não significa que todos alcançam a realidade. Nesse

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito privado: Breves Notas...**, p. 572-573.

²⁸⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional. In: CLÉVE, Clemerson Merlin (coord). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 913.

sentido, faz a leitura de Luis Roberto Barroso²⁸⁷ ao consignar que “o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável”. Na realidade, é preciso dizer que os direitos fundamentais também podem ter seus efeitos restringidos.

Paulo Ricardo Schier destaca que a Carta Magna foi generosa ao consagrar uma das “mais extensas listas de direitos fundamentais do mundo”, qualificada como dirigente e compromissória, que impõe tarefas a serem prestadas pelo Estado. Por outro lado, esse expressivo rol de direitos fundamentais, na expressão do autor, acaba trazendo problemas na efetividade dos direitos sociais, pois grande parte desses direitos possui natureza prestacional, e, portanto, envolvem custos para a sua realização. Por essa razão diz-se que “direitos sociais, em princípio, seriam direitos economicamente relevantes”²⁸⁸.

Como Jorge Reis Novais pontua, diferentemente do que ocorre com os direitos de liberdade, “os direitos sociais só vivem, precisamente, através da mediação (consubstancialização, densificação) das leis ordinárias que os realizam”, ou seja, em grande parte dependem dos direitos a prestações que advêm da decisão do legislador para concretizar os direitos sociais, e podem sofrer restrições²⁸⁹; em grande medida, são questões financeiras que dificultam e determinam a realização dos direitos prestacionais sociais²⁹⁰. Nesse sentido, a doutrina desenvolveu teorias que explicam e embasam as restrições aos direitos fundamentais.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, são duas as teorias que explicam as restrições aos direitos fundamentais: a interna, que diz respeito ao intervencionismo estatal, e a externa, que se conecta na defesa da liberdade e do individualismo²⁹¹. A teoria externa se baseia nos princípios e parte da ideia de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial, enquanto que a teoria interna, desenvolvida por Peter Häberle²⁹², defende que o conteúdo essencial

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível: Dilemas no Direito Constitucional Brasileiro**, p. 113-114. Disponível em: <https://www.academia.edu/32102146/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_RESERVA_DO_POSSIVEL>. Acesso em: 06 abr. 2017.

²⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria...**, p. 178.

²⁹⁰ Conforme Paulo Ricardo Schier sustenta, os direitos de defesa, muitas vezes, também dependem de garantias institucionais que envolvem altos custos para sua realização; desse modo, ambos direitos, de defesa e prestacionais, envolvem custos. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 114.

²⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 317-318.

²⁹² Cf. menção de Ricardo Lobo Torres, id.

dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes, insuscetíveis de ponderação. Para a teoria interna, ou imanente, conforme Martin Borowski, não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais; para o autor, se o direito, na sua concepção de direito não limitável, tem seu alcance definido previamente, sua restrição se torna desnecessária e impossível (tradução livre)²⁹³.

Segundo o posicionamento de Peter Häberle, “para a teoria interna, que defende os limites imanentes, o conceito de mínimo existencial não existe”²⁹⁴. Para o autor alemão, se o conteúdo essencial abrange a totalidade do ordenamento, o mínimo existencial se confunde com o máximo social, ou seja, nesse entendimento, entre direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais a diferença é de grau, mas não de essência, pontua Ricardo Lobo Torres²⁹⁵.

Para Robert Alexy²⁹⁶, na teoria interna não existem duas coisas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com seu conteúdo determinado²⁹⁷. Assim sendo, “as dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ou não ser limitado, e sim sobre qual é o seu conteúdo”. Nesse sentido, Ana Lucia Pretto Pereira esclarece: “direito e restrição são um elemento só, a restrição não existe exteriormente ao direito, mas está nele inserida”. Nesse caso, eventual intervenção legislativa sobre o direito fundamental, complementa a autora, “não configuraria propriamente uma restrição, e sim, atuaria como determinante do conteúdo dos direitos fundamentais, através da reserva de conformação do legislador para com a Constituição”²⁹⁸.

²⁹³ “Según la teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Desde este punto de vista, hay sólo un objeto normativo: el derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho son ‘inmanentes’. En el caso de los derechos no limitables, este límite no puede denominarse restricción”. [...] Si el derecho, en su acepción de derecho no limitable, tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible”. BOROWSKI, Martin. **La Estructura...**, p. 68-69.

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 317-318.

²⁹⁵ Id.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Apud. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 37. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-7791>. Acesso em: 06 set. 2015.

²⁹⁷ Cf. ALEXY, “El primer objeto, el derecho *prima facie*, es un objeto normativo. Siempre que un derecho existe, hay una norma que garantiza ese derecho. El segundo objeto es también normativo: las restricciones de los derechos son igualmente normas”. ALEXY, Robert, p. 177 y ss. In: BOROWSKI, Martin, op. cit., p. 68.

²⁹⁸ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná,

No que tange à teoria externa das restrições, Ricardo Lobo Torres leciona que “o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é parcela indisponível dos direitos fundamentais”, e a falta desse elemento inviabiliza viver com dignidade²⁹⁹. Sob essa ótica, se não há excesso no mínimo essencial que ultrapasse a sua base de entendimento, ele é insuscetível de ponderação e de restrição pelo legislador. Por outro lado, numa análise lógica, os direitos sociais prestacionais que excedam ao mínimo existencial, não sendo fundamentais, são suscetíveis às restrições do legislador³⁰⁰.

Segundo Jorge Reis Novais, “a definição do âmbito normativo do direito fundamental, no caso da teoria interna, acabará definindo quem será atendido ou não, diminuindo, assim, a eficácia da norma”³⁰¹, ou seja, conforme Ana Lucia Pretto Pereira complementa, “tudo aquilo que estivesse fora do âmbito da norma, dependendo da escolha de alocação de recursos, estaria desprotegido juridicamente, ficando, ainda, imune ao alcance do controle de legalidade e de constitucionalidade”³⁰².

Em termos práticos, considerando que a prestação de bens e direitos fundamentais sociais depende da alocação de recursos financeiros, a insuficiência desses recursos é um limitador para os direitos fundamentais sociais, e representa restrição ao mínimo existencial.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen entende que “o risco de se tomar a reserva do possível como elemento característico do direito fundamental social, ou seja, como um limite imanente, reside na grande discricionariedade que o poder público dispõe” na tomada de decisões sobre a destinação do bem escasso³⁰³. Para a autora, “a partir do momento que se concebe os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e

Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 28-29. Disponível em: <http://200.17.203.155/index.php?codigo_sophia=257478>. Acesso em: 06 set. 2015.

²⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 318.

³⁰⁰ Ibid., p. 319.

³⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 312-313. Apud. PEREIRA, Ana Lúcia Preto. A Reserva do Possível, p. 40.

³⁰² PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 40. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-7791>. Acesso em: 06 set. 2015.

³⁰³ OLSEN, Ana Carolina. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. f. 390. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2006. p. 127-128.

princípios, a teoria externa parece ser a que melhor se coaduna com a efetiva possibilidade de restrição a estes direitos”³⁰⁴. Conforme observa, “não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível”³⁰⁵, porque decorre de decisões políticas. E é no contexto da disponibilidade, ou não, de recursos financeiros necessários para a realização de prestações sociais, que desponta a denominada teoria da reserva do possível.

A expressão reserva do possível tem como marco histórico a decisão da Corte Constitucional alemã, no caso *numerus clausus*, em que se pleiteava uma vaga para cada estudante no curso superior de medicina em universidades daquele país, em um período pós-guerra em que os escassos recursos inviabilizavam custear a todos³⁰⁶.

O caso foi levado ao Tribunal, que concluiu que “as normas eram constitucionais, pois o Estado alemão vinha fazendo tudo que estava ao seu alcance para se desincumbir de forma adequada de seu dever de tornar acessível o ensino superior”. Entendeu-se assim, que não seria razoável exigir a satisfação do interesse individual do cidadão em potencial sacrifício de outros programas sociais ou de outras políticas públicas³⁰⁷.

Esse caso é considerado o marco do surgimento da reserva do possível, “como questão de razoabilidade da pretensão social”. Entendeu-se que na promoção das políticas públicas “para atender a pretensões de direitos individuais, não se poderia exigir mais em detrimento de toda a coletividade”. No Brasil a teoria foi adotada, mas com um entendimento diferente, trata-se de uma restrição aos direitos fundamentais em que deixam de ser exigíveis em razão da ausência de recursos financeiros do Estado para a sua efetivação³⁰⁸.

Conforme visto antes, o mínimo existencial, concretamente, consiste nas ações positivas de prestação de políticas públicas pelo Estado ao cidadão. No entanto, existe o outro lado da moeda a ser considerado. De acordo com Ana Paula de Barcellos, na prestação de políticas públicas, “toda e qualquer ação envolve gasto

³⁰⁴ Id.

³⁰⁵ Id.

³⁰⁶ POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus Limites**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/>. Acesso em: 06 set. 2015.

³⁰⁷ Id.

³⁰⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional**, op. cit., p. 920.

de dinheiro público, e recursos públicos são limitados. São evidências fáticas e não teses jurídicas”³⁰⁹.

Observa a autora que a simples existência de órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo, do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e servidores públicos, afora outros custos, que, no conjunto, representam despesas muito expressivas³¹⁰. Tal realidade impõe limitações de recursos públicos e constituem restrições ao mínimo existencial, uma vez que, “não havendo recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido”³¹¹.

Conforme Paulo Ricardo Schier se refere à reserva do possível, trata-se de “importante princípio que se projeta no plano do regime jurídico dos direitos sociais”, ou seja, um “princípio implícito, certamente, mas dotado de evidente razoabilidade e racionalidade”; possui a dimensão fática – respeito às opções legislativas e ao Estado de Direito, como a escassez de recursos – e a dimensão da proporcionalidade da prestação exigida – decorrente do princípio da subsidiariedade. Assim, na esfera da reserva do possível, entende-se como o “limite da prestação razoável”³¹².

Desse modo, considerando que a prestação de determinada necessidade ao cidadão depende de uma escolha pelo Poder Público, é na medida em que se manifesta a escassez de recursos públicos que entra em cena a teoria da reserva do possível como limitação, ou restrição, à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Portanto, na visão de Ana Paula de Barcellos, a definição dos gastos públicos é “um momento típico da deliberação político-majoritária, salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais”³¹³.

Nesse ponto, importa refletir, na linha dos questionamentos da autora: “O que decorre da Constituição como atividade vinculada e o que está na esfera da decisão política? Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente

³⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15. Jan, fev, mar/2007. Salvador, Bahia, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

³¹⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: Ricardo Lobo Torres (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2002, p. 139-222, apud. Barcellos, op. cit., p. 11.

³¹¹ Id.

³¹² SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, op. cit.p 115.

³¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalismo, Direitos Fundamentais...**, p. 14.

oferecida pelo Estado à população como um todo? ” Conforme observa, não é possível afirmar que todas as prestações existentes são viáveis, considerando que poderia “esvaziar o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão”, tendo em conta a progressiva sofisticação e o incremento de custos dos serviços de saúde. Por outro lado, a autora pondera que essa realidade “não significa que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser ofertado pelo Estado”³¹⁴.

Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier ressalta que, “apesar da justificada racionalidade constitucional da reserva do possível”, é preciso certa cautela no que diz respeito à aplicação dessa cláusula, pois no caso de uma invocação abstrata para justificar uma restrição, poderá “assumir um caráter de barreira intransponível para a realização dos direitos sociais”³¹⁵.

Para o autor, este é um caminho perigoso, que poderá representar uma espécie de “princípio da supremacia da discricionariedade política e supremacia da reserva do possível em face dos direitos sociais”, que enfraqueceria a normatividade dos direitos sociais. Nessa hipótese, os direitos sociais só poderiam ser reivindicados quando não houvesse a reserva do possível como limite, ou, só poderiam ser exigidos na forma da lei e das políticas públicas, e seria um impeditivo da atuação do judiciário conforme a norma constitucional³¹⁶.

Portanto, na análise da reserva do possível no contexto da Constituição brasileira, há que se cuidar para que a sua aplicação não se afaste de uma adequada compreensão constitucional. Assim sendo, é “ônus do Poder Público comprovar concretamente a falta de recursos para a satisfação de um direito”, ou seja, apenas invocar a escassez de recursos não é suficiente, impõe-se, também, o ônus argumentativo. Além disso, cabe à Administração Pública demonstrar a eficiência das políticas públicas existentes, e da aplicação de recursos na seara dos direitos sociais³¹⁷.

O posicionamento de Ana Lucia Pretto Pereira é relevante ao consignar que “a diferença crucial, e determinante ao acolhimento ou não do argumento da

³¹⁴ Ibid., p. 21-22.

³¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 115-116.

³¹⁶ Id.

³¹⁷ Ibid. 116-117.

reserva do possível, é identificar se os *satisfatores* – bens econômicos – demandados atendem às *necessidades humanas* ou às *necessidades humanas fundamentais* (grifos da autora)”. Para a autora, o argumento da escassez de recursos pode restringir a satisfação de *preferências*, apenas; por outro lado, ressalta: “tratando-se do atendimento de necessidades humanas *fundamentais*, em sentido estrito, sai-se do campo da *preferência* e entra-se no campo da *exigência*” (grifos da autora)³¹⁸. A respeito da reserva do possível, a decisão do Ministro Celso de Melo, antes mencionada, é paradigmática também nesse sentido:

[...] a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³¹⁹.

Nessa perspectiva, Ana Lucia Pretto Pereira enfatiza o entendimento de que “a reserva do possível não poderá ser aventada quando a restrição decorrente da ação ou omissão estatal frustrar a satisfação de necessidades fundamentais, e, por consequência, a concretização da dignidade humana”³²⁰.

No entanto, é forçoso reconhecer, consoante a autora, que “a *possibilidade financeira* (grifo da autora) é o fundamento correlato à impossibilidade de satisfação das necessidades humanas em virtude da escassez de recursos relacionados ao orçamento”³²¹; ou seja, essa limitação financeira é o fundamento da reserva do possível, e, não obstante a relevância dos fins sociais previstos constitucionalmente, não se pode desconsiderar a importância dessa questão, uma vez que, para atender às necessidades humanas é fundamental a alocação de recursos financeiros.

Mas é importante ressaltar, que “a realidade do binômio escassez/necessidades humanas exige uma atuação positiva do Estado no sentido de oferecer soluções concretas, mas que não poderão ser realizadas *de uma só vez*, atendendo simultaneamente a todos”³²². Nessa perspectiva, há que considerar,

³¹⁸ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 28-29. Disponível em: <http://200.17.203.155/index.php?codigo_sophia=257478>. Acesso em: 06 set. 2015.

³¹⁹ MELLO, Celso. STF. **ADPF 45**, DJU de 04/05/2004.

³²⁰ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional...**, p. 93.

³²¹ Id.

³²² Ibid., 92

conforme sintetiza, que “o fator custo é fortemente desfavorável aos direitos sociais”³²³; e a expressão de Luigi Ferrajoli enfatiza essa ideia: “todos os direitos custam, e os direitos sociais também possuem duas facetas (de omissão e de atuação), mas a sua dimensão econômica é profundamente mais evidente”³²⁴.

O ponto nevrálgico nessa questão, é preciso enfatizar, é quando as escolhas direcionam para prestações de saúde, uma vez que, devido à inquestionável importância na proteção da vida, têm na reserva dos recursos econômicos um reconhecido entrave para a efetivação das políticas públicas desse direito fundamental social. Portanto, considerando a importância desse bem, quando envolvido, a cláusula da reserva do possível exige análise mais detalhada e a necessária ponderação para sua aplicação.

Na perspectiva de que todos os direitos têm um custo financeiro, e dependem da atuação estatal para a sua realização, importa frisar, segundo Ana Lucia Pretto Pereira, “esta atuação estatal será mais ou menos expressiva quando se trate dos direitos *de liberdade*, ou dos direitos *prestacionais*” (grifos da autora)³²⁵. Assim, considerando que a questão da reserva do possível é um limitador na prestação de políticas públicas, notadamente na área da saúde, é relevante elencar algumas considerações.

Partindo da ideia concreta de que a Constituição estabeleceu fins públicos prioritários, disciplinados em normas jurídicas dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade, como é o caso dos direitos fundamentais sociais, Ana Paula de Barcellos pondera que não haveria sentido entender que as políticas públicas, que irão realizar esse direito constitucionalmente previsto, estão imunes de qualquer controle jurídico. Conforme a autora, além da vinculação aos fins previstos, “a definição de políticas públicas e do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano”³²⁶.

É oportuno esclarecer, ainda que o ativismo judicial não constitua objeto desse estudo, entende-se pertinentes algumas considerações pontuais atinentes a essa matéria, pois, conforme Paulo Ricardo Schier observa, “é preciso reconhecer

³²³ Id.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 10.

³²⁵ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional...**, p. 38.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalismo, Direitos Fundamentais...**, p. 14-17

que aqui no Brasil, tanto a jurisprudência (ainda com cautela), bem como a doutrina, vêm admitindo a sindicalização (judicialização) desses campos”, e desse modo, admitindo-se tanto o controle judicial das políticas públicas como o controle de discricionariedade administrativa³²⁷. Assim, na questão do controle jurídico, também se faz necessária a ponderação nas decisões que envolvam prestação de serviços públicos que impliquem custos financeiros.

Nesse sentido, tendo em vista o expressivo aumento das demandas judiciais na seara da saúde, Daniel Sarmiento observa: “cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais”³²⁸.

A esse respeito, questiona-se também a legitimidade dos membros do Poder Judiciário, que não são eleitos e nem respondem politicamente perante o povo, para interferir nas escolhas do Legislativo e Executivo sobre prioridades dos gastos em face da escassez de recursos; indaga-se se essas intervenções favorecem, de fato, os excluídos, e, se o Judiciário tem as condições de atuar de forma racional e eficiente na tomada dessas decisões³²⁹.

Neste ponto, importa frisar que a reserva do possível desdobra-se em dois componentes: fático e jurídico³³⁰. Conforme Daniel Sarmiento, “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. Sob essa ótica, o autor pondera que numa demanda judicial na esfera da saúde, por exemplo, em que se exija do Estado a prestação de um tratamento especializado e dispendioso para alguém, a ser prestado fora do País, a questão a ser analisada deverá se pautar pela razoabilidade de proporcionar aquele tratamento para todos os que se encontrem em situação similar, obedecendo o princípio da isonomia³³¹; aqui o entendimento é o de

³²⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 117.

³²⁸ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 556.

³²⁹ Id.

³³⁰ Ibid., p. 569.

³³¹ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet observa que, “de acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte

que não se pode exigir do judiciário uma decisão que favoreça apenas a um indivíduo³³².

No que tange à reserva do possível jurídica, diz respeito ao embasamento legal da previsão orçamentária necessária para que o Estado preste a satisfação do direito social ao demandante – o princípio da legalidade – que motiva o debate sobre o Poder Judiciário determinar gastos para a satisfação de direitos sociais, sem previsão orçamentária para tal. Nessa questão, pode-se argumentar que é o legislador quem tem a melhor visão sobre o orçamento, e, portanto, quem detém legitimidade constitucional para decidir como empregar os recursos financeiros. Sob essa ótica, o Poder Judiciário, ao decidir nessas questões, estaria interferindo no Poder Legislativo³³³.

Por outro lado, faz-se a seguinte ponderação: se a Constituição conferiu ao cidadão o direito fundamental social da prestação de políticas públicas, cabe ao Judiciário atender a essa demanda. Nessa tensão, Daniel Sarmento entende que há parcelas de razão para os dois lados, pois não se pode ignorar o legislador democrático nas escolhas sobre gastos públicos, e, tampouco, desconsiderar a natureza vinculante dos direitos fundamentais sociais. Na realidade, admite-se que são situações difíceis e que deverão ser analisadas numa ponderação de interesses, levando-se em conta as duas realidades³³⁴.

No que toca à questão de competência dos Poderes na decisão de prestações públicas, conforme Robert Alexy³³⁵ sustenta, envolve princípios formais que só deverão ser afastados em casos extremos e mediante forte ônus argumentativo. Nesse sentido, se o Poder Judiciário pode investigar atos discricionários e políticos, também é fato que não poderá desconsiderar a legal distribuição de competências que a Constituição determinou. Nesse sentido, até se admite que um Juiz possa superar decisões de autoridades do Poder Público, mas

que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefício, quanto a encargos [...]. **A Eficácia...**, p. 320.

³³² SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 572.

³³³ Ibid., p. 573-574.

³³⁴ Id.

³³⁵ Cf. Paulo Ricardo Schier menciona em: SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 117.

“há de ser precedida de fortíssima carga argumentativa”, pontua Paulo Ricardo Schier³³⁶.

Uma questão relevante a ser considerada no que tange à reserva do possível, é a cláusula de proibição de retrocesso social, que visa a impedir mudanças em determinadas posições jurídicas existentes, ou seja, tem por finalidade proteger os direitos fundamentais em face das possíveis alterações por atos administrativos ou legislativos, e que possam gerar reflexos negativos ou ofensas à dignidade da pessoa humana – tema que será desenvolvido no próximo capítulo.

Também é importante considerar, na tramitação das demandas judiciais em políticas públicas sociais, a importância da especialização na matéria. A esse respeito, Daniel Sarmiento observa que, tanto o Poder Executivo como o Legislativo, dispõem em seus quadros, de pessoas com especialização para assessorar em complexas tomadas de decisão. Situação diferente ocorre na esfera do Judiciário, em que os juízes não têm conhecimentos especializados nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação nas demandas por políticas públicas. Para o autor, esse é um ponto frágil do judiciário na tutela dos direitos sociais³³⁷.

Outro ponto a ponderar é o que diz respeito às demandas individuais, que recebem, em grande medida, mais atenção do que as coletivas, e nem sempre contemplam os mais necessitados. Desse modo, verifica-se que classes mais carentes dispõem de menos informação e, por essa razão, deixam de ir ao Judiciário para reivindicar demandas sociais; argumenta-se que muitas decisões, na esfera da saúde, contemplam classes mais favorecidas, por ter, em tese, maior facilidade de acesso à justiça, demonstrando, assim, uma face não inclusiva do Poder Judiciário. Na visão de Daniel Sarmiento, as demandas coletivas são mais benéficas, por atender mais pessoas e de forma mais eficiente, devido à melhor instrução processual, proporcionando melhor distribuição na execução de políticas públicas³³⁸.

Da mesma forma se posiciona José Reinaldo de Lima Lopes, ao destacar que o judiciário, quando provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, no entanto, faz a ressalva: “resta ver, para que efetivamente se fale em políticas públicas, que haja iniciativas de caráter

³³⁶ Id.

³³⁷ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 580-583.

³³⁸ Ibid., p. 583-585.

menos particularmente reivindicantes e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes de interesses individuais homogêneos”³³⁹.

A esse respeito, Virgílio Afonso da Silva também se manifesta: “[...] o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter”. Conforme destaca, as decisões individuais, muitas vezes dispendiosas, favorecem a uma minoria; assim, “se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá que sair de outras áreas. Ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo”. Observa o autor que muitas vezes as decisões não são as mais indicadas, e justifica a assertiva exemplificando: soluções simples, como “a distribuição de medicamentos de forma desordenada, irracional e individualista, não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no País”³⁴⁰.

Por outro lado, o autor defende a importância do Judiciário em “canalizar as demandas individuais em espécie de diálogo institucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos”, de forma a questionar as atuações do Poder Público, quando se fizer necessário³⁴¹. Argumenta que o grande problema, na área dos direitos sociais, é a forma como se encara a divisão das tarefas: “o governo tem prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário, complementá-lo e corrigi-lo [...]”³⁴².

Sob essa ótica, acentua que “a ideia de que o ativismo judicial é a melhor forma de defender os direitos sociais é equivocada, e seria correta se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos”³⁴³. Essas ideias induzem à reflexão sobre a responsabilidade do Poder Público no planejamento das políticas públicas.

Na esteira desse pensamento, pertinente à exposição crítica de Ana Paula de Barcellos, ao expressar que “é certo que muitos debates que se desenvolvem no

³³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 136-137.

³⁴⁰ SIVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.596-597.

³⁴¹ Id.

³⁴² Ibid., p.592-593.

³⁴³ Id

âmbito do direito tributário têm origem e são alimentados por um dado da realidade: o ímpeto arrecadador do Estado”. Entretanto, conforme bem observa a autora, a realidade das despesas públicas “deveria despertar interesse semelhante: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais”. No entanto, constata-se que a convivência do Estado com gastos exorbitantes em questões como “publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira”³⁴⁴.

Nessa perspectiva, visualiza-se a importância do papel do Judiciário como fator de equilíbrio na esfera das decisões nas políticas públicas. Para José Reinaldo de Lima Lopes, pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Observa que “a submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes”³⁴⁵.

No entanto, destacando que o que está em jogo, perante o Poder Judiciário, é a justiça distributiva no Brasil, o autor observa que o Judiciário subordina-se à lei de um lado, e de outro precisa “estar preparado para reconhecer os limites e os avanços legais, no que diz respeito aos direitos subjetivos à distribuição dos recursos sociais”. Sobretudo, sublinha o autor, que “é preciso estar atento aos efeitos perversos que decisões judiciais podem trazer”, seja negando reiteradamente a justiça distributiva, seja reforçando posições já adquiridas nessa seara, destacando que “o justo é proporcional, e o injusto é o que viola a proporção”³⁴⁶.

Nesse espaço de discussão, Ana Carolina Lopes Olsen destaca que a noção de mínimo existencial, como um núcleo irreduzível dos direitos fundamentais sociais, tem contribuído para a sua implementação pela jurisdição constitucional. Argumenta a autora que, “no confronto entre direitos sociais e a reserva do possível, costuma-se resolver em prol da realização dos primeiros, sempre que se identifique a necessidade de resguardar o mínimo existencial”³⁴⁷. Justifica-se essa observação, na orientação do STF sobre a matéria, conforme se verifica:

³⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalismo, Direitos Fundamentais...**, p. 16

³⁴⁵ LOPES, Reinaldo de Lima, *ibid.*, p. 136 e ss.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 142-143.

³⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, p. 932.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)

³⁴⁸.

A esse respeito, Paulo Ricardo Schier observa que “a reiterada absolutização do mínimo existencial no âmbito judicial”, observada no Brasil, pode representar um “aviltamento ou flexibilização da satisfação do mínimo existencial”; ressaltando a necessidade de cautela na aplicação da cláusula da reserva do possível quando está em questão o mínimo existencial, destaca que nesse caso, tanto a doutrina como a jurisprudência, têm agido com reservas nessas situações³⁴⁹.

Nesse sentido, também o TJ do Paraná vem se posicionando, conforme se verifica no julgado:

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO M. P. COM O OBJETIVO DE DETERMINAR AO ESTADO DO PARANÁ E AO MUNICÍPIO DE TELÊMACO BORBA QUE PROMOVAM A AVALIAÇÃO E, CASO NECESSÁRIO, A IMEDIATA INTERNAÇÃO DOS ADOLESCENTES INDICADOS PARA TRATAMENTO DO VÍCIO EM DROGAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - INCONFORMISMO DO ENTE MUNICIPAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA DEMANDA ANALISADA COM BASE NAS ALEGAÇÕES APRESENTADAS NA PETIÇÃO INICIAL - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - BINÔMIO UTILIDADE/NECESSIDADE DEVIDAMENTE SATISFEITO - TENTATIVAS DE CONSULTAS E INTERNAÇÕES ADMINISTRATIVAS QUE NÃO SE MOSTRARAM EFICAZES - AJUIZAMENTO DA DEMANDA IMPRESCINDÍVEL ATÉ COMO FORMA DE AUTORIZAR O INTERNAMENTO FORÇADO DOS ENVOLVIDOS - SATISFAÇÃO DOS PEDIDOS DA INICIAL QUE APENAS SE CONCRETIZOU EM RAZÃO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA DO JUÍZO SINGULAR - AUSÊNCIA DE PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA DEMANDA - MÉRITO - ALEGAÇÃO DE QUE A RESPONSABILIDADE PARA TRATAMENTO DE ALTA COMPLEXIDADE SERIA EXCLUSIVA DO ENTE ESTATAL - NÃO ACOLHIMENTO - SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS EXPRESSA NO TEXTO CONSTITUCIONAL E CONSAGRADA

³⁴⁸ STF **ARE 639.337 AgRSP**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, *DJE* de 15-9-2011.

³⁴⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 118 -119.

PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À TRIPARTIÇÃO DE PODERES INSCULPIDA NO TEXTO CONSTITUCIONAL - DECISÃO QUE SE LIMITA A GARANTIR DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS DOS ENVOLVIDOS – **RESERVA DO POSSÍVEL** QUE NÃO PODE SER ALEGADA QUANDO HOVER DESCUMPRIMENTO DE DIREITO RELACIONADO AO MÍNIMO **EXISTENCIAL DO CIDADÃO** - PRECEDENTES DO STF.³⁵⁰

No entanto, também é preciso salientar que as decisões judiciais vêm admitindo que a atividade do Judiciário nessa seara é relevante, mas não absoluta, como se verifica nesse recente posicionamento do TJ do Paraná:

[...]. Certamente, o Poder Judiciário possui um papel fundamental na garantia dos **direitos** fundamentais, devendo zelar pela aplicação dos **direitos sociais** como a saúde. Contudo, essa atividade exercida pelo Judiciário não é absoluta, na medida em que os Juízes devem observar a existência de alguns limites à aplicação dos **direitos sociais** de natureza prestacional, como a chamada "reserva do possível". Os **direitos sociais** possuem sempre uma repercussão econômica, ainda que de forma indireta. Dessa forma, o cumprimento de uma obrigação imposta por um direito social pode sofrer limitações por parte da "reserva do possível", que constitui "limite jurídico e fático dos **direitos** fundamentais"³⁵¹.

Para além da discussão do controle do Judiciário, defende-se que os direitos sociais, por serem normas jurídicas gravadas pela supremacia constitucional, por serem cláusulas pétreas e por terem aplicabilidade imediata, não podem ficar totalmente à mercê da boa vontade do legislador, caso contrário, seria negar a força normativa da Constituição e dos próprios direitos sociais; e mais do que isso, é preciso frisar que “os direitos sociais devem produzir uma eficácia mínima, que não fique na dependência de decisões governamentais”. Essa eficácia mínima “seria o mínimo existencial”, resume Paulo Ricardo Schier³⁵².

Contudo, conforme ressalta Ana Lucia Pretto Pereira³⁵³, ainda que se entenda a reserva do financeiramente possível como limite à efetividade plena do direito fundamental social, “não é excludente da ilicitude estatal”, assinalando, assim, que, em razão de limitações de ordem econômica, a impossibilidade da prestação a que esteja obrigado o ente estatal, não encontra justificativa “se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais”.

³⁵⁰ **TJPR AC 1554149-4**. Rel. Denise Kruger. Julgamento: 16/03/2017. Publicação: 31/03/2017. DJ:2001.

³⁵¹ TJPR, 4ª Câmara Cível. **AC 1570433-1**. Julgamento: 23/02/2017. Publicação: 15/03/2017. DJ: 1989. Rel. Maria Aparecia Blanco de Lima.

³⁵² Id.

³⁵³ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional...**, p. 83.

Complementando esse entendimento, oportuno citar, conforme Ingo Wolfgang Sarlet³⁵⁴ destaca, que “a reserva do possível não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento* (grifo do autor) ” pois, se assim fosse, “um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivale, na prática, – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”.

Por outro lado, é importante refletir, na linha de pensamento de Ana Lucia Pretto Pereira que, na busca para as soluções normativas mais complexas, nem sempre se encontram soluções fixadas no ordenamento jurídico, “o que leva o julgador a fazer escolhas morais e implica num *custo de legitimidade* (grifo da autora), razão pela qual a tal legitimidade da decisão só será possível quando sintonizada com a comunidade e seus valores”, na conformidade da Carta Constitucional³⁵⁵. A esse respeito, vale lembrar o pensamento de Konrad Hesse, ao consignar: “se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”³⁵⁶.

Nesse contexto, é relevante verificar que o mínimo existencial *prima facie*, até pode ter status de preferência por várias razões, tais como éticas, morais, culturais, e de decisões judiciais anteriormente estabelecidas – o chamado precedente condicionado, segundo Robert Alexy. No entanto, essa mesma força de preferência não pode gerar uma “insuperabilidade do mínimo existencial, pois isso representaria a criação de uma tábua axiológica de valores da Constituição”, incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito³⁵⁷, pontua Paulo Ricardo Schier.

Em última análise, conforme o autor sublinha, a discussão da cláusula da reserva do possível não é simples, porque envolve a possibilidade de escolha entre as satisfações de direitos sociais versus simples razões econômicas, e nem é possível

³⁵⁴ Conforme expressão de CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p. 131, mencionada por SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**, op. cit.

³⁵⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clèmerson M. **Constituição, Democracia e Justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-36.

³⁵⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

³⁵⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direitos Fundamentais e Reserva do Possível...**, p. 118.

expressar, a priori, uma preferência entre Poder Legislador e Poder Judiciário, até porque cada um desses poderes irá atuar dentro de parâmetros e visões próprias³⁵⁸.

No entanto, o que é relevante, sem dúvida, independentemente de qual dos poderes estiver envolvido, na articulação para a realização dos direitos fundamentais deve sempre ter presente que a Constituição é quem irá conferir o tom da decisão³⁵⁹, num processo de otimização dos direitos fundamentais sociais, num Estado Democrático de Direito.

Considerando as reflexões trazidas acima, e, conforme Jorge Reis Novais observa, “a reserva do possível invade o próprio plano normativo do direito social” quando seu objeto compreende uma prestação diretamente vinculada a questões econômico-financeiras. Na realidade, as prestações sociais são direitos, pretensões e deveres “tanto quanto possível” (grifo do autor), e “na medida do financeiramente possível, de realização progressiva, levando em conta o que é razoável exigir do Estado”³⁶⁰.

Nesse sentido, pode-se dizer que a dependência das disponibilidades financeiras de um Estado promove a abertura e flexibilização dos conteúdos dos direitos sociais no plano constitucional³⁶¹. Isso evidencia que, mesmo estando os direitos sociais consagrados e reconhecidos, é necessário admitir que um direito conferido a um particular não é o mesmo que permitir ou dar condições para que ele possa obter determinada prestação³⁶².

Conforme Jorge Reis Novais destaca, de acordo com Holmes³⁶³, “a debilidade do Estado, a sua ineficácia [...] a sua inexistência prática, inviabilizando a respectiva capacidade de proteção e cumprimento dos direitos fundamentais”, promove um discurso vazio desses direitos, e compromete a realização dos direitos sociais e também dos direitos de liberdade. Assim, os deveres estatais de respeitar, proteger e de promover, inerentes ao Estado de Direito, se submetem à reserva do economicamente possível, e deixam enormes lacunas na prestação de bens necessários e indispensáveis.

³⁵⁸ Ibid., p. 120.

³⁵⁹ Ibid., p. 119-120.

³⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 100.

³⁶¹ Ibid., p. 143.

³⁶² Ibid., p. 98-99.

³⁶³ Cf. citação de Jorge Reis Novais, id.

Considerando que, em uma situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, “a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, que implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e de necessidades”³⁶⁴.

Levando em conta que a ambiguidade da norma transfere ao legislador ordinário a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, e somente após essa intervenção legislativa a prestação devida pelo destinatário torna-se exigível, diz-se que “os direitos sociais prestacionais carecem de decisões legislativas”. Por essas razões, é inviável precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação dos direitos sociais³⁶⁵.

No entanto, conforme Paulo Ricardo Schier alerta, “o Poder Legislativo não pode, livremente, negar a Constituição. É por isso que a restrição de direitos fundamentais possui limites materiais e formais, internos e externos”³⁶⁶. Observa ser esse o motivo de “não existir cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais pois, do contrário, eles substanciariam benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações”. Afinal, como bem lembra o autor, “os direitos fundamentais nascem como espécie de limite (e legitimação) da atuação estatal”³⁶⁷.

É importante frisar, de acordo com o autor, que “a Constituição autoriza que lei (infraconstitucional) restrinja o interesse particular, em determinadas situações, em favor do interesse público, “mas sempre pautando-se pela razoabilidade, proporcionalidade, observando a proibição do excesso e preservação do núcleo essencial”³⁶⁸.

Nessa linha, conforme Ingo Wolfgang Sarlet sustenta, tomando por base os direitos sociais expressamente consagrados na nossa Constituição, está a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, e em especial relevância ao direito à saúde, mas

³⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis, **Direitos Sociais...**, p. 91.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 327.

³⁶⁶ Cf. Robert Alexy. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 277 e ss. In: SCHIER, Paulo Ricardo, **Ensaio sobre a supremacia do interesse público...**, p. 8.

³⁶⁷ SCHIER, Paulo Ricardo, id.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 9.

também a uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões da dignidade³⁶⁹.

Portanto, no contexto da efetivação do direito fundamental social, pode-se afirmar que o conjunto de prestações básicas dos direitos sociais, em especial no que toca à saúde, não pode ser suprimido ou reduzido para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa humana, conforme determina a Constituição, uma vez que, afetando o conteúdo desse princípio basilar, configura-se violação injustificável de valor e princípio máximo da ordem jurídica e social, consagrada constitucionalmente.

E a expressão de Sustain e Holmes pode bem traduzir o que se espera de uma Administração Pública em matéria de prestações, ou seja: “em direito privado, o titular dos direitos não necessita da tolerância do governo; ele precisa do desempenho do governo”³⁷⁰. Cabe, portanto, à Administração Pública responsável, a tarefa de encontrar os meios necessários à concretização do direito fundamental social à saúde, com o fim de promover aos cidadãos uma vida digna, conforme as diretrizes da Constituição de 1988, tema que será objeto do próximo capítulo.

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 330.

³⁷⁰ “In private law, the rightsholder does not need government forbearance; he needs government performance”. SUSTEIN; HOLMES. The Cost of Rights. 1999, p. 50. In: ALMEIDA, Fábio Portela. **Espaço Jurídico Journal of Law (EJL)**. Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 681-688, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10352>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

CAPÍTULO III – SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Na leitura do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, visualizando os objetivos constitucionais – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade entre outras formas de discriminação –, está-se diante dos valores constitucionais que informam as diretrizes idealizadas para o país a caminho de justiça e desenvolvimento. Em outras palavras, busca-se uma sociedade ideal, em que todos tenham acesso a condições de bem-estar, vida equilibrada, e à realização dos direitos fundamentais.

E, para que todos possam usufruir desses direitos, sobretudo os que exijam prestações indispensáveis para viver com dignidade, é imprescindível uma estrutura de Estado apta a proporcionar os meios necessários para alcançar o desenvolvimento dos cidadãos de forma harmoniosa, e uma vida com dignidade, tarefa que a Constituição de 1988 conferiu à Administração Pública, na conformidade de um Estado Democrático de Direito.

Na expressão de Odete Medauar, “as Constituições do século XIX ignoraram a Administração Pública”, pois pouquíssimos preceitos dessa matéria são encontrados nas Cartas Constitucionais desse período, antes presentes somente em leis específicas sobre matéria administrativa. No entanto, a expansão da atividade administrativa, sobretudo no âmbito social e econômico, propiciou mudanças nesse cenário, e as constituições contemporâneas passaram a inserir as diretrizes disciplinadoras das bases do direito administrativo, de forma ampla, conforme expõe a autora³⁷¹.

Alinhada a essa tendência, no Brasil, o marco histórico da mudança de paradigma na conduta do Poder Público em relação ao cidadão, é a Constituição Federal de 1988 que, no título III, denominado “Da organização do Estado”, traz o Capítulo VII, intitulado “Da administração pública”, com quatro seções que, além de

³⁷¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2010. p. 51.

inúmeros outros dispositivos referentes à matéria, encontrados de forma esparsa no texto constitucional, determina as bases para a atuação e as diretrizes de um modelo de Administração³⁷².

Atualmente, no estudo, pesquisa, interpretação e aplicação do direito administrativo é essencial a vinculação de suas diretrizes ao sistema constitucional vigente, “que impõe a leitura de toda a Constituição para conhecer o nexo caracterizador da administração no ordenamento geral do Estado”, pontua Odete Medauar. Desse modo, “a atuação rotineira da Administração é um dos elementos reveladores da efetividade das normas constitucionais na vida da coletividade”³⁷³.

Nesse sentido, Gustavo Binenbojm destaca que “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade”³⁷⁴, sendo importante ressaltar os dispositivos constitucionais que conferem ao Estado o dever de proteção e de promoção do ser humano³⁷⁵. E, considerando que os direitos fundamentais e o princípio democrático são os pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional, representam as balizas que orientam e submetem as atividades e atos da Administração Pública; como Juarez Freitas expressa, de forma contundente, sobre a Administração Pública, “é inarredável a vinculação aos princípios e direitos fundamentais”³⁷⁶.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève, entende-se que, “sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado, espaço político por excelência, haverá de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo”. E nessa perspectiva, incumbe ao Executivo desenvolver políticas públicas voltadas para a concretização dos dispositivos constitucionais, em que se incluem os direitos prestacionais de saúde, educação, entre outros³⁷⁷.

³⁷² Ibid., p. 51-52.

³⁷³ Id.

³⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Artigos e Pareceres. São Paulo: Renovar, 2008. p. 25.

³⁷⁵ Id.

³⁷⁶ FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

³⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 99.

Conforme o autor pontua: “é nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais”³⁷⁸.

Desse modo, a constitucionalização do Direito no que tange à Administração Pública, estabelece não apenas um ‘regime jurídico constitucional-administrativo’ que disciplina a sua atuação, mas também impõe que se realizem objetivos, como os direitos sociais³⁷⁹, e a possibilidade do titular do direito impor sua pretensão a prestações, em face do Estado³⁸⁰, como antes analisado.

Sob esse prisma, na reflexão de Juarez Freitas, “trata-se, então, de assumir, com todas as forças, a *defesa do direito administrativo mais de Estado regulador e prestacional redistributivo de oportunidades que “de governo”* (grifos do autor)”³⁸¹. Entende-se, nessa dimensão, a Administração Pública voltada para os princípios constitucionais como diretrizes, submetendo-se, assim, ao regime jurídico determinado na Carta de 1988.

A partir dessas premissas, a Constituição de 1988 disciplinou de forma minuciosa as atribuições da Administração Pública, e, conforme Gustavo Binbenojm ressalta, “exibe uma feição *corporativa* muito mais nítida que qualquer preocupação *garantística*” (grifos do autor)³⁸². No entanto, a Constituição acrescentou aos princípios setoriais do direito administrativo, antes legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, com a Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência. Nessa perspectiva, o agir administrativo encontra os limites diretamente em regras ou princípios constitucionais, prescindindo da mediação do legislador as ações ou omissões da Administração Pública³⁸³.

Nesse sentido, ainda que seja do legislador a tarefa de definir os serviços públicos a serem desenvolvidos pela Administração Pública, entende-se que o regime jurídico será o previsto pela Constituição, levando em conta os fins sociais que determinou. Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime jurídico-

³⁷⁸ Ibid., p. 100.

³⁷⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 93.

³⁸⁰ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. op. cit., p. 57.

³⁸¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública...**, p. 21.

³⁸² BINENBOJM, Gustavo, op. cit., p. 48-49.

³⁸³ Id.

administrativo “é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva”³⁸⁴.

Considerando que os direitos sociais são respostas à necessidade de assegurar a liberdade real e dependente de ações positivas de intervenção do Estado, e não somente de abstenção, Alexandre Santos Aragão bem observa que, de acordo com a exposição descritiva dos dispositivos da Carta de 1988, relacionados com a temática dos serviços públicos, “podemos concluir que a República Federativa do Brasil é, por excelência, um Estado prestacional, com uma série de obrigações com a sua população”³⁸⁵.

Nessa perspectiva, no que se refere ao direito à saúde, disciplinado no artigo 6º dos direitos sociais, “aplica-se o mesmo regime jurídico-constitucional definido para os demais direitos dessa natureza”³⁸⁶. Além desse dispositivo, vale sublinhar o artigo 196 da CF/1988, que determina a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...] com ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação. Observa-se, nesse dispositivo, que o texto constitucional não apenas define expressamente a saúde como direito de todos, mas também especifica que é o Estado o principal titular do dever, e, sobretudo, cabe à Administração Pública o principal dever de sua concretização³⁸⁷.

No que tange à eficácia das normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde, vale lembrar, visualiza-se já, no Preâmbulo da Constituição Federal e ainda no art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão com o Estado Democrático Social. Nessa perspectiva, o Estado deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais³⁸⁸, conforme antes mencionado; incumbe, pois, ao Poder

³⁸⁴ Cf. mencionado por FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 623.

³⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Revista de Direito Administrativo**. REDAE. 17. fev. 2009. p. 19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2016.

³⁸⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 428.

³⁸⁷ Id.

³⁸⁸ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva, op. cit., p. 60.

Público, implementar políticas públicas para o fim de determinar e disciplinar os serviços públicos na realização dos objetivos constitucionais.

E, na expressão de Romeu Felipe Bacellar Filho, “o conjunto de atividades voltado para a satisfação do interesse público, identificado como “políticas públicas” (grifo do autor), e só estas atividades, sistematizadas de forma abrangente, é que podem realizar os fins previstos na Constituição, em especial no que se refere aos direitos fundamentais”³⁸⁹.

Como bem observa Augusto Durán Martínez, “no es fácil definir el interés público”, no entanto, pode-se entender também como a configuração do bem comum, sendo o Estado o seu principal responsável, precisamente porque os direitos fundamentais devem ser respeitados e efetivados para que todos os seres humanos possam viver sua vida em plenitude³⁹⁰. Nessa perspectiva assume grande relevância a questão da saúde.

Na esfera da saúde, o direito a prestações determina que o Poder Público adote condutas positivas de natureza fática e normativa. Em sentido amplo, impõe que sejam tomadas medidas de proteção, instituindo procedimentos de estrutura e organização, de modo a viabilizar a proteção e promoção da saúde, para suprir as demandas da população nessa seara, nos campos que se relacionam com a saúde, aponta Saulo Lindorfer Pivetta³⁹¹.

E no que se refere à prestação do direito à saúde pelo Poder Público em sentido estrito, compreende as mais diversas atuações positivas de natureza fática, de modo a garantir ao cidadão o efetivo acesso a bens e serviços de saúde, tais como o dever de construção de hospitais públicos, manutenção de atendimento adequado nos postos de saúde, fornecimento de medicamento aos que não têm meios próprios para obtê-los, dentre outras atividades pertinentes à saúde³⁹².

³⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e Supremacia do Interesse Público. In: **Direito Administrativo e Interesse Público**. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 298.

³⁹⁰ MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos Prestacionales e Interés Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 146, 148.

³⁹¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 44.

³⁹² Ibid., p. 45

Verifica-se, pois, que a atuação do Poder Público está vinculada ao dever constitucional de promover as necessárias prestações de saúde e bem-estar para que todos possam obter o indispensável para viver dignamente e, portanto, todo o agir da Administração encontra-se inexoravelmente vinculado ao mínimo existencial necessário para viver com dignidade, conforme visto no capítulo anterior.

Desse modo, a norma constitucional garantidora de direito social, de natureza positiva – que impõe condutas de prestação – ainda que não defina detalhadamente o conteúdo desse direito, “impõe aos demais órgãos do Estado e ao legislador infraconstitucional o dever de conformá-lo, como decorrência da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais”³⁹³.

Entretanto, importa frisar que, sendo direitos dependentes de uma manifestação legislativa e material do Estado, são insuscetíveis de realização integral. Nesse sentido, utilizando a expressão “o horizonte é sempre infinito” (grifo nosso), Clèmerson Merlin Clève salienta que o cumprimento dos direitos sociais implica no grau de riqueza da sociedade, da alocação de recursos públicos e da previsão das receitas³⁹⁴; desse modo, como antes assinalado, levando em conta que a efetivação das prestações demanda recursos financeiros e se encontra sujeita à incidência da reserva do financeiramente possível³⁹⁵, a questão dos recursos financeiros implica no poder de escolha pelo Poder Público, a denominada discricionariedade, para a decisão da aplicação dos recursos públicos.

Segundo Odete Medauar, “a discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não de liberdade ilimitada, uma vez que se trata de uma liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo”, que se submete, não apenas às normas específicas para cada situação, mas, também, a uma rede de princípios que asseguram a conveniência da decisão a ser tomada com o interesse geral, e impedem a abusividade³⁹⁶.

No entanto, complementa a autora, permanece “certa margem livre de apreciação de conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis”, que caracteriza a atividade discricionária como um poder de escolha entre soluções

³⁹³ Ibid., p. 61.

³⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais...**, p. 99.

³⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 147.

³⁹⁶ MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 115.

diversas e válidas para o ordenamento, independentemente de predeterminação legislativa no conteúdo da decisão. Assim, em face do poder discricionário da autoridade, que tem por objetivo atender ao interesse público, e, considerando a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis de ocorrer, justifica-se a liberdade de escolha da Administração Pública, para atender determinada finalidade³⁹⁷.

Todavia, tendo em vista que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sociais advém dos valores da sociedade, considerados os vetores de toda a atuação estatal, Daniel Wunder Hachem observa que, na esfera da Administração Pública, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz duas consequências jurídicas: “obriga à Administração Pública a privilegiar os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que reduz a discricionariedade delimitando o círculo de escolhas na implementação dos direitos fundamentais sociais”, de forma a otimizar tais direitos³⁹⁸.

E, considerando, também, que na dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais as competências administrativas sempre contarão com alguns elementos vinculados e outros discricionários, frise-se que “essa discricionariedade deverá ser utilizada para identificar, nos espaços de oportunidade e conveniência, os meios mais eficazes para cumprir com os mandamentos constitucionais”³⁹⁹. Assim sendo, no exercício do poder discricionário pela Administração Pública para atender ao interesse público, entende-se que as escolhas deverão sempre levar em consideração os direitos fundamentais como balizadores das decisões, de forma a buscar o equilíbrio das decisões, voltadas a promover bem-estar, sob o manto protetor do princípio constitucional da dignidade humana.

Nessa perspectiva, na esfera da prestação de saúde pela Administração Pública, em situações difíceis, que impõem escolhas em que está em jogo a prestação de um direito fundamental que protege a vida e, por outro lado, o limite da realidade socioeconômica da Administração, impõe-se um esforço para equalizar essas duas esferas, sem desprestigiar os direitos fundamentais.

³⁹⁷ Id.

³⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A Discricionariedade Administrativa entre as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 35. p. 313-343. jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/Documents/in/Direitos_Fundamentais_Sociais>. Acesso em: 14 abr. 2017.

³⁹⁹ Id.

Nesse sentido, é importante ressaltar, uma vez que a realização dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a prestação de bens materiais de saúde para o fim de proteger a vida, com dignidade, e proporcionar condições mínimas de existência digna, evidencia-se que a Administração Pública está intrinsecamente vinculada ao dever constitucional de promover o mínimo existencial para assegurar vida condigna a todos. Como bem observa Romeu Felipe Bacellar Filho, “o ‘mínimo existencial’ (grifo do autor) deve ser considerado para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, sempre que viver com dignidade esteja sob comprometimento”; e complementa essa assertiva manifestando: “se de um lado temos uma Constituição que garante direitos, de outro temos uma sociedade carente de sua realização”⁴⁰⁰.

Portanto, é claro e cristalino que cabe à Administração Pública a tarefa constitucional de promover as ações necessárias à prestação de serviços de saúde, não consistindo em mera discricionariedade, tratando-se, antes, de um dever de concretizar os objetivos constitucionais e prestar o necessário para promover bem-estar e equilíbrio social, no ambiente de um Estado Democrático de Direito, definido pela Constituição Federal de 1988.

No que tange ao objeto desse estudo, as políticas públicas de saúde são os mecanismos de estruturação, planejamento e direcionamento das ações para definir as prioridades do cidadão a serem executadas mediante diversos instrumentos, dentre eles, o serviço público, no intuito de concretizar da melhor forma os direitos fundamentais sociais, de acordo com os objetivos constitucionais.

Conforme Adriana da Costa Ricardo Schier destaca, “para situar a noção de serviço público a partir do conjunto de princípios que informam o chamado regime jurídico administrativo, consagrado na Constituição Federal de 1988, impõe-se uma releitura do instituto sob o enfoque que visa consagrar a dignidade dos cidadãos brasileiros”⁴⁰¹. Assim, conforme a autora bem observa, “no contexto da reformulação dos papéis do Estado” entende-se o serviço público como “mecanismo de concretização dos direitos fundamentais”⁴⁰² e, ressaltando expressão de Celso

⁴⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e Supremacia do Interesse Público...**, p. 298.

⁴⁰¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 62.

⁴⁰² Ibid., p. 180.

Antônio Bandeira de Mello, a autora complementa: “como uma condição da democracia”⁴⁰³.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁴, “a noção de serviço público não é simples”, contudo, para esse estudo, reputa-se adequada a clássica definição do mestre:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo⁴⁰⁵.

Ao destacar que o serviço público subordina-se a um “regime jurídico de direito público”, o autor observa que “esta é, de direito, sua característica essencial, nuclear, básica”, pois equivale a dizer que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de Direito Público. E, ao expressar “satisfação da coletividade”, entende-se que o serviço somente será público se for prestado para a universalidade de cidadãos⁴⁰⁶.

Nessa linha, Marçal Justen Filho destaca que “o serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas”⁴⁰⁷. Juarez Freitas entende serviço público na perspectiva da essencialidade, ou seja, numa perspectiva material, “serviço público são as atividades essenciais voltadas para atender aos interesses gerais e sempre sob a regência dos princípios constitucionais”⁴⁰⁸. Nesse sentido, para Adriana da Costa Ricardo Schier, caracteriza-se, também, “na indisponibilidade do interesse público, na universalidade, na modicidade das tarifas e na continuidade das prestações”⁴⁰⁹, que propiciará a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelos serviços públicos.

⁴⁰³ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello. *A Democracia...*, p. 61. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, id.

⁴⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. revisada e atualizada até as emendas 41 e 42. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 620.

⁴⁰⁵ Id.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 621-628.

⁴⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

⁴⁰⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 93.

⁴⁰⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço Público como Direito Fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (orgs.)

Desse modo, conforme Juarez Freitas, em se tratando de serviço público, ao menos no patamar mais elevado dos princípios (entre os quais impessoalidade, moralidade e economicidade ou eficiência), “a regência será necessariamente de Direito Público em decorrência da imantação mesma ditada pela essencialidade”⁴¹⁰. Nessa perspectiva, Adriana da Costa Ricardo Schier complementa: “constituindo-se tal regime jurídico, como garantia fundamental, instrumento para a concretização dos direitos decorrentes da dignidade de todas as pessoas”⁴¹¹.

Conforme Marçal Justen Filho destaca, tradicionalmente, o conceito de serviço público se integra pela presença de três aspectos: material ou objetivo, subjetivo e o formal. Entende-se sob o *aspecto material ou objetivo* que o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de cunho essencial; sob o *aspecto subjetivo*, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes); e, por sua vez, o aspecto *formal* configura o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público⁴¹².

Destacando que o serviço público é de titularidade do Estado, mas ressaltando que nem todo serviço prestado pelo Estado é público, para Marçal Justen Filho “não é correto afirmar que o serviço se qualifica como público porque é de titularidade do Estado”, ao contrário, para o autor “o serviço é de titularidade do Estado por ser público”. Portanto, o entendimento de que atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Assim, “sob o viés lógico-jurídico, o serviço é público antes de ser estatal”⁴¹³.

Para Marçal Justen Filho o aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, que dão identidade ao serviço público, mas decorrem do aspecto material. Sustenta que “há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação dos direitos fundamentais, e que, portanto, “um serviço

Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo. Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 377- 402.

⁴¹⁰ Para Juarez Freitas, “serviço público é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar predominantemente juspublicista, no campo mais alto dos princípios”. FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e a proteção dos Consumidores. **Revista do tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. n. 03. 2001. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2001/03/-sumario?next=5>. Acesso em: 14 jun. 2016.

⁴¹¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 148.

⁴¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 481-482.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 482-483.

é público porque se destina à satisfação dos direitos fundamentais, e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público”; segundo o autor, essas são “consequências da existência de um serviço público”⁴¹⁴.

Na expressão de Carmem Lúcia Antunes Rocha, o serviço público é “a atividade prestada pela entidade pública a quem o direito entregou a competência para o seu desempenho ou por alguém em seu nome e sob sua responsabilidade”⁴¹⁵.

Por outro lado, a adoção do vínculo subjetivo do serviço público, encontra expressivo número de doutrinadores adeptos, a exemplo de Romeu Felipe Bacellar Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Daniel Wunder Hachem, entre outros⁴¹⁶.

No entender de Adriana da Costa Ricardo Schier, essa diversidade de entendimentos não traz maiores dificuldades, uma vez que é pacífico, na doutrina e também na jurisprudência, que o serviço público é “função administrativa atribuída ao Estado prestada por ele ou por seu delegatário”. E, nesse sentido, a autora acompanha o pensamento de Juarez Freitas, que sustenta: “em lugar da primazia dada ao sentido subjetivo do serviço público, parece conveniente enfatizar a essencialidade”, e não “a pessoa que o presta”⁴¹⁷; e da mesma forma, alinha-se também ao entendimento de Marçal Justen Filho, conforme se verificou.

Ao se considerar o serviço público como atividade administrativa, entende-se que seu regime será aquele próprio da Administração Pública, expressamente disciplinado no art. 37, *caput*⁴¹⁸, da Constituição Federal de 1988, assim como, também a Lei de Concessões – Lei 8.987⁴¹⁹ – e, ainda, o artigo 175⁴²⁰ da Constituição Federal de 1988.

⁴¹⁴ Id.

⁴¹⁵ Conforme Adriana da Costa Ricardo Schier menciona. **Serviço Público...**, p. 66-67.

⁴¹⁶ Id.

⁴¹⁷ SCHIER, Adriana da Costa. **Serviço Público...**, p. 70.

⁴¹⁸ **Art. 37, caput, da CF de 1988.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

⁴¹⁹ **Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1985.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>.

⁴²⁰ **Art. 175 da CF de 1988.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nas palavras de Adriana da Costa Ricardo Schier, a Constituição de 1988 “é emblemática na consolidação dos direitos sociais”, uma vez que estabelece um amplo rol desses direitos, e também determina, no artigo 175, o direito ao serviço público a ser prestado de forma adequada⁴²¹, voltado para o bem-estar do cidadão, para “desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais”⁴²².

Conforme se verifica, a Carta de 1988, além de reconhecer os direitos de natureza social, “prevê mecanismos para sua devida garantia”⁴²³, onde desponta o serviço público de promoção à saúde, à educação, à previdência social, às condições básicas de infraestrutura como saneamento básico, energia elétrica, entre outros reconhecidos como direitos sociais e que demandam a criação de políticas públicas.

No entanto, para atingir tal mister, conforme Juarez Freitas ensina, faz-se necessária uma administração pública “eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁴²⁴. Tais características permitem identificar a boa administração, entendida assim como direito fundamental⁴²⁵ do cidadão.

Na leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, a boa administração, praticada conforme os parâmetros de probidade e moralidade, “é a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais”⁴²⁶. Desse modo, o serviço público, prestado sob o regime adequado e erigido à categoria de garantia fundamental, “contribui para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, permitindo, a um só tempo, a inclusão de todas as pessoas na esfera política e sua emancipação”⁴²⁷.

De acordo com Paulo Ricardo Schier, trata-se da função inclusiva da Constituição de 1988, como um espaço que compreende um projeto político comum da sociedade “dentro da diversidade comunitária”, e que reconhece e alberga o pluralismo e as diferenças da sociedade. Nesse sentido, as diretrizes da Constituição

⁴²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 169-170.

⁴²² Id.

⁴²³ Id.

⁴²⁴ FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública...**, p. 81.

⁴²⁵ Id.

⁴²⁶ Cf. mencionado por Adriana da Costa Ricardo Schier. **Serviço Público...**, p.171.

⁴²⁷ SCHIER, Adriana da Costa. **Serviço Público...**, p. 173.

representam o “ponto de encontro que permitirá a função de unificação política diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”⁴²⁸.

Nesse contexto visualiza-se o serviço público como meio de realização dos direitos fundamentais, e dada a relevância nessa função, identifica-se também como um direito fundamental. Para compreender que o serviço público adequado se submete a um regime jurídico específico, é necessário contextualizá-lo como direito fundamental. Conforme Adriana da Costa Ricardo Schier pontua, também é necessário “impor que seja prestado, sob um regime específico e diferenciado, de direito público, tomado como uma garantia fundamental”⁴²⁹, com a finalidade de concretizar o ideal do Estado Democrático de direito⁴³⁰. Trata-se de uma função indisponível do Estado e, como tal, deve ser cumprido.

Nesse sentido, considerando os dois critérios – material e formal – admitidos pelo Direito Constitucional para identificar a categoria dos direitos fundamentais – poder-se-ia dizer que são fundamentais somente os direitos previstos no catálogo do título II da Constituição. Mas, tendo em vista o artigo 175 da Carta Magna, que dispõe sobre o serviço público adequado não estar situado nesse catálogo, a priori, entende-se que serviço público estaria fora dessa categoria, ou seja, não é um direito fundamental.

No entanto, analisando tal dispositivo pelo critério material, ou seja, sem assento constitucional, a Constituição permite reconhecer direitos fundamentais fora do catálogo do Título II, conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet. Desse modo, verifica-se na interpretação da cláusula de abertura do art. 5º, parágrafo 2º da CF/1988, a seguinte redação: “direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”⁴³¹.

Sob essa ótica, o conceito materialmente aberto abrange direitos não expressamente positivados. Trata-se de direitos não escritos, ou, “implícitos” ou “decorrentes”, mas com a ressalva de que estes devem ser considerados em sentido amplo, ou seja, “direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias

⁴²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios...**, p. 13.

⁴²⁹ SCHIER, Adriana da Costa. **Serviço Público...**, p. 177.

⁴³⁰ Id.

⁴³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 95.

e os decorrentes do regime e dos princípios”⁴³². Dito de outro modo, representa “um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, que se integra ao restante da ordem constitucional”⁴³³.

Na linha de pensamento de Juarez Freitas e Ingo Wolfgang Sarlet, tomando-se por base a cláusula inclusiva do art. 5º, parágrafo 2º da CF/88, como “verdadeira norma geral inclusiva, estendendo o *status* de direito fundamental”⁴³⁴,⁴³⁵, Adriana da Costa Ricardo Schier sustenta que “é possível a leitura do regime jurídico do serviço público como direito fundamental”⁴³⁶. Para J. J. Canotilho, trata-se “da categoria de *direitos derivados*” – direitos derivados a prestações são aqueles que consagram “direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”⁴³⁷, conceito que se liga a ideia de serviço público⁴³⁸.

Ancorado nessa ideia, defende-se que o direito ao serviço público prestado sob o regime da Lei 8.987/95⁴³⁹ (serviço público adequado), “pode ser considerado direito fundamental, uma vez que se vincula, de maneira direta e inegável, como instrumento de concretização do direito à igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da CF/1988)”. Desse modo, “o serviço público adequado, universal, contínuo e com tarifas módicas significa uma forma de distribuição de riquezas e mecanismo de mitigação das desigualdades sociais, ao fornecer prestações sociais a todos os que necessitam”⁴⁴⁰.

⁴³² Ibid., p. 100.

⁴³³ Ibid., p. 86.

⁴³⁴ Cf. Juarez Freitas mencionado por Adriana da Costa Ricardo Schier. **Serviço Público...**, p. 185.

⁴³⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet: “Aqui, para firmar posição, iremos apenas recordar que tanto a doutrina quanto o STF em princípio admitem a existência de direitos sociais dispersos no texto constitucional ou mesmo direitos de caráter implícito (como exemplo é o caso de referir o direito a um mínimo existencial), considerando que também os direitos sociais estão abarcados pela assim chamada abertura material do sistema de direitos fundamentais, entre nós expressamente consagrada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, CF.” SARLET, Ingo Wolfgang. Regime Jurídico dos direitos fundamentais Sociais na Constituição (parte I). In: **AJURIS**. Public.15 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2016/08/15/28547/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

⁴³⁶ SCHIER, Adriana. Da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 185.

⁴³⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 479.

⁴³⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 185-186.

⁴³⁹ Cf. Lei nº 8.987/95, art. 6º, parágrafo 1º. “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas”.

⁴⁴⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 187-189.

Portanto, contemplando o princípio da igualdade, é possível “reconhecer o traço de fundamentalidade do serviço público”, com a ressalva de que também são fundamentais os direitos vinculados à proteção e realização da dignidade de todas as pessoas⁴⁴¹; desse modo, considerando o dever do Estado na proteção do ser humano em direção a uma vida digna, o serviço público vai ao encontro da realização desse princípio.

Nesse ponto, é importante salientar que o princípio da dignidade humana é um conceito aberto, ou seja, não existe uma única definição, nem é possível conceituá-lo de uma única maneira, uma vez que pode ser lido à luz de diferentes concepções – filosofia, sociologia, jurídica, entre outras. No entanto, deve ter aplicabilidade. Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana adere ao campo dos direitos sociais, na medida em que “a falta de condições materiais mínimas ao homem, prejudica o exercício da liberdade, devendo o Estado não apenas coibi-la, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado”, conforme Ana Paula de Barcellos expõe⁴⁴².

Considerando que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”⁴⁴³; portanto, o reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais a todos é uma condição de reconhecimento da dignidade.

Conforme o artigo 1º, inciso III da CF/1988 determina, a vinculação do Estado ao princípio da dignidade é um referencial, que envolve tanto preservá-la, como também criar as condições necessárias ao seu pleno exercício⁴⁴⁴, para todos. Nessa linha, Juarez Freitas destaca a relevância de observar que o princípio da dignidade humana tem relação especial com o princípio do interesse público⁴⁴⁵, e é pressuposto da democracia.

⁴⁴¹ Id.

⁴⁴² BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana...**, p. 59.

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 120.

⁴⁴⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais...**, p. 43.

Nesse contexto, Adriana da Costa Ricardo Schier ressalta que “no âmbito do Direito administrativo a dignidade da pessoa humana tem sido considerada como eixo central para a releitura de seus institutos”⁴⁴⁶. Assim, observando-se o art. 3º, inciso III da CF/1988, que dispõe o dever de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, verifica-se que o serviço público vai ao encontro da concretização da dignidade humana, por meio da prestação dos serviços públicos, na efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, conforme Ingo Wolfgang Sarlet pontua, “boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito”⁴⁴⁷. E nessa linha, segundo Juarez Freitas, o serviço público pode ser entendido como todo serviço considerado essencial para “dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito”⁴⁴⁸.

Portanto, considerando a essencialidade do serviço de saúde a ser prestado pela Administração Pública e, tomando emprestada a reflexão de Ingo W. Sarlet, “a fundamentalidade do serviço de saúde, em sentido material, reporta-se à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários”⁴⁴⁹, pode-se afirmar que o serviço público de saúde é um direito fundamental que visa proteger o direito fundamental à vida, e essencial para a realização dos ideais democráticos da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, considerando o serviço público de saúde sob a ótica de direito fundamental, impõe-se, inexoravelmente, a sua tutela, devendo também receber a devida proteção contra abusos e interferências que possam vir a ofender o princípio vetor da dignidade humana, sob a regência do princípio da segurança jurídica, para o fim de evitar eventuais retrocessos de conquistas sociais.

⁴⁴⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 192.

⁴⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p 110.

⁴⁴⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle...**, p. 49.

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)** Salvador, Instituto Brasileiro de direito Público, n. 11, set. /out./nov. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

3.2 A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS

Ao se referir ao princípio geral da segurança jurídica, J. J. Canotilho assim manifesta: “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”⁴⁵⁰.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, a Constituição, o Estado Democrático e a República requerem alguma estabilidade, porém, também há que se considerar que “a Constituição não condensa apenas a vontade de seus mentores [...] é um projeto a ser realizado por várias gerações”; portanto, a Constituição não é imutável, e por isso mesmo, ela é o “resultado da adequada gestão da recorrente tensão entre permanência e mudança”⁴⁵¹, e qualquer interferência no núcleo essencial da Constituição representaria “uma ruptura institucional”. Busca-se, portanto, o princípio da segurança jurídica que prestigia a estabilidade e a permanência⁴⁵².

Num Estado que se intitule Estado de Direito, a estabilidade nas relações jurídicas constitui um valor fundamental; portanto, o direito à segurança, reconhecido desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, passou a constar também nos principais documentos internacionais, em Constituições modernas, e na Constituição brasileira de 1988, como se verifica em vários dispositivos dos direitos fundamentais, a exemplo do artigo 5º, *caput*,^{453, 454}.

No que toca à efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, e, sobretudo, “a efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica, já

⁴⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 257.

⁴⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Mutação Constitucional e Segurança Jurídica*. In: **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174.

⁴⁵² CLEVE e LORENZETTO. *op. cit.*, p. 183.

⁴⁵³ Art. 5º, *caput* - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

⁴⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humanos e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente e Possível*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, setembro/outubro/novembro, 2008, p. 02. Disponível em: <http://www.direitodo_estado.com/revista/rere-15-setembro-2008-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016.

integra, de certo modo, um direito à segurança⁴⁵⁵. Considerando o contexto da realidade marcado por incertezas e inseguranças, no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui “princípio e direito fundamental, em sentido formal e material”, acentua Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵⁶.

Nesse ponto Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto observam que “a segurança jurídica, direito fundamental e princípio constitucional, é uma das razões de ser do Estado”, e, portanto, não se pode admitir que qualquer órgão público atue em desconformidade com suas exigências ou pretenda eximir-se da tarefa de protegê-la⁴⁵⁷.

Revela-se aqui a importância de preservar o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, que na expressão de J. J. Canotilho, são “as liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado”⁴⁵⁸; nesse sentido, Adriana da Costa Ricardo Schier vai além ao expressar: “esse núcleo reside na proibição dirigida ao legislador ordinário de revogar normas cujos conteúdos tenham condensado direitos fundamentais”⁴⁵⁹.

Admitindo-se a possibilidades de alterações e interpretações de leis, ou mesmo, mudanças por atos administrativos, na expressão de Judith Martins Costa “o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação”. Dessa forma, considerando que na relação entre tempo e direito, o princípio da segurança jurídica significa “um espaço de retenção, imobilidade, continuidade e permanência”, a segurança jurídica vai ao encontro do cidadão para não ser apanhado de surpresa por modificações ilegítimas na linha de conduta da Administração Pública, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas⁴⁶⁰.

É possível reconhecer uma dimensão material ou valorativa na segurança jurídica, “que a qualifica como um instrumento a serviço do cidadão para o controle da

⁴⁵⁵ Id.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 6.

⁴⁵⁷ CLÈVE; LORENZETO, op. cit., p. 183.

⁴⁵⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “a ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 458.

⁴⁵⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 222.

⁴⁶⁰ COSTA, Judith Martins. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004. p. 113.

atuação do Poder Público”. Entende-se, pois, que qualquer pretensão de tensão entre mudança e permanência terá, necessariamente, que atender às exigências da segurança jurídica, obrigando os poderes públicos a obedecer tais condições⁴⁶¹, no cumprimento de suas funções, em especial nas prestações de bem-estar ao cidadão.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet pontua, “o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios fundamentais”, pois proporciona a garantia de uma relativa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica, que se reflete tanto em projetos de vida do cidadão, como na sua realização. Portanto, a ideia de segurança jurídica “encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”⁴⁶², e ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna⁴⁶³.

Nesse contexto, vislumbra-se “a intrínseca relação do núcleo essencial dos direitos fundamentais com o chamado mínimo existencial”, conforme acentua Adriana da Costa Ricardo Schier⁴⁶⁴, e nos Estados regidos pelo princípio social impõe-se como um dever do poder público⁴⁶⁵.

Nesse sentido, a segurança jurídica impõe objetivamente, tanto o impedimento de arbitrariedades, seja no sentido de cumprimento adequado da norma jurídica, como o respeito ao direito do cidadão; e numa dimensão subjetiva da segurança jurídica, impõe-se o princípio da confiança, que mantém o liame entre governantes e governados⁴⁶⁶. Na expressão de Judith Martins Costa, trata-se do crédito social, ou seja, a segurança jurídica fundamenta-se numa confiança racional constantemente renovada⁴⁶⁷.

Portanto, o direito à segurança visa à proteção do direito fundamental contra atos do poder público e de outros particulares, num autêntico Estado de Direito⁴⁶⁸; e, nesse ponto, a dignidade só estará protegida e respeitada na medida em que for possível “confiar em um mínimo de estabilidade e nas instituições sociais

⁴⁶¹ CLÈVE e LORENZETTO, op. cit., p. 184.

⁴⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso...**, p. 06.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 461.

⁴⁶⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 223.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 225.

⁴⁶⁶ CLÈVE e LORENZETTO, op. cit., p. 188-189.

⁴⁶⁷ COSTA, Judith Martins, op. cit., p. 116.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso...**, p. 05.

estatais (incluindo o Direito), e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas⁴⁶⁹; conforme Celso Antonio Bandeira de Mello consigna, “o princípio da segurança jurídica é da essência do próprio Direito” e num Estado Democrático de Direito, integra o sistema constitucional como um todo⁴⁷⁰.

Nesse contexto, impõe-se a cláusula da proibição de retrocesso social, como forma de resguardar a segurança jurídica, e na expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, “a problemática da proibição de regresso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”⁴⁷¹ e da proteção da confiança. Como J.J. Canotilho expressa, “a mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas”⁴⁷².

Assim, no intuito de proteger eventuais excessos e retrocessos em matéria de direitos fundamentais, é que se reconhece o instrumento denominado pela doutrina de princípio da vedação do retrocesso social, e é na esfera dos direitos sociais – devido à intensa atuação do legislador infraconstitucional no sentido de regulamentação e implementação – onde problemas se apresentam com maior intensidade⁴⁷³.

Para Felipe Derbli, a proibição de retrocesso social consiste na “vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social”⁴⁷⁴, ou, conforme Luís Roberto Barroso expressa, trata-se da “revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia

⁴⁶⁹ Ibid., p. 07.

⁴⁷⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112 e ss.

⁴⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 440.

⁴⁷² CANOTILHO, J. J., op. cit., p. 257.

⁴⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso...**, p. 03

⁴⁷⁴ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007. p. 196.

o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”⁴⁷⁵,
476, 477, 478, 479, 480, 481.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que a cláusula da proibição de retrocesso “abrange toda e qualquer forma de conquistas sociais, mesmo quando realizadas exclusivamente no plano infraconstitucional que diretamente, concretiza os princípios da Justiça e do Estado Social”, e ao lado do Estado de Direito e do princípio democrático, “encontra respaldo na Constituição”⁴⁸². Conforme observa o autor, é particularmente no âmbito dos direitos sociais – devido à necessidade de proteção, e

⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 380.

⁴⁷⁶ A cláusula da proibição de retrocesso social, conforme Narbal Antônio Mendonça Fileti, encontra-se mais desenvolvida em países como Alemanha, Itália e Portugal, e tem suporte nas lições de J. J. Canotilho. FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009. A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. **Dissertação de mestrado**. Universidade de Itajaí. UNIVALI. Itajaí, 2007. p. 119-148. Disponível em: <<https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/1535/1/Narbal%20Antonio%20Mendonca%20Fileti-parte1.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁷⁷ Na leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, para J. J. Canotilho os direitos fundamentais sociais, após a concretização em nível infraconstitucional, passam à condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e adquirem uma garantia institucional, desse modo, não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, e, conseqüentemente, não poderão mais sofrer restrições ou supressões. CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 340. Apud. SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso...**, p. 15.

⁴⁷⁸ Em Portugal, o paradigmático acórdão do Tribunal Constitucional Cf. Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 39/1984, reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso ao declarar a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que revogava parte da lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde daquele País. O Conselheiro Vital Moreira, então relator, entendeu que a lei que instituiu o SNS era um meio de realização do direito fundamental de proteção à saúde, consagrado na Constituição portuguesa. Em síntese, em defesa dos direitos sociais, o relator desenvolveu os argumentos da proibição de retrocesso social, afirmando a inconstitucionalidade do decreto-lei, objeto da discussão. FILETI, Narbal Antônio Mendonça, op. cit., id.

⁴⁷⁹ No Brasil atribui-se a José Afonso da Silva o pioneirismo desse princípio. Para esse constitucionalista, as normas definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização; dessa forma, vinculam os órgãos estatais, e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos. Percebe-se assim, que o autor, “ainda que indiretamente, admite a existência do princípio da proibição constitucional de retrocesso social”. DERBLI, Felipe, op. cit., p. 166-167.

⁴⁸⁰ Na lição de José Afonso da Silva, as normas programáticas são em grande parte definidoras de direitos sociais, e com base na doutrina de J. J. Canotilho, “são direitos originários a prestações fundados na Constituição e não direitos a prestações derivados na lei”. Dessa forma, “os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados judicialmente contra as omissões inconstitucionais”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 145.

⁴⁸¹ A doutrina reconhece o princípio da proibição de retrocesso social, com sustentação em vários autores. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Facchin, Juarez Freitas, Suzana Toledo de Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, José dos Santos Vicente Mendonça, Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli. FILETI, Narbal Antônio Mendonça, op. cit., id.

⁴⁸² SARLET, Ingo Wolfgang, **Proibição de Retrocesso...**, p. 11.

também, de uma constante adequação dos níveis de segurança social, sempre suscetível às mutações da realidade social e econômica – que “se manifesta com particular agudeza” a necessidade de proteção. Considerando que a humanidade anseia por segurança e justiça sociais, ou seja, por direitos sociais efetivos⁴⁸³; afirma-se que um dos maiores desafios e tarefas do Estado brasileiro é a manutenção dos direitos fundamentais sociais”⁴⁸⁴.

Levando em conta que os princípios que orientam o regime jurídico do serviço público reportam-se diretamente ao conteúdo que forma o chamado mínimo existencial, Adriana da Costa Ricardo Schier destaca que, para o pleno gozo dos direitos sociais assegurados, ou seja, direito à vida, saúde, educação etc., o serviço público deve garantir que seja ofertado a todos, indistintamente, de maneira contínua e mediante tarifa apta a ser suportada por todos⁴⁸⁵.

Para a autora, é nesse contexto que o regime jurídico do serviço público “no que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das taxas e tarifas e continuidade das prestações – guarda a proteção da cláusula de retrocesso social”⁴⁸⁶ contra ingerências indevidas, que possam revogar ou anular esses elementos caracterizadores dos serviços públicos num âmbito social⁴⁸⁷. Dito de outro modo, entende-se que “o retrocesso em matéria de concretização legislativa de um direito fundamental prestacional não pode afetar as condições mínimas para uma existência condigna”⁴⁸⁸.

Nesse sentido o STF vem se pronunciando pela aplicação da cláusula da proibição de retrocesso social, a favor das prestações de saúde, como salvaguarda do mínimo existencial e contraponto à reserva do possível, conforme se verifica no julgado:

E M E N T A: recurso extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010) – manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente –

⁴⁸³ Ibid., p. 14.

⁴⁸⁴ FILETI, Narbal Antônio Mendonça, op. cit., id.

⁴⁸⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 228.

⁴⁸⁶ Id.

⁴⁸⁷ Id.

⁴⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro.** p. 119 e seguintes. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 06 ago. 2016.

dever estatal resultante de norma constitucional – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgredir 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 poder público – 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. 6º, 196 e 197)** – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juizes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do *direito* – **controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)** – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido⁴⁸⁹.

Sob esse prisma, o conteúdo negativo do princípio da proibição de retrocesso social, impõe ao legislador, na elaboração de atos normativos, o dever de se ater a não suprimir ou não reduzir de modo desproporcional ou desarrazoado, o grau de densidade normativa que a Constituição conferiu aos direitos fundamentais. Nesse sentido, trata-se de “um princípio constitucional com caráter retrospectivo, na medida em que protege a restrição ou supressão de situações jurídicas, ou estado de coisas já conquistadas”⁴⁹⁰.

Na expressão de Luís Roberto Barroso, “por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional”, entende-se que, se uma lei, ao regular um mandamento constitucional, instituir determinado direito, “ele se

⁴⁸⁹ STF. ARE 745745 Agr / MG - Minas Gerais. Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo. relator (a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 02/12/2014 órgão julgador: segunda turma. Publicação processo eletrônico. Dje-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014.

⁴⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social...**, p. 201-202.

incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”⁴⁹¹.

A título de exemplo no âmbito da saúde, poder-se-ia imaginar uma lei que viesse a revogar a obrigação de governo, seja União ou Estado, a fornecer gratuitamente medicamentos a pessoas sem condições financeiras para a aquisição, e que necessitam para tratamento de determinadas doenças. Conforme expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, “acaba se condenando à morte pessoas cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento”⁴⁹².

A importância do princípio da proibição de retrocesso social está em proteger mudanças que possam afetar um direito social já definido e consagrado e, no caso da saúde, indiscutivelmente, tem reflexos na vida, um bem constitucional da maior relevância.

Nesse ponto, importa frisar, quem vai definir o que é o direito à saúde é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição, e, da mesma forma, o Poder Judiciário, quando acionado, irá interpretar as normas constitucionais⁴⁹³. E os órgãos estatais não podem, em qualquer hipótese, “suprimir pura e simplesmente direitos sociais, ou restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial, ou ainda, atentar contra as exigências da proporcionalidade e de outros princípios constitucionais”⁴⁹⁴.

Entretanto, na discussão da proibição de retrocesso social, levantam-se questões que merecem ser analisadas, e, sem descuidar da relevância da proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais, é forçoso admitir que a dinâmica das relações sociais e econômicas, sobretudo na questão da segurança social na via de prestações sociais, demonstra “não ser viável uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais”⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009. p. 152.

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso...**, p. 13.

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988...**, p. 12.

⁴⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, **Proibição de Retrocesso...**, p. 25.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 28.

Um ponto a considerar diz respeito à cláusula da reserva do possível, que vem sendo considerada limitação à cláusula da proibição de retrocesso social. A esse respeito J. J. Gomes Canotilho observa que “a proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas”, ao que denomina, “*reversibilidade fáctica*” (grifo do autor)⁴⁹⁶, contudo, ressalta que as eventuais modificações devem se ater aos princípios do Estado de Direito vinculados à atividade legislativa e observar o *núcleo essencial* do direito social constitucionalmente assegurado, de alguma medida retrocessiva. Nesse sentido, “afetar o cerne material da dignidade da pessoa continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social”⁴⁹⁷.

Por outro lado, da mesma forma que se defende a não outorga do Poder Legislativo dispor livremente do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, há que se considerar o fato de que não é possível retirar do legislador a tarefa que lhe cabe, constitucionalmente. Nesse sentido, a posição de José Carlos Vieira de Andrade é mais cautelosa, por entender que a proibição de retrocesso social não pode ser encarada como uma regra, pois poderia comprometer e afetar a função do legislador como órgão de execução das decisões constitucionais^{498, 499}.

Assim, no contexto da aplicação da teoria da proibição de retrocesso social, verifica-se a necessidade da ponderação, a ser aplicada em cada caso concreto, quando estiver em questão uma medida retrocessiva. Na reflexão de Juarez Freitas, importa optar sempre pela melhor resposta hermenêutica para encontrar a solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana⁵⁰⁰; aqui vale lembrar, que o mínimo existencial, se violado, equivale a violação da dignidade da pessoa humana, portanto, é inconstitucional⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 339.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 29-30.

⁴⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, op. cit., p.307-309.

⁴⁹⁹ Sobre as restrições aos direitos fundamentais o autor acentua que “não se pode admitir a violação em nenhum caso individual quando o conteúdo essencial do preceito seja também atingido”, destacando aqui o direito à vida, entre outros fundamentais, justamente porque se referem a aspectos específicos da vida do homem, relacionados à dignidade. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Ibid.*, p. 307-308.

⁵⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 207 e ss.

⁵⁰¹ *Id.*

Nessa perspectiva, em face de modificações ou alterações de cunho retrocessivo na esfera dos direitos sociais, “há um dever conexo e absoluto de motivação (justificação) como pressuposto indispensável para a legitimação do procedimento pelo Poder Público”, devendo-se necessariamente, considerar os princípios da proporcionalidade e da isonomia⁵⁰².

Conforme observa Jorge Reis Novais, essa é a conduta que melhor se alinha com as diretrizes do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas – PIDESC –, que proíbe a aprovação de medidas e políticas que piorem – sem justificação razoável e proporcional – a situação dos direitos sociais^{503, 504}. Nesse sentido, vale lembrar a relevância das determinações desse órgão na esfera da saúde, amplamente referendada e reconhecida em âmbito mundial e também pelo ordenamento pátrio, conforme visto no primeiro capítulo.

Portanto, na seara do direito fundamental à saúde, o correto manejo da proibição de retrocesso social assume significativa importância, impondo a vinculação do legislador para a eficiente implementação, garantia do direito e a preservação da segurança jurídica⁵⁰⁵.

Levando em conta a importância da prestação de serviços de saúde para o atendimento dos que não têm meios suficientes para se manter com dignidade, impõe-se o dever da Administração Pública na prestação de um mínimo necessário que assegure uma existência condigna. No entanto, conforme já assinalado, as prestações efetivas do mínimo existencial encontram forte obstáculo na reserva do possível, e nesse sentido, a vedação de retrocesso social representa uma importante ferramenta de defesa do mínimo existencial.

Considerando, conforme visto antes, que a garantia de um mínimo social “destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental”, de modo que seu conteúdo não resulte esvaziado e desprovido de sentido, a reserva do possível deverá ser vista com restrições, caso contrário se estará esvaziando a própria Constituição.

⁵⁰² SARLET, **Proibição de Retrocesso...**, p. 33-35

⁵⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 242.

⁵⁰⁴ A esse respeito, Jorge Reis Novais observa que “o PIDESC, em cujo art. 2º, 1, se impõe aos estados a tomada de medidas, até ao máximo dos recursos disponíveis, que permitam alcançar progressivamente a plena efectividade dos direitos sociais reconhecidos no Pacto [...] esta obrigação de ‘realização progressiva’ contém *implicitamente* uma correspondente proibição de retrocesso que, de resto, teria sido assumida pelo órgão das Nações Unidas encarregado de vigiar a aplicação e cumprimento do PIDESC, o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Id.

⁵⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso...**, p. 36.

Daí a importância de razoabilidade nas decisões que concedem ou negam as prestações do mínimo existencial, assim como a relevância do princípio da vedação de retrocesso social.

Desse modo, no que tange às prestações de saúde para o cidadão, quando em face da reserva do possível pela insuficiência de recursos financeiros em face do mínimo existencial, a vedação de retrocesso social cumpre importante função na garantia e proteção do direito fundamental social à saúde, que protege a vida, com dignidade.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como resposta às reivindicações do setor da saúde pelo Movimento da Reforma Sanitária, a Constituição Federal de 1988 aprovou a criação do Sistema Único de Saúde, e, conforme determina o artigo 198⁵⁰⁶, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]”, que abrange e sujeita a uma direção única e a um só planejamento as ações e serviços de saúde, compartilhado em nível nacional, regional e municipal. Diferente dos modelos anteriores – IAP, INPS, INAMPS – o SUS passou a oferecer a todo cidadão acesso integral, universal e gratuito a serviços de saúde⁵⁰⁷, independente da condição individual, se trabalhador formal ou não.

Portanto, o SUS representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública, que por meio de suas diretrizes orienta todas as políticas sanitárias elaboradas e executadas pelo Estado⁵⁰⁸, direta ou indiretamente, inclusive por pessoas físicas e jurídicas de direito privado, conforme o artigo 197 da Constituição de 1988⁵⁰⁹. Além disso, o artigo 199, parágrafo 1º da Constituição

⁵⁰⁶ **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁵⁰⁷ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Pense Mais Sus.** Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/sus>>. Acesso em: 06 maio 2017.

⁵⁰⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 124.

⁵⁰⁹ **Art. 197.** São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Federal, prevê a participação complementar de instituições privadas no SUS⁵¹⁰ sem fins lucrativos.

As diretrizes do SUS, presentes no artigo 198 da CF/1988, apontam o seguinte: i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; ii) atendimento integral, priorizando as atividades preventivas além das assistenciais; iii) participação da comunidade. Cada uma dessas diretrizes contempla aspectos fundamentais e repercutem por toda a legislação que regulamenta o Sistema Único de Saúde⁵¹¹.

A necessidade de repartir a organização do sistema, a partir de circunscrições regionais, que levam em conta as especificidades de cada região e as demandas de saúde⁵¹², levou à opção pela atuação regionalizada, que permite a adaptação das ações e dos serviços de saúde ao perfil epidemiológico local, atendendo às diretrizes da OMS e também às reivindicações do Movimento da Reforma Sanitária. Verifica-se nessa estrutura uma identificação com o sistema federativo – que no Brasil tem um terceiro nível de poder formado pelos Municípios – a municipalização é a principal forma de descentralização e regionalização do SUS⁵¹³.

As diretrizes de descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam, portanto, as regras constitucionais de distribuição de competência no âmbito do SUS, e respondem pela regulação normativa infraconstitucional por meio de leis, decretos e portarias, que estabelecem a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde. Abrangem o fornecimento de materiais, cabendo principalmente aos Municípios e Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário⁵¹⁴.

A descentralização (artigo 198, I da CF/1988) implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do nível federal para os Estados e Municípios, e também de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle

⁵¹⁰ **Art. 199.** A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos [...].

⁵¹¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 126-127.

⁵¹² Ibid., p. 125

⁵¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FILCHTNER, Mariana Figueiredo. **Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção à Saúde...**, p. 06-18 e p. 12.

⁵¹⁴ ibid., p. 13

das instâncias governamentais correspondentes, e pode-se entender também como cooperação⁵¹⁵.

A hierarquização é a diretriz que representa um termo técnico do setor sanitário, e se reporta à execução da assistência à saúde em níveis de complexidade crescentes, ou seja, o acesso aos serviços de saúde deve partir dos mais simples em direção aos níveis mais complexos – nesse aspecto alinha-se aos princípios da subsidiariedade e da eficiência, indicando que, em situações que exijam um grau de especialização mais avançado para determinado serviço de saúde, e indisponível no Município, poderá ser prestado pelo Estado ou pela União⁵¹⁶.

Nesse contexto, a hierarquia do sistema é elaborada a partir de três graus: o atendimento primário, que envolve baixa complexidade, atendimento secundário e o atendimento terciário. O cidadão, ao acessar o sistema, sempre inicia pelo nível primário e, dependendo da complexidade, passa para os níveis mais avançados, num processo de otimização da gestão dos recursos⁵¹⁷.

A diretriz da integralidade do Sistema Único de Saúde determina que o atendimento oferecido pelo SUS deva ser o mais amplo possível. A Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080/1990 – tratou de especificar no art. 7º, II, que a integralidade da assistência compreende um “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”.

Em consonância à diretriz da integralidade, o artigo 6º da referida lei⁵¹⁸ estabelece um extenso rol de obrigações que deverão compor a atuação do SUS.

⁵¹⁵ TEIXEIRA, Carmem. **Os Princípios do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1338665>>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁵¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FILCHTNER, Mariana Figueiredo. **Algumas Considerações...**, p. 06-18.

⁵¹⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 84.

⁵¹⁸ **Lei 8.080/90. Art. 6º** Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área

Desse modo, impõe o dever de executar ações ligadas na esfera da vigilância sanitária e epidemiológica, da saúde do trabalhador, compreendendo assistência integral e também a farmacêutica. Inclui, ainda, a promoção de políticas de saneamento básico, vigilância e orientação nutricional, proteção ao meio ambiente, dentre outros⁵¹⁹.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo Filchner observam, no contexto da integralidade incide também o princípio da precaução e da prevenção – estreitamente ligadas às noções de eficácia e segurança –, que determina a prioridade das atividades preventivas em sentido estrito; e em sentido amplo, direciona-se às ações de vigilância e polícia sanitária, prestação de saneamento básico e garantia de meio ambiente sadio e equilibrado⁵²⁰. Em suma, envolve medidas preventivas e assistenciais.

No campo da prevenção merece destaque o saneamento básico, como fundamental garantia para uma população saudável, conforme a OMS, entre outros

de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. **§ 1º** Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde. **§ 2º** Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos. **§ 3º** Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo: I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho; II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho; III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador; IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde; V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional; VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas; VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

⁵¹⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 125.

⁵²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FILCHNER, Mariana Figueiredo. **Algumas Considerações...**, p.

órgãos, vem alertando. Estudos demonstram que a cada real gasto com saneamento básico corresponde uma economia de quatro reais em saúde pública⁵²¹.

Outro indicador importante nessa questão, informa que 60% das internações em hospitais públicos decorrem de problemas ligados ao saneamento deficitário⁵²²; portanto, as medidas preventivas asseguram saúde e melhor qualidade de vida, e, conseqüentemente, propiciam racionalização na utilização dos recursos financeiros públicos.

Ainda que a lei contemple a assistência sanitária de forma ampla, importa frisar que a realidade brasileira parece não representar prioridade do Poder Público, uma vez que dados do IBGE apontam que em 2009 cerca de 80% dos domicílios em rede urbana, e 25% em área rural eram cobertos por rede de esgoto ou tinham acesso à fossa séptica⁵²³.

Também é importante observar as diferenças regionais que indicam grandes desproporções. Verifica-se que em São Paulo, 91,1% dos domicílios urbanos são servidos pela rede de esgoto, enquanto Rondônia, com 5,2%, Pará, com 2,7% e Amapá, com 1,1%, possui rede de esgoto, e bastante precária. Nas áreas rurais, os maiores percentuais ocorreram em São Paulo (44,3%), no Distrito Federal (22,6%) e no Rio de Janeiro (17,9%), e os menores no Rio Grande do Sul, no Tocantins e na Paraíba (0,5%, cada)⁵²⁴.

Essas expressivas diferenças regionais evidenciam a necessidade do Poder Público em viabilizar um controle mais efetivo da saúde “numa dimensão

⁵²¹ Segundo estimam especialistas presentes no 4º Seminário Internacional de Engenharia De Saúde Pública realizado pela Fundação Nacional de Saúde FUNASA. A partir do momento em que o cidadão tem um sistema de distribuição de água em quantidade e qualidade certas, as doenças de veiculação hídrica, como diarreia e esquistossomose, por exemplo, vão diminuir. Se as doenças diminuem, a quantidade de vezes que uma mãe vai levar o filho com disenteria ao médico vai diminuir. – Explicou o diretor do Departamento de Engenharia da fundação, Ruy Gomide. Disponível em: <http://www.aegea.com.br/2013/04/a-cada-r-1-investido-em-saneamento-basico-r-4-sao-economizados-no-sistema-de-saude/>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁵²² O presidente da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), Henrique Pires, declarou que 60% das internações no Brasil são decorrentes da péssima qualidade do saneamento básico no país. 12. 09 2016. Disponível em: <http://cidadeverde.com/noticias/229488/no-brasil-60-das-internacoes-ocorrem-por-falta-de-saneamento-diz-funasa>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁵²³ **Acesso a esgotamento sanitário.** Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv59908.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017. (Fonte dos dados: a principal fonte utilizada foi a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE).

⁵²⁴ Id.

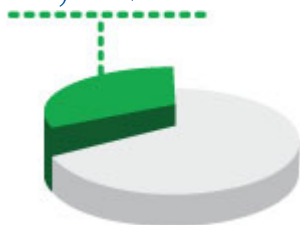
coletiva”⁵²⁵, aponta Saulo Lindorfer Pivetta, e que ainda está muito aquém de atingir o ideal.

Estudos do Instituto Trata Brasil, por exemplo, mostraram que o País convive com centenas de milhares de casos de internação por diarreias todos os anos (400 mil casos em 2011, sendo 53% de crianças de 0 a 5 anos), muito disso devido à falta de saneamento⁵²⁶.

E pesquisas do BNDES estimam que 65% das internações em hospitais, de crianças com menos de 10 anos, sejam provocados por males oriundos da deficiência ou inexistência de esgoto e água limpa, que também surte efeito no desempenho escolar, pois crianças que vivem em áreas sem saneamento básico apresentam 18% menos no rendimento escolar⁵²⁷.

Resultados da pesquisa realizada pelo Instituto Trata Brasil demonstram enorme deficiência nessa questão, e, além disso, permitem verificar a enorme desigualdade regional na questão do saneamento, conforme gráfico abaixo⁵²⁸.

42,67% dos esgotos do País são tratados.



Norte: apenas 16,42% do esgoto é tratado, e o índice de atendimento total é de 8,66%. A pior situação entre todas as regiões. **Nordeste:** apenas 32,11% do esgoto é tratado. **Sudeste:** 47,39% do esgoto é tratado. O índice de atendimento total de esgoto é de 77,23%. **Sul:** 41,43% do esgoto é tratado, e o índice de atendimento total é de 41,02%. **Centro-Oeste:** 50,22% do esgoto é tratado, e é a região com melhor desempenho, porém a média de esgoto tratado não atinge nem a metade da

⁵²⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 130-131.

⁵²⁶ Fonte: Instituto Trata Brasil. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/o-que-e-saneamento>>. Acesso em: 23 maio 2017.

⁵²⁷ Id.

população. A média das 100 maiores cidades brasileiras em tratamento dos esgotos foi de 50,26%. Apenas 10 delas tratam acima de 80% de seus esgotos⁵²⁹.

Os percentuais apontam, portanto, para a precariedade e a desigualdade na área de saneamento básico do País, bem como a necessidade de melhorias profundas para atingir condições que permitam saúde para todos.

A diretriz da integralidade envolve também a razoabilidade e eficiência, uma vez que os serviços serão considerados razoáveis se o tratamento tiver comprovada a eficiência. Importa frisar que a integralidade indica ações e serviços de saúde tomados como um todo, harmônico e contínuo, simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos, ou seja: individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional, e em níveis de complexidade que se vincula à unidade do sistema, principalmente na esfera do planejamento. Portanto, trata-se de uma diretriz de grande amplitude, como já assinalado⁵³⁰.

Ainda na esfera da integralidade, outro ponto a destacar é a adoção da epidemiologia, e de critérios científicos para a definição de políticas sanitárias, que deverão seguir padrões reconhecidos pela comunidade científica. Padrões científicos representam condição para que determinado tratamento seja abarcado pelo SUS, de modo a racionalizar e potencializar a atuação estatal na área sanitária, conforme dispõe o artigo 19-Q, parágrafo 2º, I, da Lei 8.080/90⁵³¹. Aqui evidencia que as ações de saúde devem pautar-se por critérios comprometidos com resultados ótimos, entendidos à luz da eficiência.

Um ponto importante a considerar, conforme o artigo 3º, *caput*, e o parágrafo único, da Lei 8.080/90⁵³², diz respeito ao reconhecimento de fatores determinantes para a saúde, que incluem a promoção de condições de bem-estar físico, mental e social. Essas diretrizes alinham-se ao conceito amplo de saúde,

⁵²⁹ Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS 2015). Estudo Trata Brasil “Ranking do Saneamento – 2015”. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>>. Acesso em: 23 maio 2017.

⁵³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FILCHTNER, Mariana Figueiredo. **Algumas Aproximações...**, p. 14.

⁵³¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 131.

⁵³² **Lei 8.080/90. Art. 3º** A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. **Parágrafo único.** Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

concebido pela OMS, como destacado no tópico 1.2, que aponta para saúde e qualidade de vida, respaldados pela dignidade da pessoa humana; nesse sentido, de acordo com a redação do dispositivo em comento, “os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”.

Também como diretriz, o artigo 198, III da CF/1988 estabelece a participação direta e indireta da comunidade. Diz respeito, tanto à definição quanto ao relativo controle social das ações e políticas de saúde, que se realiza por meio dos representantes da sociedade civil perante as Conferências de Saúde, que têm competência para propor políticas de saúde em cada esfera da federação, a exemplo da VIII Conferência de 1988, antes mencionada; dos Conselhos de Saúde que atuam no planejamento e controle do SUS, incluindo o financiamento e, também, um canal para a participação popular em análises, propostas e denúncias; das Agências Reguladoras – ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), Câmara de Saúde Suplementar, ANS (Agência Nacional de Saúde), CONAMA (Conselho Nacional de Meio Ambiente) etc.⁵³³.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchner Figueiredo, trata-se da especial dimensão dos direitos fundamentais, que no contexto dos direitos a prestações em sentido amplo, atuam como direitos de participação na organização e no procedimento, evidenciando a faceta democrático-participativa do direito à saúde⁵³⁴.

Nesse sentido, Adriana da Costa Ricardo Schier destaca que “o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais, que decorrem diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático”. Desse modo, concretiza o Estado Democrático de Direito, princípio estruturante da República Federativa do Brasil, conforme previsão do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e, portanto, “dada a sua natureza, submete-se ao regime dos direitos fundamentais”⁵³⁵.

Sob esse prisma, entende-se também o direito de reclamação, previsto no artigo 37, parágrafo 3º, I, da CF de 1988, como “espécie do gênero direito de

⁵³³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Algumas Aproximações...**, p.14.

⁵³⁴ Id.

⁵³⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 27.

participação” especificamente na esfera administrativa, e seu conteúdo refere-se ao direito dos cidadãos de controlar os serviços públicos prestados pelo Estado ou por suas concessionárias⁵³⁶. Considerando o contexto dos direitos sociais inseridos numa realidade em constante movimento, visualiza-se a participação popular voltada ao aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde cada vez mais relevante no Estado Democrático. Conforme expressão de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a participação por meio de instrumentos de democracia, propicia que a máquina estatal se aproxime da sociedade, favorecendo o debate sobre questões sociais relevantes que afetam diretamente o cidadão⁵³⁷.

A Constituição prevê também a possibilidade de participação no SUS pela iniciativa privada no que tange à saúde, basicamente, de duas formas: a) a participação complementar, mediante convênio ou contrato de direito público firmado com o SUS, em que se privilegiam as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos; b) a saúde suplementar, modalidade em que a assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, a partir da contratação pelo interessado, regulada pela Lei nº 9.656/98, e que se submete às diretrizes da ANS⁵³⁸.

A participação complementar é uma atividade delegada à iniciativa privada – que exclui a participação de empresas ou capitais estrangeiros – e atua em lugar da Administração Pública, sujeitando-se aos limites e determinações do contrato administrativo; desse modo, submete-se aos princípios decorrentes do direito administrativo, incluindo a responsabilização, nos moldes do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal⁵³⁹.

Diferente é o caso da saúde suplementar, que decorre de contrato privado firmado entre a pessoa – individual ou coletiva – e a operadora de plano de saúde, e não se submete ao mesmo regramento, pois aqui incide autonomia das partes, que prestigia a liberdade de não contratação, ou seja, ninguém é obrigado a contratar um plano de saúde⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Id.

⁵³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 191, p. 26-39, Rio de Janeiro, 1993. p. 32.

⁵³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. FILTCHNER, Mariana Figueiredo. **Algumas aproximações...**, p. 14-15.

⁵³⁹ Id.

⁵⁴⁰ Id.

No entanto, ainda que no âmbito da esfera privada, essa modalidade não está livre de controle, e obedece às regras da ANS no que tange à regulamentação e execução, e também, sendo prestação de saúde, “a assistência prestada pelas operadoras de planos e seguros de saúde não perde o caráter de relevância pública, conforme determina o artigo 197 da Constituição Federal”^{541, 542}, uma reivindicação do Movimento de reforma Sanitária, e, assim sendo, o serviço de saúde prestado de forma suplementar não está isento de deveres constitucionais.

No que diz respeito ao consumidor, diante das determinações constitucionais apuradas no capítulo anterior, incide nessa prestação de saúde a proteção contra cláusulas abusivas, onde vige a boa-fé, como padrão de conduta imposta às partes, e a proteção contra lesões enorme, quando necessário. Desse modo, devido ao caráter duplamente indisponível do direito em causa, consumidor e saúde, essa modalidade pode ser amparada na atuação do Ministério Público, das associações de classe, e do próprio consumidor na defesa de questões relacionadas aos contratos, incidindo, inclusive, a anulação judicial dos contratos, quando detectadas irregularidades que ofendam os valores que visa proteger, ou seja, vida, dignidade, integridade física e psíquica, entre outros pertinentes à saúde em sentido amplo⁵⁴³.

Ainda, por se tratar de função estatal típica que a Constituição autorizou aos particulares, a atuação da saúde nessa esfera submete-se à fiscalização por órgãos da vigilância sanitária – SNVS – em medidas de cunho protetivo, que envolve, entre outras atividades, o controle e registro de substâncias diversas, a regulação de preços de medicamentos e serviços proibindo o excesso, no dever fundamental de proteção e promoção da saúde imposta ao Estado⁵⁴⁴.

A forma de adesão ao SUS depende da estrutura e das condições de cada Estado ou Município. No caso dos Municípios, poderá ser por gestão plena de atenção básica, ou, gestão plena do sistema municipal. Os Estados poderão se habilitar como gestão avançada do sistema estadual, ou, gestão plena do sistema estadual. O tipo

⁵⁴¹ Conforme Roberto Augusto Pfeiffer, mencionado por Ingo Wolfgang Sarlet. Id.

⁵⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 82.

⁵⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. FILCHNER, Mariana Figueiredo. **Algumas Aproximações...**, p. 17-18.

⁵⁴⁴ Id.

de habilitação em uma ou outra modalidade irá determinar as prerrogativas e responsabilidades de cada gestor, de forma que o sistema possa integrar adequadamente todos os entes de acordo com as reais possibilidades de cada um⁵⁴⁵.

Vale ainda destacar, que as políticas e reformas desenvolvidas em vários sistemas de saúde no mundo, como Inglaterra, Suécia, Dinamarca, Canadá, Itália etc. contribuíram para a sistematização de vários princípios organizativos, assimilados em nossa legislação, como diretrizes estratégicas, para a organização do SUS, tais como a descentralização da gestão dos recursos, a regionalização e hierarquização das unidades de produção de serviços, e a integração das ações promocionais, preventivas e curativas⁵⁴⁶.

Por essa breve análise das diretrizes que orientam as ações do SUS, percebe-se que a concepção do sistema se direcionou para um modelo de saúde focado nas necessidades da população, resgatando o compromisso do Estado para o bem-estar social, incluindo-se a saúde coletiva, como um direito da cidadania. Trata-se de um sistema protetivo e uma garantia típica do Estado Social⁵⁴⁷, como tem sido demonstrado. Importa frisar que o SUS não é uma estrutura que atua isolada na promoção dos direitos básicos do cidadão, e insere-se no contexto das políticas públicas da seguridade social, que abrange, além da saúde, a previdência e a assistência social⁵⁴⁸. No entanto, como este estudo tem enfoque no direito à saúde, deixará de se reportar ao tema da seguridade social.

Efetivamente, o SUS representa um divisor de águas na seara do direito fundamental à saúde no Brasil, sendo considerado modelo de gestão pública de saúde. De acordo com dados oficiais, antes de 1998, 30 milhões de pessoas tinham efetivo acesso a serviços de saúde pública, e com a implantação do SUS, estima-se que 190 milhões de brasileiros foram atendidos por esse sistema de saúde⁵⁴⁹. Conforme definição do Ministério da Saúde,

⁵⁴⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 134-137.

⁵⁴⁶ TEIXEIRA, Carmem, op. cit., id.

⁵⁴⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. p. 25. Disponível em: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 24.

⁵⁴⁹ Observa-se que esses dados são de 2009, portanto, para o presente estudo serve tão somente como parâmetro para compreender a abrangência da prestação dos serviços de saúde pública antes e depois da Constituição de 1988, com a implantação do SUS.

[...] o SUS é uma conquista da sociedade brasileira e foi criado com o firme propósito de promover a justiça social e superar as desigualdades na assistência à saúde da população, tornando obrigatório e gratuito o atendimento a todos os indivíduos. Abrange do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos e é o único a garantir acesso integral, universal e igualitário⁵⁵⁰.

Segundo a Fundação Oswaldo Cruz, o Sistema Único de Saúde, considerado um dos maiores e melhores sistemas de saúde pública do mundo, que beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos⁵⁵¹, além de procedimentos de prevenção. Mas, para que todo esse sistema funcione da forma prevista, são necessários recursos financeiros suficientes e gerenciamento adequado.

Verificou-se que além da democratização da saúde, antes acessível somente para alguns segmentos da sociedade, o SUS mudou também o conceito sobre saúde e passou-se a pensar em não doença, ampliando consideravelmente as ações nesse campo. Assim, a saúde passou a ser promovida e a prevenção dos agravos a fazer parte do planejamento das políticas públicas⁵⁵², visando atendimento integral.

A Constituição de 1988 adotou uma concepção que abrange múltiplas frentes de ações, tais como: vacinação, intervenções de várias espécies, consultas, cirurgias e internações; assistência farmacêutica no fornecimento de medicamentos, além de próteses, cadeiras de rodas, entre outros. Trata-se da articulação de ações e serviços que viabilizem o completo bem-estar físico e mental do cidadão, conforme Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano assinalam⁵⁵³.

Evidente que a ideia do SUS é notável, mas para alcançar todos os objetivos propostos faz-se necessária uma estrutura bem gerenciada, assim como recursos financeiros suficientes. Entretanto, conforme os profissionais da área definem: “os desafios são muitos, cabendo ao Governo e à sociedade civil a atenção

⁵⁵⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Biblioteca Virtual em Saúde. **Sus: A Saúde do Brasil**. Coleção Institucional. Biblioteca Virtual em Saúde. 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁵⁵¹ Segundo informações da Fundação Oswaldo Cruz. **Pense Mais Sus**. FIOCRUZ; MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/sus>>. Acesso em: 06 maio 2017.

⁵⁵² Id.

⁵⁵³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário...**, p. 92.

para estratégias de solução de problemas diversos, identificados, por exemplo, na gestão do sistema e também no subfinanciamento da saúde”⁵⁵⁴.

A estrutura do SUS é complexa e compreende a participação de vários órgãos: Administração Pública Direta – Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais; Administração Indireta – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, hospitais universitários vinculados às universidades públicas; pessoas de direito privado – Organizações Sociais e hospitais filantrópicos; Conselhos e Conferências de Saúde. Além disso, viabiliza a participação popular na gestão das políticas sanitárias, na atuação articulada de todos esses agentes, a partir das mesmas diretrizes e com afinidade de objetivos, com vistas à racionalização da gestão do sistema único de saúde⁵⁵⁵.

A Constituição define ainda que a saúde é dever do Estado, abrangendo as três esferas do poder, e a Lei 8.080/1990 determina (artigo 9º) que a direção do SUS deve ser única (artigo 198, I da CF/1988), sendo exercida, em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; no âmbito dos municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente⁵⁵⁶.

As linhas gerais das competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são traçadas pela própria Lei 8.080/1990. Nos termos do artigo 16, incumbe à direção nacional as atividades de coordenação e normatização do Sistema e, também, atividades como formulação, avaliação e apoio às políticas de alimentação e nutrição (inciso I). Cabe também a essa esfera, a definição e coordenação de assistência de alta complexidade, a rede de laboratórios da saúde pública, o sistema de vigilância epidemiológica e sanitária (inciso III)⁵⁵⁷.

Em conjunto com as esferas estaduais e municipais, a direção nacional participa da formulação e implementação das políticas de controle das agressões ao meio ambiente, ao saneamento básico, às condições de ambiente de trabalho (inciso II); apenas excepcionalmente a direção nacional executará diretamente ações de

⁵⁵⁴ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Pense Mais Sus...**, op. cit.

⁵⁵⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 125.

⁵⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DOS SERETÁRIOS DE SAÚDE. CONASS. **Para Entender a Gestão do SUS**, op. cit., p. 24.

⁵⁵⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 134-137.

saúde, como em casos de agravos de saúde que ultrapassam a capacidade de controle da direção estadual, ou quando representar risco de disseminação por todo o território nacional, como é exemplo as ações para combater o vírus H1N1, ocorrido no País⁵⁵⁸.

No âmbito estadual, as direções têm o dever de promover a descentralização das ações e serviços de saúde para os Municípios (artigo 17, I da Lei 8.080/1990), devendo prestar apoio técnico e financeiro às municipalidades, assim, caberá ao Estado apenas supletivamente a execução direta dos serviços (inciso III). Cabe à direção estadual, ainda, gerir o sistema de alta complexidade (inciso IX) e, também, coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentro (inciso X), dentre outros⁵⁵⁹.

Por sua vez, à direção municipal cabe o planejamento, organização e controle da execução dos serviços públicos de saúde (artigo 18, I, da Lei 8.80/1990), no entanto, não se desvincula dos demais níveis, devendo estar em consonância com o planejamento e coordenação estadual e nacional. Conforme as diretrizes orientam, os serviços iniciam na esfera municipal e seguem uma ordem ascendente, conforme a disponibilidade dos recursos (artigo 36 da Lei 8.080/1990)⁵⁶⁰.

Para o planejamento e a coordenação federativa do sistema, a Lei 8.080/1990 criou dois foros de negociação e pactuação dos aspectos operacionais do SUS: a Comissão Bipartite (CIB), integrada pelos gestores municipal e estadual, e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), integrada pelos gestores municipais, estadual e nacional. Essas comissões reúnem-se em fóruns onde são discutidos e fixados os aspectos operacionais, financeiros e administrativos do sistema nacional, voltados para a integração e harmonização de toda a rede de atendimento à população⁵⁶¹.

O Decreto 7.508/2011, que regulamenta a Lei 8.080/1990, estabelece o Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (artigo 33), que visa integrar e organizar as ações e serviços de saúde de cada nível de gestão, os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros demandados. Além de viabilizar um adequado planejamento das atividades administrativas, delimitando as

⁵⁵⁸ Id.

⁵⁵⁹ Id.

⁵⁶⁰ Id.

⁵⁶¹ Id.

incumbências de cada ente da federação, é um instrumento jurídico que regula as atividades administrativas, por exemplo, em casos de omissão e ilegalidade⁵⁶².

Tal estrutura demanda um financiamento robusto para custear todas as demandas de saúde e, conforme o artigo 198, parágrafo 1º da CF/1988 estabelece, as ações do Sistema Único de Saúde serão financiadas com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, além de outras fontes. Posteriormente, a EC 29/2000 alterou esse dispositivo (na conformidade do artigo 198, parágrafo 2º da CF/1988), e acrescentou no parágrafo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a obrigatoriedade de assegurar a aplicação de recursos de saúde para cada ente da federação, definindo os percentuais mínimos de destinação de recursos para a saúde, que deveria vigorar até edição de Lei Complementar para disciplinar a matéria⁵⁶³.

De acordo com o dispositivo do ADCT (artigo 77, I), a União deveria aplicar em ações e serviços de saúde o equivalente ao valor apurado no exercício financeiro anterior, corrigido pela variação do Produto Interno Bruto (PIB). Em relação aos Estados e Distrito Federal (artigo 77, II do ADCT), a arrecadação estadual, considerando a soma dos impostos estaduais, definiu que no período 2001-2004 deveriam ser aplicados 12% da arrecadação estadual, considerando a soma dos impostos estaduais com os valores recebidos por repasse obrigatório da União (extraídas da base de cálculo as parcelas repassadas aos Municípios). E para os Municípios (artigo 77, III do ADCT), estabeleceu que deveriam ser destinados 15% do produto da arrecadação dos impostos municipais, assim como dos repasses obrigatórios da União ao Estado correspondente⁵⁶⁴.

Como até 2005 não foi editada Lei Complementar, prevista no artigo 198, parágrafo 3º da CF/1988, as disposições da Emenda, que deveria ter sido transitória, permaneceram válidas até a edição da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012⁵⁶⁵. Contudo, a referida lei não inovou, e manteve os mesmos parâmetros do

⁵⁶² Id.

⁵⁶³ EMENDA CONSTITUCIONAL **29/2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc_29.htm.

⁵⁶⁴ **ADCT, art. 77**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁵⁶⁵ **LEI COMPLEMENTAR 141/2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito

artigo 77 do ADCT para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, entende-se ter havido retrocesso, porque manteve a previsão de que permanece vinculada a destinar apenas o valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido da variação nominal do PIB ocorrida no período.

Discute-se a inconstitucionalidade dessa lei, uma vez que o artigo 198, parágrafo 3º da CF/1988, é claro ao determinar que caberá à Lei Complementar estabelecer os percentuais que a União, Estados e Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde. Desse modo, o legislador ordinário acabou modificando o parâmetro constitucional, pois ao invés de fixar um percentual mínimo, indicou apenas que será utilizado como base de cálculo o valor empenhado no exercício financeiro anterior⁵⁶⁶.

Nesse sentido, pode-se falar em retrocesso social, uma vez que o legislador ordinário modificou determinação constitucional em matéria relevante para saúde da população, e que tem sérias repercussões para a efetivação da saúde da forma prevista pela Constituição Federal e, dito de outro modo, tem reflexos na dignidade humana.

Nessa questão, destaca-se também a tentativa de revisão dos percentuais de aplicação de recursos pela União para a saúde, nas demandas apresentadas nas 12ª e 13ª Conferências de Saúde, reivindicando 10% da receita bruta da União, transformaram-se na PL 121/2007. Esse projeto foi aprovado no Senado Federal, no entanto, a Câmara dos Deputados modificou a essência da reivindicação, derrubando a vinculação dos 10%, e manteve praticamente a mesma definição do artigo 77 do ADCT. Por iniciativa do Governo Federal, o projeto substitutivo da Contribuição Social para a Saúde – CSS –, após muitas discussões em que tramitaram interesses de partidos políticos, afinal foi aprovado. Todavia, a sua redação final manteve praticamente inalterada a estrutura de financiamento da LC 141/2012, conforme Gilson Carvalho informa⁵⁶⁷.

Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>.

⁵⁶⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer, op. cit., p. 159.

⁵⁶⁷ Sobre o projeto de aumento da contribuição pela União: “O Senado, também em 2007, apreciou um projeto do senador Tião Viana, médico do PT, destinando 10% da Receita Corrente Bruta para a saúde. Foi aprovado por unanimidade pelos senadores de oposição e situação. Foi encaminhado

Segundo o Ministério da Saúde, a Emenda Constitucional nº 29/2000 é um instrumento que possibilita mais expressão e estabilidade de recursos, na medida em que define o financiamento tripartite do SUS, fixando percentuais de participação de Estados e Municípios e indexando a participação da União à variação do Produto Interno Bruto (PIB)⁵⁶⁸. O quadro abaixo demonstra a evolução da participação dos entes federados no gasto público em saúde, nos anos 2000 a 2008.

**PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL DOS ENTES FEDERADOS NO
GASTO PÚBLICO EM SAÚDE – 2000 A 2008**

Ano	União	Estados	Municípios
2000	59,8	18,5	21,7
2001	56,1	20,7	23,2
2002	52,6	21,9	25,6
2003	51,0	22,8	26,3
2004	50,2	24,6	25,2
2005	49,8	23,1	27,1
2006	48,5	23,6	27,9
2007	47,5	24,2	28,3
2008	44,7	25,6	29,7

Fonte: Siops e SPO/MS

Verifica-se, nesse demonstrativo, que a União reduziu a sua participação de cerca de 60% para cerca de 45% do gasto total, já os Estados e os Municípios aumentaram em 7% e 8%, respectivamente, portanto, a União apresentou, gradativamente, diminuição da participação em relação ao PIB. (Fonte: Siops e SPO/MS); é possível constatar que os repasses da União no período demonstrado já

à votação da Câmara. O governo, mais que depressa, colocou um relator médico petista, alinhado com o palácio, que apresentou um substitutivo ao do senado. Voltou-se à redação anterior da Câmara e foram retirados os 10% da Receita Corrente Bruta e criando-se a CPMF (agora CSS) com alíquota menor e destinada só à saúde. No final a Câmara aprovou o substitutivo e derrubou a CPMF (agora CSS). Como houve modificação substantiva na Câmara, o projeto voltou ao Senado. Grande expectativa. No Senado o projeto dele com 10% da RCB foi aprovado por unanimidade e o da Câmara, exatamente o contrário, e mantendo tudo como antes constante da EC-29. Por ordem expressa da presidente Dilma, o Senado, agora favorável ao governo, votou pelo projeto da Câmara. São momentos que demonstram a distância entre o discurso de privilegiar a saúde e o de asfixiá-la pelo subfinanciamento". CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. *Estud. av.* [online]. 2013, vol.27, n.78, pp.7-26. ISSN 0103-4014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>. Acesso em: 28 maio 2017.

⁵⁶⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Plano Nacional de Saúde. Relatórios 2012-2015. Brasília 2011. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

se encontravam muito longe das expectativas em face das reais necessidades de prestação de serviços públicos.

As discussões que ocorrem na seara do financiamento público para a saúde são pertinentes, pois um Sistema Nacional de Saúde com as características do SUS – que deve prestar atenção universal, integral e equânime – demanda um financiamento sustentado para cumprir a sua finalidade e alcançar os seus objetivos⁵⁶⁹. De acordo com o Ministério da Saúde, a garantia de regularidade e de expansão dos gastos públicos com ações e serviços de saúde, no gasto total do setor, é fator fundamental para melhorar o desempenho do SUS⁵⁷⁰.

Entretanto, por iniciativa do governo interino de Michel Temer, em 2016 tramitou a Proposta de Emenda Constitucional para modificar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterando o teto de gastos públicos. O Projeto, inicialmente denominado PEC 147, após aprovado no Senado, passou a PEC 55, e foi promulgado como EC 95, em 15 de dezembro de 2016.

Em linhas gerais, a referida Emenda altera e limita os gastos públicos pelos próximos 20 anos, a partir de 2017; o teto dos gastos públicos deverá obedecer à inflação oficial do ano anterior, com possibilidade de revisão a partir do décimo ano de vigência, e tem recebido fortes críticas e manifestações contrárias pelo setor de saúde, por entender que os direitos sociais serão muito prejudicados. Nesse sentido, o projeto reduziria substancialmente os recursos para a saúde e, por essa razão, foi apontado como um grave retrocesso social⁵⁷¹, como tratado no ponto 3.2.

⁵⁶⁹ Id.

⁵⁷⁰ Id.

⁵⁷¹ De acordo com o Conselho de Saúde, “a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 241/2016, encaminhada ao Congresso Nacional pelo governo interino do presidente Michel Temer, representa um grave retrocesso para os direitos sociais inscritos na Constituição Federal. Apesar de anunciar que a principal medida é estabelecer um teto de despesas por 20 anos, a partir de 2017, na verdade reduz as despesas sociais para as próximas duas décadas. O objetivo é a obtenção de superávit primário para pagamento dos juros da dívida pública, despesa essa que não teve um teto estabelecido para os próximos anos. Se a PEC for aprovada, representará o desmonte do SUS e da Seguridade Social, em flagrante desrespeito à luta do Movimento de Reforma Sanitária e das conquistas sociais inscritas na Carta Magna de 1988, chamada pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Serão esses os direitos de cidadania que poderão ser revogados pela PEC 241/2016, o que representará para a sociedade brasileira um retrocesso de 30 anos. [...] “No momento em que lutamos para conseguir mais recursos ao SUS, nos deparamos com o retrocesso desta proposta. É inadmissível”. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/docs/06jun27_REJEITAR_A_PEC_241.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

Conforme o Conselho de Saúde manifestou, calcula-se que o perigo ao subfinanciamento do SUS “pode ser medido pela perda estimada de R\$ 4,09 bilhões já em 2017”. Esta perda, segundo cálculos realizados com base no relatório Focus-Bacen de estimativa de receita para 2016, chega a R\$ 8,63 bilhões em 2018. Para Ronald Santos, presidente do CNS, “o governo interino anda na contramão da realidade brasileira”⁵⁷². Observa-se, no gráfico abaixo, uma projeção de perdas para o Financiamento do SUS decorrente da PEC 241/2016 (a preços correntes)⁵⁷³.



Ano	RCL		Saúde (R\$ milhões)		
	R\$ milhões	Variação nominal (%)	EC86 (R\$ milhões)	PEC 241 (R\$ milhões)	Perda com a PEC 241 (R\$ milhões)
2016	697.129,2	3,35	92.021,05		
2017	749.862,2	7,56	102.731,12	98.637,37	4.093,75
2018	799.278,1	6,59	112.698,21	104.062,42	8.635,79
			Perda Acumulada 2017-18		12.729,54
Fonte: Grupo Técnico Interinstitucional de Discussão sobre o Financiamento do SUS					
Observações:					
Estimativa da RCL de 2016 com base na queda da receita primária total de 8,2% em relação ao total estimado na PLOA 2016 (R\$ 759,4 bilhões). Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias - 2º Bimestre/2016 - Maio/2016 - Página 25. Disponível em http://www.planejamento.gov.br/relatorio-de-avaliacao-1.pdf (Acesso em 18/06/2016)					
Estimativa IPCA para 2016 e 2017: Relatório Focus-Bacen de 10/06/2016					
Estimativa de crescimento real anual do PIB para 2018: 2,0%					

Segundo alerta de Philip Alston, relator especial das Nações Unidas, “o congelamento de gastos sociais previsto na PEC 55 terá ‘impacto severo’ sobre a população pobre no Brasil, provocará ‘retrocesso social’ e colocará toda uma geração futura em risco de receber uma proteção social muito abaixo dos níveis atuais”. O relator ressalta, ainda, que essa decisão “vai atingir com mais força os brasileiros mais

⁵⁷² Id.

⁵⁷³ Os cálculos foram elaborados pelo "Grupo Técnico Interinstitucional de Discussão sobre o Financiamento do SUS", do qual participa a consultoria técnica da Comissão de Orçamento e Finanças do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), em conjunto com consultores e assessores técnicos de outras instituições e entidades. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/docs/06jun27_REJEITAR_A_PEC_241.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

pobres e mais vulneráveis, aumentando os níveis de desigualdade em uma sociedade já extremamente desigual”, assinalando ainda que, “para o Brasil os direitos sociais terão muito baixa prioridade nos próximos vinte anos”⁵⁷⁴.

Complementando essas observações, segundo o relator, “a PEC 55 coloca o Brasil em violação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, que veda medidas deliberadamente retrocessivas”, a não ser quando não exista nenhuma outra forma de enfrentar o problema.

Não obstante todas as observações contrárias ao projeto, a EC 95⁵⁷⁵ foi aprovada e representa mais um retrocesso social, com grande repercussão ao financiamento da saúde. Nesse sentido, entende-se viável a aplicação da cláusula da vedação de retrocesso social, como forma de salvaguardar direitos sociais na seara da saúde pública.

Vale destacar que desenvolver as ações e serviços de saúde com qualidade exigem recursos suficientes, e conforme se constata, os repasses financeiros para o SUS não dão conta de cobrir todas as demandas. Por isso, questiona-se também a eficiência na gestão desses recursos que, somados à corrupção, escandalosamente evidenciada no País – fatos notórios e que dispensam comprovação, bastando para tanto acompanhar as movimentações atuais⁵⁷⁶ amplamente divulgadas pelas casas legislativas e Tribunais de todas as instâncias –, são fatores que acabam dilapidando boa parte dos recursos que poderiam ser destinados à saúde. O demonstrativo a seguir revela o impacto estimado nas despesas com ASPS da União (Ações de Serviços Públicos de Saúde) em 20 anos. Daí a necessidade de olhar para a questão da saúde com mais atenção, devido ao retrocesso social que causará tal medida, importando em grave dano ao direito à saúde no Brasil.

⁵⁷⁴ PHILIP ALSTON. **Pec 55 é “Erro Histórico” que Provocará “Retrocesso Social”**. Carta Capital. Publicado em 09 12 2016: 12:06. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/pec-55-e-erro-historico-que-provocara-retrocesso-social-diz-onu>>. Acesso em: 26 maio 2017.

⁵⁷⁵ EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 15 de dezembro de 2016. **Art. 1º** O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114: "**Art. 106.** Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias". Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emend>.

⁵⁷⁶ Ainda que fartamente noticiados, deixa-se de mencionar fatos concretos porque, na realidade do País, todos os dias ocorrem fatos novos, o que inviabiliza informações exatas e atualizadas.

Impacto nas despesas com ASPS da União – EC86 versus PEC241-A em 20 anos⁵⁷⁷

Ano	Gasto Federal com Saúde (ASPS)							Perda com a PEC 241	
	EC 86				PEC 241				
	RCL	R\$ bilhões	R\$ bilhões de 2016	% da RCL	R\$ bilhões	R\$ bilhões de 2016	% da RCL	Em % do orçamento calculado pela EC 86	Em R\$ bilhões de 2016
2017	758,3	103,9	98,8	13,7	113,7	108,2	15,0	9,5%	9,38
2018	808,3	114,0	103,8	14,1	119,5	108,8	14,8	4,9%	5,08
2019	861,5	124,9	108,8	14,5	124,9	108,8	14,5	0,0%	0,00
2020	918,3	137,7	114,8	15,0	130,5	108,8	14,2	-5,2%	-6,00
2021	978,8	146,8	117,1	15,0	136,4	108,8	13,9	-7,1%	-8,30
2022	1.043,3	156,5	119,5	15,0	142,6	108,8	13,7	-8,9%	-10,64
2023	1.112,1	166,8	121,9	15,0	149,0	108,8	13,4	-10,7%	-13,03
2024	1.185,4	177,8	124,3	15,0	155,7	108,8	13,1	-12,4%	-15,47
2025	1.263,5	189,5	126,8	15,0	162,7	108,8	12,9	-14,2%	-17,96
2026	1.346,8	202,0	129,3	15,0	170,0	108,8	12,6	-15,8%	-20,49
2027	1.435,5	215,3	131,9	15,0	177,7	108,8	12,4	-17,5%	-23,08
2028	1.530,1	229,5	134,6	15,0	185,7	108,8	12,1	-19,1%	-25,72
2029	1.630,9	244,6	137,3	15,0	194,0	108,8	11,9	-20,7%	-28,41
2030	1.738,4	260,8	140,0	15,0	202,7	108,8	11,7	-22,3%	-31,15
2031	1.853,0	277,9	142,8	15,0	211,9	108,8	11,4	-23,8%	-33,95
2032	1.975,1	296,3	145,7	15,0	221,4	108,8	11,2	-25,3%	-36,81
2033	2.105,3	315,8	148,6	15,0	231,4	108,8	11,0	-26,7%	-39,72
2034	2.244,0	336,6	151,5	15,0	241,8	108,8	10,8	-28,2%	-42,69
2035	2.391,9	358,8	154,6	15,0	252,6	108,8	10,6	-29,6%	-45,73
2036	2.549,5	382,4	157,7	15,0	264,0	108,8	10,4	-31,0%	-48,82
Resultado estimado:									-433,52

Sobre o gráfico ver nota⁵⁷⁸.

Percebe-se, com base nessas informações, que o financiamento da saúde, em que se insere o SUS, tende a enfrentar um agravamento da situação, fato que irá dificultar ainda mais a situação dos brasileiros que dependem da prestação de

⁵⁷⁷ O gráfico integra nota informada em conjunto por CONASS e CONASEMS sobre a proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016. Fonte: Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – SF e Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CD do Congresso Nacional.

⁵⁷⁸ Elaboração própria com base nos cálculos do Grupo Técnico Institucional de Discussão do Financiamento do SUS. Fontes: RCL de 2017 estimado na PLOA 2017 (R\$ 758,3 bilhões), conforme informativo nº 1, setembro de 2016, Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – SF e Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CD do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/conass-informa-n-163-nota-conjunta-conass-e-conasems-sobre-proposta-de-emenda-constitucional-n-2412916/>>. Acesso em: 26 maio 2017.

serviços de saúde pública. Considerando a realidade da prestação da saúde no Brasil em face da previsão constitucional e dos avanços e retrocessos ocorridos nessa seara, questiona-se: a prestação da saúde no Brasil é uma realidade ou ainda é uma garantia simbólica?

A título de comparação, e para se obter um parâmetro, pode-se verificar na questão de gasto em saúde pública que o Brasil está muito distante de outros países, inclusive alguns da América do Sul, conforme o gráfico a seguir demonstra⁵⁷⁹. Fonte: Ministério da Saúde.

Tabela 4 – Indicadores de gasto nacional em saúde de alguns países – 2007

Pais	Gasto total em saúde como proporção do PIB (%)	Gasto geral do governo como proporção do gasto total em saúde (%)	Gasto total em saúde <i>per capita</i> (paridade do poder de compra) – dólares internacionais (US\$)	Gasto geral do governo <i>per capita</i> (paridade do poder de compra) – dólares internacionais (US\$)
Argentina	10,0	50,8	1.322	671
Austrália	8,9	67,5	3.357	2.266
Brasil	8,4	41,6	837	348
Canadá	10,1	70,0	3.900	2.730
Chile	6,2	58,7	863	507
Dinamarca	9,8	84,5	3.513	2.968
Espanha	8,5	71,8	2.671	1.917
Reino Unido	8,4	81,7	2.992	2.446

Olhando para o passado, não há dúvida de que houve grandes avanços na esfera do direito à saúde pública, a exemplo do SUS. Evidencia-se o progresso nas áreas de prevenção da saúde, no combate a doenças, nas campanhas que eliminaram o sarampo, em 2007; interromperam a transmissão da cólera, em 2005; da rubéola, em 2009; e a transmissão de Chagas, em 2006; além da redução de mortes e outras 11 doenças transmissíveis, como tuberculose, hanseníase, malária e Aids; destacando-se, ainda, o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU),

⁵⁷⁹ Ministério da Saúde. Plano Nacional de 2012-2015. PNS. p. 60. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf>.

que oferece resposta rápida à população⁵⁸⁰. Outros desafios mais recentes, como a redução e prevenção de doenças epidêmicas, revelam redução significativa em relação aos anos anteriores. De 1º de janeiro a 18 de fevereiro de 2017, casos de dengue caíram 90%; foram registrados dez mil casos de chikungunya, uma redução de 76% se compararmos com o mesmo período de 2016; Zika: 1.600 casos, uma queda de 97%⁵⁸¹.

No entanto, na integralidade dos serviços de saúde, a realidade vem demonstrando que o atendimento às necessidades não acompanha a demanda, e esse descompasso evidencia que os objetivos constitucionais de uma sociedade justa e equilibrada ainda estão longe de acontecer. O Sistema não é suficiente para o atendimento da forma idealizada pela Constituição de 1988, e deficiências de atendimento ocorrem a todo instante. Consta-se que o cidadão, ao recorrer ao sistema de saúde pública, seja nos ambulatórios ou hospitais públicos, muitas vezes deixa de ser atendido, ou ainda, devido ao tempo de espera, a medida passa a ser ineficaz, conforme se verifica em seguidas inserções veiculadas pela mídia⁵⁸².

⁵⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DOS SECRETÁRIOS DE SAÚDE. CONASS. **Para Entender o SUS**, op. cit., p. 28.

⁵⁸¹ G1 GLOBO.COM **Casos de dengue, zika e chikungunya diminuem em 2017 no Brasil**. Edição do dia 16/03/2017 22h16. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/casos-de-dengue-zika-e-chikungunya-diminuem-em-2017-no-brasil.html>>. Acesso em: 27 maio 2017.

⁵⁸² **Consulta pelo SUS demora até 3 anos**. “A diarista Nilza Brazão Brussolo, 54 anos, moradora de Londrina, Norte do estado, esperou dois anos por uma consulta com um reumatologista. Ela descobriu que tinha artrite depois de uma consulta no posto de saúde do bairro onde mora, mas o tratamento não prosseguiu. “Enquanto o atendimento não chega, vamos vivendo como Deus quer. Tomando analgésico, remédio para aguentar a dor quando ela ataca”, diz. Notícia publicada em 01.10.2013, por Maria Gizele da Silva, da sucursal de Ponta Grossa com a colaboração de Antoniele Luciano, da sucursal de Londrina, Paraná). Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1413002&tit=C...>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

Fila para Ortopedia em Curitiba tem 19.000 Pessoas. “A diretora do Departamento de Redes de Atenção à Saúde, da secretaria de Curitiba, Carmen Moura dos Santos, explica que até meados de 2014 o número de pacientes na fila de espera para a consulta era de 27 mil. Após uma reanálise da situação de cada um, ainda restaram 10 mil pessoas esperando consulta com um médico ortopedista. De 2014 para cá, mais nove mil pessoas ingressaram na fila – totalizando 19 mil indivíduos”. “Ao todo, o MP-PR tem três ações coletivas em andamento para averiguar a demora para consultas e cirurgias na especialidade”. Publicada em: 26.05.2015, 22:00, por Diego Antonelli. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/fila-para-consulta-de-ortopedia-em-curitiba-tem-19-mil-pessoas-3yi91v7u7dymelnj0jjvu4x3o>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

Saúde Já vai diminuir espera por exames e as filas de consultas de especialidades. “Um mutirão só para Exames Complementares, como Raio-X, ultrassonografia, ressonância, está previsto para 30 de março. Com uma fila de espera média de 24 meses, são 25.418 pessoas aguardando atendimento”. “No dia 6 de abril está programado também o mutirão para a área de Ortopedia. “Essa é a área que temos a maior demanda reprimida”, lembra Baracho. Há 25.405 pessoas na fila aguardando e o tempo médio de espera chega a 22 meses. No caso de cirurgia de cotovelo, a espera chega a 82 meses. O quinto mutirão programado será de cirurgia vascular. Com 11.098 pessoas aguardando atendimento, o tempo de espera costuma ser de 20 meses”. Notícia publicada em 21/02/2017 16:27:00. **Agência de Notícia da Prefeitura de Curitiba**. Disponível em: <<http://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/saude-ja-vai-diminuir-espera-por-exames-e-as-filas-de-consultas-de-especialidades/41282>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Nesse sentido, vale resgatar as reflexões de Norberto Bobbio, ao consignar que “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade”.

Assim, observa o autor, “quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”⁵⁸³.

Nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari, fica evidente a dificuldade que existe para a garantia do direito, quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito à saúde, “que depende daquele frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, quando há necessidade de reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento”⁵⁸⁴.

De acordo com o atual Ministro da Saúde, Ricardo Barros, em entrevista concedida ao programa Economia e Negócios, da Rede Record News em 24/04/2017, sobre saúde pública, “o problema é de gestão”. Segundo o Ministro, “no SUS muitos exames são desnecessários, enquanto muitas pessoas aguardam na fila para fazer exames”. Na sua fala, o Ministro reconhece três problemas a serem enfrentados: “encontrar a fórmula que equalize as prestações de saúde; qualificar os gestores, sendo que o problema não é generalizado, e sim, em alguns setores; visar à universalização das prestações”. A respeito do financiamento, para o Ministro, com uma gestão eficiente, o ideal seria aplicar 8% do PIB, que em sua versão representaria 500 bilhões de reais, valor suficiente para fazer frente às demandas de saúde pública no Brasil⁵⁸⁵. No entanto, comparando esse índice com os revelados na pesquisa do Ministério da Saúde, fica evidente o desequilíbrio na questão de recursos financeiros, e, além disso, a EC 95 demonstra que o caminho traçado para os próximos vinte anos é o inverso a essa afirmação.

Some-se a essas ponderações a realidade da corrupção sistêmica que vem sendo descortinada nos últimos anos no País. Constata-se que vultosas somas de

⁵⁸³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos...**, p. 15-16.

⁵⁸⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde...**, p. 60.

⁵⁸⁵ Conforme Ministro Ricardo Barros em entrevista para TV, concedida a Rede Record News de televisão, no programa Economia e Negócios, do dia 24 abr. 2017.

dinheiro público vêm sendo desviados para alimentar o clientelismo e o fisiologismo, entre outros interesses particulares de Ministros, Deputados, Senadores, Governadores, Prefeitos, entre outras esferas da Administração Pública, o que evidencia um grave problema na gestão e evasão dos recursos públicos. Nesse sentido, a constatação de que o público e o privado continuam a ser confundidos⁵⁸⁶. Corroboram para essas observações as veiculações pela mídia sobre a insatisfação com a prestação da saúde pública^{587, 588}.

Além disso, outro problema recente que tem sido observado em relação ao SUS, diz respeito ao aumento expressivo no número de pessoas que estão migrando para o sistema de saúde pública em razão de perda de emprego, e, conseqüentemente, privadas dos planos de saúde particular. Essa realidade tende a se agravar, aumentando ainda mais a defasagem no atendimento, que já está deficitário para atender a demanda⁵⁸⁹. Contudo, o financiamento não é todo o cerne da questão, pois de acordo com as notícias, fraudes e gerenciamento desqualificado

⁵⁸⁶ Conforme Sérgio Buarque de Holanda expressou sobre a confusão do público com o privado como herança cultural. HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.141-151.

⁵⁸⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. UOL **Lider de problemas a Saúde não mobiliza, não enche a Paulista**. “A saúde voltou a ocupar o lugar de onde nunca saiu de fato: a liderança dos principais problemas do país. Segundo pesquisa Datafolha publicada no domingo, 33% consideram a assistência médica a grande falha do país e 16%, a corrupção, que neste último ano havia ocupado o topo do ranking. Não que neste período a saúde tenha melhorado. Ela só foi ofuscada momentaneamente pelo impeachment de Dilma Rousseff (PT) e pelas inúmeras denúncias de desvios de recursos públicos que vieram à tona com a Operação Lava Jato. De resto, a coisa continua de mal a pior. Faltam medicamentos, alguns básicos, em toda a rede de saúde, vários serviços estão reduzindo atendimento, as filas de espera por cirurgias eletivas estão a perder de vista. Sem contar as arboviroses (dengue, zika e chikungunya) que neste ano devem bater recorde histórico, ultrapassando a marca dos 2 milhões. Isso tudo em momento em que as pessoas estão perdendo o emprego (e, conseqüentemente, seus planos de saúde) e indo bater na porta do SUS. Como desgraça pouca é bobagem, há também o temor com os impactos do congelamento de investimentos federais no SUS ao longo dos 20 anos de vigência da PEC 55”. COLLUCCI, Cláudia. Notícia de 13 12 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2016/12/1840770-lider-dos-problemas-saude-nao-mobiliza-nao-enche-a-paulista.shtml>>. Acesso em: 17 maio 2017.

⁵⁸⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. CÂMARA NOTÍCIAS. Veiculada em 08 01 2015, 10:56. **Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes**. “Gestão e financiamento são alguns dos principais problemas do SUS, segundo especialistas; proposta de iniciativa popular em tramitação na Câmara destina pelo menos 10% das receitas correntes brutas para a saúde, o que teria representado R\$ 41 bilhões a mais em 2014. Saúde é uma das principais preocupações do brasileiro e também um dos maiores desafios dos governantes que assumiram em 1º de janeiro. Em um levantamento do Ministério da Saúde para atestar a qualidade do Sistema Único de Saúde (SUS), a média nacional ficou em 5,5, em uma escala de 0 a 10”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 17 maio 2017.

⁵⁸⁹ Conforme notícia veiculada pela mídia em 16 de maio de 2017: “SUS recebe quase 2 mil novos dependentes por dia em São Paulo”. Disponível em: <<http://www.scoopnest.com/pt/user/GloboNews/864610783677886464>>. Acesso em: 17 maio 2017.

são fatores que contribuem para o *déficit* da prestação pública da saúde no Brasil⁵⁹⁰, conforme visto.

Todos esses aspectos aqui referidos servem para explicar a judicialização da saúde no Brasil. Pode-se concluir, então, a partir de tudo o que foi citado até aqui, que, quando a estrutura do Poder Público não consegue atender de forma eficiente a demanda do cidadão pela via administrativa, frustrando a fruição de um direito constitucionalmente garantido, é possível reivindicar esse direito subjetivo do cidadão pela via judicial.

Portanto, conforme Adriana da Costa Ricardo Schier aponta, “há uma dimensão subjetiva nos direitos sociais prestacionais, e, nessa medida, é inevitável admitir que os cidadãos possuam direitos em face do Estado, e que, por isso mesmo, podem pleitear perante o Judiciário o seu reconhecimento”⁵⁹¹. De acordo com a autora, trata-se de direitos consagrados e não “meras expectativas de direitos”⁵⁹². Nesse sentido, destaca-se a importância da judicialização, que vem atuando fortemente a favor dos cidadãos e usuários de planos de saúde, público ou privado, na busca pela efetivação do direito fundamental à saúde.

Ainda que a Constituição determine amplamente a prestação da assistência à saúde, “não basta apenas declarar que todos têm direito à saúde”, é indispensável que os poderes do Estado assegurem efetivamente a cada pessoa o seu direito, observa Sueli Gandolfi Dallari⁵⁹³. Aliás, essa é uma observação de 1988, e ainda válida para os dias atuais. Nesse contexto, pode-se concluir que o direito fundamental à saúde é um direito do cidadão e dever de prestação pelo Poder Público, perfeitamente consolidado pela Constituição e Leis infraconstitucionais e com diretrizes bem delineadas. No entanto, as ações e serviços de saúde ainda não conseguem abarcar a universalidade consagrada pela Carta de 1988, nem a integralidade na forma prevista. E, no que se refere à igualdade, frise-se que “em

⁵⁹⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. “Para especialistas, no entanto, o problema da saúde no Brasil não é apenas de financiamento, mas também de gestão dos recursos. ‘Não há gestão qualificada. Há fraude, há corrupção. Isso precisa ser resolvido e se resolve com um gerenciamento competente e também com um financiamento adequado’, defende o médico Roberto Luiz d’Ávila, ex-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM)”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 17 maio 2017.

⁵⁹¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público...**, p. 179.

⁵⁹² *Ibid.*, p 179-180.

⁵⁹³ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde...**, p. 60.

saúde as desigualdades sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, e reconhecer a possibilidade de redução dessas desigualdades é garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos”⁵⁹⁴.

Evidente que o atendimento das necessidades humanas implica nas possibilidades reais de prestação pelo Poder Público, de acordo com a realidade socioeconômica, no entanto, as prestações que fazem parte do mínimo existencial, sem o qual estará violada a dignidade humana, são constitucionalmente exigíveis, portanto, não se trata de uma opção, conforme visto no ponto 2.2. Desse modo, “as políticas públicas têm de contribuir com uma eficácia mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição”, caso contrário, não apenas se está fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos, pois, como já se observou nesse estudo, tais recursos são sempre escassos em face das necessidades existentes⁵⁹⁵.

No entanto, os problemas de gestão e financiamento coexistem e necessitam de uma revisão urgente, mas, ao mesmo tempo, é urgente a necessidade de extirpar a corrupção que assalta os cofres públicos e traz o atraso ao desenvolvimento do País. Não é tarefa fácil! Nesse contexto, a respeito da expressão contida da introdução da Carta dos Direitos Humanos, “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos”, oportuno mencionar o comentário de René Ariel Dotti: “aquela grave e solene advertência, grafada na experiência milenar, ainda continua valendo passados os séculos”⁵⁹⁶.

Portanto, repensar o direito social à saúde como garantia efetiva ao cidadão, estabelecido na Declaração Universal e definido pela Constituição Federal de 1988, é uma necessidade, pois somente no momento em que se alcance um nível de atendimento que assegure prestações de forma a garantir uma vida com qualidade e dignidade para todos, é que se poderá efetivamente acreditar em uma sociedade justa e equilibrada, como preconiza a Carta Magna, deixando de ser visto o direito à saúde, para muitos que não conseguem obter um atendimento adequado, como uma garantia simbólica.

⁵⁹⁴ TEIXEIRA, Carmem, op. cit.

⁵⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas...**, p. 24.

⁵⁹⁶ DOTTI, Rene Ariel, op cit., p. 160.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propôs analisar o direito fundamental social à saúde a partir dos ideais dos direitos humanos, como parâmetros de ética e moral universal, que, ao serem reconhecidos como direitos universais e recepcionados e positivados pelas Constituições, formam a base dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, verificou-se que o direito fundamental à saúde foi amplamente prestigiado a partir dos dispositivos da Declaração Universal das Nações Unidas, cujos axiomas, sustentados pelo princípio da dignidade humana, contribuíram decisivamente para uma nova consciência mundial de respeito e solidariedade ao ser humano.

As premissas da Declaração Universal lançaram reflexos em várias esferas, propiciando o surgimento de organizações segmentadas, e, entre essas, a Organização Mundial da Saúde, que imprimiu um novo olhar para a saúde. Tal compreensão implica numa visão multidisciplinar que envolve a realização das necessidades humanas, conjugada com qualidade de vida, abarcando o homem em suas necessidades físicas, psíquicas e sociais.

No contexto da realização dessas necessidades, que implicam bem-estar e vida equilibrada, destaca-se a realidade dos menos favorecidos, cuja fragilidade denota a importância de promover as condições necessárias para todos, impondo o compromisso do Estado para prestar ações de políticas públicas de bem-estar, de modo a oportunizar vida digna para todos. Nesse sentido, constata-se a existência de forte arcabouço jurídico na promoção dos direitos fundamentais, consagrados nas Constituições.

Na ordem constitucional brasileira, esse compromisso foi abraçado pela Constituição de 1988, que contemplou amplamente os direitos fundamentais, prestigiando a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Voltando-se diretamente para a necessidade da promoção de bem-estar, a Carta assegurou os direitos sociais (art. 6º), e a necessidade de intervenção estatal para minorar as dificuldades do cidadão carente de recursos ao acesso a esses direitos, estendendo essa proteção também para a saúde (art. 196), como um direito para todos; em toda a doutrina pesquisada verifica-se o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como garantia de bem-estar para todos.

Nesse sentido, a Constituição determinou, taxativamente, a garantia do direito fundamental à saúde, materializado pela criação do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198). Definindo os princípios vetores da saúde pública, a Carta estabeleceu o dever de realização de ações públicas voltadas para reduzir o risco de doenças, com acesso universal e igualitário, visando “serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, além de outras diretrizes (art. 198 da CF/1988 e incisos).

Na análise das diretrizes que orientam o SUS transparece essa preocupação que abarca desde a normatização, organização, funcionamento e financiamento, oferecendo uma resposta firme para atender as necessidades sociais de saúde, de forma ampla. Inclusive, o SUS é considerado modelo para outros países, na estrutura de ações e políticas de saúde. Percebe-se que as diretrizes da Constituição se alinharam ao entendimento da OMS ao definir ações de saúde de forma ampla, tais como a promoção e fiscalização de saneamento básico, fiscalização e controle de meio ambiente, controle de epidemias, nutrição etc. Dentre as diretrizes do SUS, observa-se que a integralidade contempla necessidades que dizem respeito à qualidade de vida, de forma ampla e complexa. Entretanto, verifica-se, também, que tal complexidade envolve altos custos, e a necessidade de proporcionar o mínimo necessário para uma existência digna aos que necessitam, muitas vezes, encontra óbice na reserva do possível.

Considerando que a realidade vem revelando que muitas necessidades na seara da saúde deixam de ser atendidas pelo Poder Público, buscou-se, neste estudo, encontrar subsídios para responder à questão: o direito à saúde é uma realidade ou uma garantia simbólica?

Tomando como base os registros encontrados, efetivamente, é evidente que os números de atendimentos realizados pelo SUS abrangem um enorme contingente de pessoas necessitadas, são expressivos, e significa que o sistema funciona. Não há como negar essa realidade, uma vez que a todo o momento centenas e milhares de pessoas são atendidas pelo sistema de saúde pública, desde atendimentos simples aos mais complexos.

Por outro lado, não há como desconsiderar que o sistema não dá conta de atender toda a demanda. Conforme destacado neste estudo, ocorrem com frequência casos de falta de atendimento, ou, muitas vezes, a demora nas filas de espera para algum procedimento é tão grande, que quando ocorre já não surte mais efeito.

Os problemas são de várias ordens, e com base nas pesquisas e informações obtidas, foi possível elencar algumas observações pontuais.

Conforme mencionado pela Fundação Oswaldo Cruz, observou-se que o sistema enfrenta sério problema de gestão e subfinanciamento. Segundo os profissionais da área, a diretriz da integralidade aos atendimentos de saúde, prevista em lei, abre um leque muito grande de serviços, que exigem recursos financeiros, atualmente insuficientes para fazer frente a todas as demandas. Nessa questão, relevantes as observações dos órgãos ligados à saúde sobre a EC 95, que regula os gastos para os próximos vinte anos, e que, segundo os prognósticos do setor, aumentará ainda mais o *déficit* das finanças nessa matéria. Portanto, na seara da saúde, em relação ao SUS, percebe-se que, talvez, deva-se rever toda a estrutura de ofertas de serviços no sentido de readequar às possibilidades, tanto de prestação propriamente ditas, como financeiras⁵⁹⁷.

Outro ponto importante detectado revela a necessidade de um gerenciamento mais eficiente. Nesse sentido, como o Ministro da Saúde admitiu, recentemente, na entrevista acima mencionada, há um *déficit* de gerenciamento, fato que impõe medidas para sanear essa questão. Portanto, as evidências revelam situações deficitárias na gestão do SUS, que vão além do problema de financiamento.

Nessa perspectiva, têm sido reveladas contradições e lacunas entre o aparato legal e normativo do SUS e a execução de políticas de saúde, pois, conforme se verifica, “há sucateamento do sistema devido, não só ao subfinanciamento, mas, também, devido à indisponibilidade de trabalhadores, falta de medicamentos nas unidades e dificuldade de acesso dos usuários do serviço”⁵⁹⁸. Todas essas informações merecem ser revisadas para um melhor desempenho do sistema e otimização dos recursos.

Soma-se a esses fatores a realidade econômica do País, que tem promovido alto índice de desemprego, fato notório e que vem forçando expressivo aumento de pessoas a migrarem de planos privados para o SUS, aumentando ainda

⁵⁹⁷ Essa é uma tendência em outros países, a exemplo do que tem sido noticiado nos Estados Unidos, e também na Inglaterra, que estudam a possibilidade de reduzir as ofertas nas prestações públicas de saúde.

⁵⁹⁸ D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A Efetivação do Direito à Saúde e sua Interface com a Justiça Social. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 17, n. 3, p. 15-38, mar. 2017. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772/124770>>. Acesso em: 01 maio 2017.

mais o descompasso entre a demanda e as possibilidades de oferta de serviços. Na realidade, os serviços de saúde do SUS não conseguem atender a todos, da forma idealizada, como já se adiantou.

Considerando que a palavra saúde designa situação de bem-estar e equilíbrio, além da ausência de doença, como se destacou neste estudo, importa lembrar que ninguém pode ser, individualmente, responsável por sua saúde, uma vez que depende tanto de características individuais, físicas e psicológicas, como do meio social e econômico, e também, dos que conduzem a vida política.

Conforme já se afirmou, a estrutura jurídica em matéria de saúde é robusta, mas pensar a saúde como direito de todos é uma tarefa complexa. Na reflexão de Sueli Gandolfi Dallari, percebe-se que “a palavra direito designa uma situação muito mais ampla do que a lei, e que se busca por meio do Estado Democrático de Direito aproximar essa palavra com a noção de justiça”, exigindo além de ações efetivas do Poder Público, a participação popular para a sua realização⁵⁹⁹.

Desse modo, para que se possa garantir o direito à saúde de forma efetiva, “é preciso que essa expressão tenha o mesmo sentido para todas as pessoas”, ou seja, para os parlamentares, para os gestores públicos, para os operadores do direito, e para as pessoas da comunidade em geral⁶⁰⁰. Fala-se aqui de amadurecimento político, social e individual na questão da saúde.

Nesse contexto, entende-se que a concretização da saúde no Brasil não depende apenas da lei, mas de um conjunto de fatores, dentre os quais, com base neste estudo, pode-se apontar: uma readequação das ofertas de prestação de serviços conforme as reais possibilidades de prestação; um gerenciamento adequado do sistema de saúde pública; o cumprimento dos deveres de cidadania, desde a ausência da sonegação de impostos à erradicação da prática da corrupção, e um maior controle dos entes públicos, e, também das instituições privadas para que não haja malversação dos recursos públicos.

Portanto, entendeu-se, no presente estudo, que o conjunto desses fatores representa algumas das condições de melhoria que poderão ser revertidas a favor de

⁵⁹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Conteúdo do Direito à Saúde**. O Direito Achado na Rua. Módulo 1. Disponível em: <http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁶⁰⁰ Id.

prestações de saúde mais efetivas. Em suma, conclui-se que tais ações práticas resultarão no amadurecimento necessário para proporcionar saúde para todos, como determinou a Constituição Federal de 1988, o que permitirá afirmar que o direito à saúde é uma garantia plena e efetiva de dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad Judicial de los derechos sociales*. Artigo. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-e-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio A. da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Fábio Portela. *Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL)*. Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 681-688, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10352>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANTONELLI, Diego. Fila para Ortopedia em Curitiba tem 19.000 pessoas. *Gazeta do Povo*. Publicada em: 26/05/2015, 22:00. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/fila-para-consulta-de-ortopedia-em-curitiba-tem-19-mil-pessoas-3yi91v7u7dymelnj0jjvu4x3o>>. Acesso 12 jun. 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Conceito de Serviço Público no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

ATIENZA, Manuel. *El Sentido Del Derecho*. 4. impr. Barcelona: Ariel, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e Supremacia do Interesse Público. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica*. Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Salvador: *Revista Diálogo Jurídico*. n.15, jan./2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Ricardo (Ministro). Entrevista concedida no programa Economia e Negócios na Rede Record News de Televisão, em data de 24 abr. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

_____. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2015

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 11. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 07 out. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOROWSKI, Martin. *La Estructura de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Emenda Constitucional 29/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>>.

BRASIL. Lei Complementar 141/2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/LCP/Lcp141.htm>>

BRASIL. Lei 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>

BRASIL. Lei nº 8.987/95. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L8987compilada.htm>>

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011. p. 25. Disponível em: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

BREYNER, Frederico Menezes. Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais Prestacionais: Mecanismos Processuais e Eficiência Administrativa. *Revista da Doutrina TRF4*, ed. 76. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

CABRITA, Isabel. *Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento*. Coimbra: Almedina, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASOS de dengue, zika e chikungunya diminuem em 2017 no Brasil. *G1 globo.com* Edição do dia 16/03/2017 22h16. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/casos-de-dengue-zika-e-chikungunya-diminuem-em-2017-no-brasil.html>. Acesso em: 27 maio 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. p. 37. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.) *Direito Constitucional Brasileiro, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Para Uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. *Governo Democrático e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COLLUCCI, Cláudia. Líder de problemas, a Saúde não mobiliza, não enche a Paulista. *Folha de São Paulo*. UOL. Notícia de 13 12 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2016/12/1840770-lider-dos-problemas-saude-nao-mobiliza-nao-enche-a-paulista.shtml>. Acesso em: 17 maio 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Judith Martins. A Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos: a segurança como critério de confiança. *Revista CEJ*. Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 10-120.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Rev. Saúde Pública*. S. Paulo, 22:57-63, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Uma Nova Disciplina: O Direito Sanitário. *Rev. Saúde Pública*. São Paulo, 22 (4):327-34, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: fev. 2017.

_____. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, Brasil, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008, p. 10. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. *O Conteúdo do Direito à Saúde*. O Direito Achado na Rua. Módulo 1. Disponível em: <<http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>>. Acesso em: 18 abril 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHARTZ, Germano (org). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A Efetivação do Direito à Saúde e sua Interface com a Justiça Social. *Revista de Direito Sanitário*, Brasil, v. 17, n. 3, p. 15-38, mar. 2017. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772/124770>>. Acesso em: 01 maio 2017.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 191, p. 26-39, Rio de Janeiro, 1993.

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Notas da legislação brasileira. 3. ed. São Paulo: Lex, 2006.

ESPINOZA. Danielle Sales Echaiz. Do Mínimo ao Máximo Social: Divergências na doutrina Brasileira Acerca do Mínimo Existencial. *Direitos fundamentais III*. ISBN: 978-85-5505-181-4. Brasília: CONPEDI. 2016. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 20 mar. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Legado da Revolução. *Síntese Revista de Filosofia*. FAJE Faculdade Jesuíta de filosofia e Teologia. v.16. n. 47. 1989, p. 08. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1755/2082>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009.

_____. A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. *Dissertação de mestrado*. Universidade de Itajaí. UNIVALI. Itajaí, 2007. p. 119-148. Disponível em: <<https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/1535/1/Narbal%20Antonio%20Mendonca%20Fileti-parte1.pdf>>. Acesso em: 20 ago.2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Edição n. 03 de 2001. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2001/03/-sumario?next=5>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Pense Mais Sus*. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/sus>>. Acesso em: 06 maio 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Trad. Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado Social*. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales. Madrid: Rógar, 2002.

GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo? In: PIOVESAN, Flávia (coord.) *Direitos Humanos*. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

HABERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: SARLET, Wolfgang Sarlet (org.). *Dimensões da Dignidade*. Ensaios de Filosofia do

Direito e Direito Constitucional. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A Discrecionariiedade Administrativa entre as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35.p. 313-343. jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/Documents/in/Direitos_Fundamentais_Sociais>. Acesso em: 14 abr. 2017.

HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvenición de los Derechos Humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa América, 2003.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO Trata Brasil. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/o-que-e-saneamento>>. Acesso em: 23 maio 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos Prestacionales e Interés Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo*

e *Interesse Público*. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Vico Denis S.; DONATO, M. R. O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo. *Revista Crítica Histórica*. Ano II, nº 4, Dezembro /2011 ISSN 2177-9961. Disponível em: <<http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/18/>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Biblioteca Virtual em Saúde. *Sus: A Saúde do Brasil*. Coleção Institucional. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf. Acesso em: 19 jun. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Saúde*. Relatórios 2012-2015. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *A Dignidade da pessoa Humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Edit., 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional*. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. f 390. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2006. p. 127-128.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>.

PEC 55 é "erro histórico" que provocará "retrocesso social". *Carta Capital*. Política. 09/12/2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/pec-55-e-erro-historico-que-provocara-retrocesso-social-diz-onu>>. Acesso em: 26 maio 2017.

PEREIRA, A. L. F. As tendências pedagógicas e a prática educativa nas ciências da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, p. 1527-1534, 2003.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009. Disponível em: <http://200.17.203.155/index.php?codigo_sophia=257478>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 37. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-7791>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clemerson M. *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.17-36.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos en la Sociedad Global. REDESC. *Revista Direitos Emergentes*. Universidade Federal de Santa Maria. v. 2, n. 1, jan.jun/2013, p. 187-196. Disponível em: <www.ufsm.br/redesg>. Acesso em: 27 fev. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y Sus Garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à Saúde*. Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POTRICH, Felipe Bittencourt. *Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus Limites*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/>. Acesso em: 06 set. 2015.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO. Pesquisa. *O Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais Sociais*. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. PIDESC. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>. Acesso em: 25 fev. 2017.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010, p. 57. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direito de Todos e para Todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SAMPAIO, José Adercio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS FILHO, Sebastião David et al. *Saúde, saúde pública e qualidade de vida: avaliação do interesse da comunidade científica*. Artigo. RBCEH. Passo Fundo. RS. v. 4, n. 2, p. 23-30, jul/dez.2007. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/142/114>>. Acesso em 12 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos Fundamentais Sociais. “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

_____. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador: Bahia. Instituto Brasileiro de direito Público IBDP. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, p. 8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Dignidade da (Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/ TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29 - 44, nov. 2013. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humanos e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente e Possível*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, setembro/ outubro/novembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-15-setembro-2008-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. p. 119 e seguintes. Disponível em: <<http://www.direitodoesta.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 20 set. 2016

_____. *Regime Jurídico dos direitos fundamentais Sociais na Constituição (parte I)*. In: AJURIS. Public.15 ago 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2016/08/15/28547/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. p. 8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

_____. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Revista da doutrina TRF4*. Publicado na edição 24, de 02/07/2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 20 ago. 2015

SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAÚDE já vai diminuir espera por exames e as filas de consultas de especialidades. *Agência de Notícia da Prefeitura de Curitiba*. Notícia publicada em 21/02/2017, 16:27:00. Disponível em: <<http://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/saude-ja-vai-diminuir-espera-por-exames-e-as-filas-de-consultas-de-especialidades/41282>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

SAÚDE pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes. “Gestão e financiamento são alguns dos principais problemas do SUS”. Câmara dos Deputados. *Câmara Notícias*. Veiculada em 08/01/2015, 10:56. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias>. Acesso em: 17 maio 2017.

SAVASTANO, Helena. Abordagem do binômio saúde-doença e do conceito de personalidade no ecossistema: implicações em saúde pública. *Revista Saúde Pública* [online]. 1980, vol.14, n.1, pp.137-142. ISSN 1518-8787. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101980000100011. Acesso em: 18 mar. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Verba Iuris. Artigo. UFPB. Paraíba. a.4, n.4, jan./dez 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço Público Como Direito Fundamental: Mecanismo de Desenvolvimento Social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (org.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo*. Novas Perspectivas Para O Desenvolvimento Econômico e Socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 285-296.

_____. *A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Serviço Público. Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-26-maio-2011-paulo-schier.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDAE)* Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, outubro/novembro/ dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. *Direitos Fundamentais e Reserva do Possível: Dilemas no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 113-114. Disponível em: https://www.academia.edu/32102146/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_RESERVA_DO_POSSIVEL. Acesso em: 06 abr. 2017.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça. A prática da Democracia*. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Mercados Justiça e Liberdade*. In: *A História é Amarela. Uma antologia de 50 entrevistas da mais prestigiosa seção da imprensa brasileira*. São Paulo: Abril, 2017. p. 313.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Maria Gizele da; LUCIANO, Antoniele. Consulta pelo SUS demora até 3 anos. *Gazeta do Povo*. Notícia publicada em 01.10.2013, por Maria Gizele da Silva, da sucursal de Ponta Grossa com a colaboração de Antoniele Luciano, da sucursal de Londrina, Paraná. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1413002 &tit=C....>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. cap. 4

SIMIONI, Ariane. *O Direito Humano e Fundamental à Saúde no Brasil e em Portugal*. II Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. Unisc, 2015. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13238/2395>. Acesso em: 14 dez. 2016.

SISTEMA Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS 2015). Estudo Trata Brasil “Ranking do Saneamento – 2015”. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>. Acesso em: 23 maio 2017.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

STJPR. <<https://www.tjpr.jus.br/consultas>>.

STF. <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

STF. ARE 745745 Agr / MG - Minas Gerais. *Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo*. relator(a): Min. Celso de Mello. julgamento: 02/12/2014 órgão julgador: segunda turma. publicação processo eletrônico. dje-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014.

SUS RECEBE quase 2 mil novos dependentes por dia em São Paulo. *Globonews*. Notícia veiculada pela mídia em 16 de maio de 2017: Disponível em: <<http://www.scoopnest.com/pt/user/GloboNews/864610783677886464>>. Acesso em: 17 maio 2017.

TANCREDI, Bernardini Francisco; BARRIOS LÓPEZ, S. R.; FERREIRA G., Henrique José. Planejamento em Saúde: Um Conceito Ampliado de Saúde. In: *Saúde e Cidadania*. Manual. Livro 2. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/index.html>. Acesso em: 31 nov. 2015.

_____. O Conceito de Saúde e do Processo Saúde e Doença. In: *Saúde e Cidadania*. Manual. Livro 1. Disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/index.html. Acesso em: 31 nov. 2015.

TEIXEIRA, Carmem. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1338665>>. Acesso em: 20 maio 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Centro de Direitos Humanos. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/05_manual_saude.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

WHO – Constitution World Health Organization (Organização Mundial de Saúde). Disponível em: <<http://www.who.int/topics/en>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades. Artigo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 31 n. 122, mai-jul/1994. Acesso em: 07 set. 2015.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil: los caracteres generales del derecho constitucional actual*. Madri: Trotta, 2007.