XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direitos sociais, seguridade e previdência social I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-735-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

Apresentação

No XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em Porto Alegre nos dias 14, 15 e 16 de Novembro de 2018, o GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, tivemos no GT n. 1, uma vez que foram dois GTs para dar conta das dezenas de trabalhos aprovados, a apresentação dos 16 trabalhos aprovados. Estão contempladas as três áreas da Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social), bem como outros direitos sociais constantes no artigo 6º da Carta Maior de 2018, que completou 30 anos em 05 /10/88.

Fizemos, a seguir, uma breve sinopse destes trabalhos, todos de elevada qualidade, contribuindo ao processo de debate e reflexão crítica acerca dos direitos sociais nesta seara.

Vejamos:

No primeiro artigo "TRANSGENERIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: NOVOS HORIZONTES PARA SEGURADOS(AS) TRANS FRENTE ÀS MUDANÇAS JURÍDICAS NO CONTEXTO NACIONAL", de Beatriz Lourenço Mendes , José Ricardo Caetano Costa, os autores enfocam os reflexos das mudanças jurídicas civis recentes para as pessoas trans no campo previdenciário, a partir da possibilidade de mudança do prenome e gênero diretamente no cartório civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização e de autorização judicial, diante da ADIN n. 4.275, pelo STF, enfocando os reflexos desta nos direitos previdenciários.

No artigo "A (I)LEGALIDADE DO INDEFERIMENTO PELA AUTARQUIA FEDERAL DO BENEFICIO RURAL EM RAZÃO DO LABOR URBANO DO CONJUGE!, de Nisslane Magalhaes De Siqueira, a autora analisa a situação do trabalhador rural, que desenvolve seu labor em conjunto com o seu núcleo familiar, contudo face a escassez de recursos, um dos cônjuges desloca-se para centros urbanos aventurando melhores condições de vida, sem que isso implique na mudança dos demais membros da família, que continuam laborando no campo.

No artigo "A APOSENTADORIA ESPECIAL DO GUARDA CIVIL MUNICIPAL", de Luiz Gustavo Boiam Pancotti , Jesus Nagib Beschizza Feres, os autores analisam o direito

dos guardas municipais à aposentadoria especial, diante da omissão legislativa, enfocando o ajuizamento dos inúmeros Mandados de Injunção que foram impetrados visando a aplicação dos requisitos previstos na LC 51/85 que trata da aposentadoria dos policiais.

No artigo “A OPACIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO”, de Guillermo Rojas De Cerqueira César, o autor pretende compreender a tensão existente na concessão de benefícios através do fenômeno da opacidade do direito previdenciário, concluindo que a opção política é a manutenção da segregação informacional e esvaziamento do sistema previdenciário.

No artigo “A COERÊNCIA DO DIREITO AO ADICIONAL DE 25% EM OUTRAS ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM ATENDIMENTO À ISONOMIA DE TRATAMENTO AOS SEGURADOS”, de João Carlos Fazano Sciarini, o autor aborda a possibilidade de estender a outros benefícios previdenciários o acréscimo de 25%, já que a lei apenas assegura tal benesse a aposentadoria por invalidez, utilizando para tanto, da doutrina e jurisprudência, observando recente decisão do STJ.

No artigo “AUXÍLIO-RECLUSÃO: ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA”, de Joana Cristina Paulino Bernardes, a autora analisa o benefício do auxílio-reclusão, enquanto benefício previdenciário concedido ao conjunto de dependentes de segurado recolhido à prisão, avaliando as questões controvertidas que devem ser analisadas em relação a este benefício.

No artigo “A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A TERATOLOGIA DA TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS”, de Ana Paula De Jesus Souza , Augusto Cesar Leite de Resende, os autores buscam promover uma análise teórica acerca do direito à saúde na Constituição Federal, explorando os mecanismos de efetivação desse direito, apontando pela necessidade de implementação por meio de políticas públicas para a real concretização destes direitos.

No artigo “AS PRÁTICAS INTEGRATIVAS E COMPLEMENTARES DO SUS COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Maria Claudia Crespo Brauner , Rodrigo Gomes Flores, os autores objetivam analisar a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) como alternativa à judicialização do acesso à saúde pública à luz da bioética.

No artigo “AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL”, de Cássia Daiane Maier Gloger , Alan Peixoto de Oliveira, os autores buscam analisar as Políticas Públicas implementadas no Brasil em prol das Pessoas com Deficiência,

tendo como suporte a obra de Erus Roberto Grau, além da legislação constitucional e infraconstitucional que embasam as normas sociais inclusivas no Brasil.

No artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: INCLUSÃO E EXCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS”, de Leonardo Furian, é analisado o direito a um salário mínimo do artigo 203, V, da Constituição brasileira de 1988, aos deficientes ou idosos em situação de miserabilidade, pela perspectiva sistêmica e o meta-código inclusão/exclusão, questionando se essa “garantia” é suficiente para inclusão das pessoas.

No artigo “A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: O ANTAGONISMO DO CONCEITO ENTRE A LEI E A PRÁTICA”, de Joicemar Paulo Van Der Sand, o autor faz uma reflexão sobre o conceito de vulnerabilidade social, considerado requisito para a concessão do benefício de Prestação Continuada – BPC, pela Previdência Social, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

No artigo “UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO ECONÕMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À LUZ DO DIREITO AO MÍNIMO PARA EXISTÊNCIA CONDIGNA”, de Camila Arraes de Alencar Pimenta , Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães, as autores buscam investigar a aplicação do critério econômico previsto na Lei Orgânica de Assistência Social para a concessão do BPC, bem como os projetos de lei que propõem a sua alteração.

No artigo “DIREITOS SOCIAIS EM GERARDO PISARELLO: DESCONSTRUINDO MITOS E RECONSTRUINDO GARANTIAS”, de André Luís dos Santos Mottin, o autor utiliza a obra “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”, de Gerardo Pisarello, buscando analisar de forma crítica alguns dos “mitos” difundidos sobre os direitos sociais tendentes a mitigar a força histórica, axiológica, teórica e dogmática desses direitos.

No artigo “O DEBATE BRASILEIRO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES”, de Renan Zucchi , Matheus Felipe De Castro, os autores exploram o debate brasileiro sobre o custo dos direitos fundamentais sociais na Constituição vigente a partir de considerações atuais, para além do argumento econômico, destacando as tendências na relação indissociável entre a efetivação dos direitos fundamentais e os custos.

No artigo “O DIREITO À EDUCAÇÃO, MULTIMÍDIA E EVASÃO ESCOLAR”, de Sonia Maria Cardozo Dos Santos , Gilberto Tomazi, os autores investigram o uso da multimídia na Educação, como estímulo à frequência e diminuição da evasão escolar.

No último artigo apresentado, “O DIREITO ADQUIRIDO NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, de Cauã Baptista Pereira de Resende, o autor apresenta as noções jurídicas doutrinárias basilares acerca do instituto para uma melhor compreensão do tema, examinando os julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito adquirido na previdência complementar.

Certo que essas pesquisas, que resultaram nos excelentes artigos selecionados e apresentados neste GT 1, de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, contribuíram ao debate e aprofundamento destes direitos, desejamos a todos e todas uma ótima leitura e aproveitamento dos referidos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A TERATOLOGIA DA TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE TERATOLOGY OF THE TRAGIC CHOICES

Ana Paula De Jesus Souza [1]
Augusto Cesar Leite de Resende [2]

Resumo

O cerne ideológico do presente artigo tem o condão de promover uma análise teórica acerca do direito à saúde na Constituição Federal, explorando os mecanismos de efetivação desse direito. Assim, não obstante a sua magnitude do direito à saúde, os direitos fundamentais /sociais de cunho prestacionais positivos necessitam de implementação por meio de políticas públicas para a real concretização, todavia, nem sempre esses direitos são efetivados de forma satisfatória. Diante do denso cenário, propõe-se analisar a inconsistência ideológica que fundamenta a "teoria da escolhas trágicas, tese que hordienarmente tem sido utilizada como base teórica para obstaculizar o acesso à saúde.

Palavras-chave: Saúde, Políticas públicas, Eficácia, Escolhas trágicas, Orçamento

Abstract/Resumen/Résumé

The ideological core of the present paper is to promote a theoretical analysis about health rights in Brazilian´s Constitution, exploring effectiveness of this right. So, even though the importance of health rights, the positive performance of fundamental rights need public policies to became real, nonetheless, not always these rights are satisfied in a complete and satisfaction way. Due to this, the main proposition is to prove the ideological inconsistency that holds the "tragical choices theory", which is a thesis that has been used nowadays as a theoretical basis to hinder the health access.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Public policy, Oversight, Effectiveness, Tragical choices, Budget

[1] Advogada. Pesquisadora e mestranda da Universidade Federal de Sergipe.

[2] Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito. Especialista. Promotor de Justiça e Professor de Direito Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traduz em seu bojo aspectos essenciais para o real desenvolvimento social e individual de todos os cidadãos, inclusive, de forma expressa e ampla, o acesso direto à saúde. A norma prevista em seu art. 196 ensina que a saúde é um dever de todos com o fulcro de reduzir e promover um acesso universal e igualitário para toda a sociedade, o dispositivo constitucional tem um caráter democrático e institui um olhar social e humanitário em torno do planejamento estatal para a construção de políticas públicas a fim de garantir um acesso direto e universal do direito à saúde. Assim, o direito à saúde encontra-se expresso na Constituição Federal, sendo uma norma autoaplicável e de alcance direto de todos, ao qual encontra-se intrinsecamente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, apesar da sua aplicabilidade direta e integral, o direito à saúde pressupõe a sua aplicabilidade por meio do poder público, sendo indispensáveis as ações concretas, por meio de políticas públicas, para sua real efetivação. Destarte, ante a latente omissão estatal na implementação das políticas públicas surge um discurso embasado na "teoria das escolhas trágicas" que tem sido utilizado como fundamento obstaculizador do acesso à saúde.

O objetivo deste artigo é promover uma análise sobre a eficácia do direito à saúde e de como a teoria das escolhas trágicas pode limitar o acesso integral a esse direito de cunho singular.

Diante disso, o presente artigo contará com quatro seções e a conclusão. A primeira seção analisará a previsibilidade do direito à saúde e as inovações trazidas pela constituição federal de 1988. A segunda parte promoverá um estudo acerca do status garantido à saúde na constituição, como norma de duplo aspecto fundamental formal e material. Nessa perspectiva, a terceira seção disporá sobre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial assegurando uma construção teórica acerca dos fundamentos desses princípios que se inserem em linhas opostas no âmbito da concretização dos direitos sociais. Por derradeiro, a última seção discorrerá sobre a teoria das escolhas trágicas e a problemática acerca da eficácia do direito à saúde. A conclusão, em tese, apontará para a necessidade de se analisar a expansão da teoria das escolhas trágicas e como esse discurso pode se tornar um óbice para a eficácia do direito à saúde.

Ademais, o estudo será embasado em fontes primárias, como a Constituição Federal e, bem como, através de levantamento bibliográfico em livros e artigos científicos. Ressalta-se

ainda que o método de pesquisa utilizado será o dialético, buscando uma análise da eficácia integral do direito fundamental à saúde.

2. DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A magnitude da saúde é de inegável essencialidade para vida de todo ser humano, apesar da sua notória relevância, o conceito de saúde ainda passa por diversas e constantes mutações. A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946 definiu o conceito de saúde como "o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos", a referida conceituação, apesar de ser construída por órgão destinado a promover discussões sobre o tema, no âmbito jurídico, a referida conceituação encontra-se ultrapassada, haja vista que a doutrina afirma que a definição não abrange a condição de todos os seres humanos, e que a saúde não se compreende apenas com a ausência de doenças, esta se traduz de algo mais complexo, esse tipo de definição um tanto objetiva, não parece aceitável para uma condição tão subjetiva, atualmente, o conceito passou a analisar os aspectos subjetivos de cada ser humano. Nessa perspectiva, José Afonso da Silva (2006, p. 767), *in verbis*:

> O QUE É "SAÚDE" ?. Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável.

A análise da saúde, com um olhar subjetivo, retrata uma maior cautela diante da fundamentalidade deste direito, sendo necessário compreender a saúde com a evolução do ser humano em observância aos novos conceitos ideológicos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre tantas, a elevação do direito à saúde como norma fundamental. O propósito dessa promoção foi salientar a importância da saúde no âmbito jurídico, pois, sabe-se que, inexplicavelmente, saúde não era considerada como uma norma de abrangência fundamental. As constituições anteriores a 1988 tratavam o direito à saúde apenas no aspecto preventivo, preocupando-se apenas com questões genéricas sobre a proteção à saúde, assim, com a promulgação da referida Constituição, a saúde passou a ser resguardada como uma normal essencial e fundamental para a vida do ser humano.

A primeira constituição a reconhecer a saúde como norma fundamental foi a Constituição Italiana, que referendou a proteção a saúde com o direito do individuo e de interesse da coletividade, sendo a pioneira para que outras nações observassem a magnitude

do direito à saúde.

A Constituição brasileira prevê em seu art. 6º a saúde como o direito social e ainda dispõe de forma mais detalhada a sua definição e consecução em seu art. 196 e seguintes do Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 6º 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.

A construção evolutiva do direito à saúde como direito social denota a insurgência do Estado em expor de forma objetiva o direito saúde como normal basilar para vida e dignidade de qualquer ser humano, com fulcro em assegurar o dever do Estado em promover a prevenção e o reparo da saúde de qualquer cidadão, não obstante o patamar de direito social, o constituinte ainda expôs mecanismos claros e direitos de efetivação da saúde em seu art. 196, *in literis*:

> 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.

De fato, a previsão do referido artigo corrobora de forma mais contundente a relevância de meios de proteção ao direito à saúde.

> A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula " saúde é direito de todos", assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo "todos", que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrageiros residentes- aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualtário às ações e serviços de saúde –, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula " a saúde é dever do Estado", compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta. (SILVA, 2006, p.786):

É notório que a previsão constitucional traduz um norte de quais as ferramentas necessárias para a proteção a saúde em todos os aspectos, expondo com minuciosos e importantes detalhes para a guarita da saúde, assim, diante a sua elevada relevância, o constituinte buscou traduzir a sistematicamente o papel do Estado na efetivação do direito à saúde.

Destarte, para que haja a real e efetiva concretização do direito à saúde é necessário que se saiba quais os mecanismos básicos para a sua efetivação, a Constituição Federal também dispõe de meios de execução deste direito tão essencial, em seu art. 197 afirma, *in verbis*:

> 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.

A amplitude das ações concretas referentes à saúde foram concretizadas através do exposto no art. 197, ou seja, a execução dos mecanismos para a efetivação da saúde é de competência do Poder Público, com o dever de fiscalizar e controlar diretamente a sua execução, dispondo ainda a possibilidade de delegação dessa competência para terceiros, que podem ser caracterizadas como entidades públicas ou paraestatais autônomas e bem como as pessoas jurídicas de direito privado, sinalizando uma espécie de proteção ampla deste direito. Assim, não obstante a concretização da saúde ser de competência originária do poder público, a repartição poderá ser possível com intuito de ampliar a execução dos serviços relacionados à saúde e proteger a dignidade de toda a população.

Com análise concreta dos conceitos mencionados, percebe-se que a previsão expressa da saúde na Constituição Federal traduz um caráter preventivo, com políticas públicas referentes à prevenção de doenças e outros agravos, e, bem como, o caráter reparativo, com intuito de tutelar a dignidade do ser em estado de enfermidade. A análise de princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia foi de grande essencialidade para construção teórica destes conceitos previstos no corpo constitucional.

3. DIREITO À SAÚDE COMO NORMA SOCIAL/ FUNDAMENTAL

A Constituição Federal propaga no enunciado do seu art. 6ª uma série de direitos de cunho prestacionais, que visam afiançar garantias mínimas para todos os cidadãos, com prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, com vistas a promover a dignidade da pessoa humana. A inserção da saúde no título VII da Constituição Federal denota sua grande importância, no âmbito jurídico-político.

Não obstante a disposição do art. 6ª e sua imponência, o direito à saúde é dotado de uma grandiosa fundamentalidade, sendo a inegável a sua importância, tanto no âmbito prestacional com na sua essencialidade.

Destarte, apesar do direito à saúde ser contemplado como um direito fundamental de eficácia imediata, sendo a sua aplicabilidade de forma plena, conforme o art. 5º, § 1º da constituição, a eficácia das normas constitucionais depende de algumas ações concretas do poder público, sendo considerada assim uma norma de conteúdo programática. Em sentido amplo, o direito à saúde aduz a necessidade de consecução de medidas para proteção do direito à vida, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas e em sentindo estrito, o referido direito impõe a obrigatoriedade de fornecimento de materiais e serviços para os todos os cidadãos.

Os direitos sociais traduzem direitos positivos, prestações diretas por parte do Estado, e, bem como, direitos negativos, aos quais estabelecem direitos de defesa, não intervencionismo estatal ou ações negativas (SARLET, 2008, n.p).

Destarte, alguns direitos sociais são dotados de grande fundamentalidade, sendo considerados direitos sociais/fundamentais, haja vista o conteúdo de notória magnitude concentrado em sua norma.

Nessa ótica, leciona Ingo Sarlet (2008, n.p):

> Para além das observações que já indicam (mesmo que ainda não em toda a sua extensão) a complexidade e diversidade dos direitos sociais, é preciso, ainda que sumariamente, investir na discussão a respeito da própria fundamentalidade dos direitos sociais, ressaltando que também nesta esfera não há como adotar tese manifestamente divorciada do direito constitucional positivo brasileiro. Para este efeito, relembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.

Ademais, verifica-se que dupla fundamentalidade (formal e material) encontra-se sedimentada no direito à saúde, tendo em vista a necessidade de anteparo jurídico e social e bem como a disposição expressa na Constituição Federal.

Diante do exposto, a doutrina majoritária afirma que normas fundamentais, como a saúde tem força normativa própria, com total eficácia, devendo o poder público promover os meios e finalidades para a concretização dessas normas constitucionais de caráter

fundamental. Não obstante a imposição direta para a efetivação da saúde, a constituição é omissa quanto aos seus meios de efetivação das normas constitucionais referentes ao tema em questão, somente impõe ao Estado o dever de concretizar políticas públicas de forma discricionária.

O amparo legal do direito a saúde remete a idéia defendida por Luigi Ferrajoli, que propõe o estudo da igualdade jurídica com fulcro em reduzir as desigualdades sociais.

> La igualdad jurídica es, entonces, um principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta esse metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que «todos» son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones. (FERRAJOLI, 2004, p. 81).

Por esse ângulo, a ascensão do direito á saúde como norma de cunho fundamental denota uma necessidade de igualdade jurídica, considerando que as normas fundamentais precisam de efetivação e cooperação de todos os indivíduos e, bem como, de ações afirmativas do poder público.

As prestações positivas são de competência originária do poder público, todavia, tal fato não isenta a execução dessas ações por pessoas jurídicas de direito privado e ou por pessoa física. A constituição permite a assistência à saúde por meio de iniciativa privada, mediante contratos públicos ou convênios, com intuito em promover a assistência a saúde e resguardar a dignidade humana.

4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O direito à saúde propaga a necessidade direta de consecução de medidas para a sua proteção, como as organizações de instituições, serviços e ações direcionadas, e entre outros meios, o referido direito traduz a necessidade de fornecimento de materiais e serviços para os cidadãos titulares desse direito.

Todavia, não obstante a clareza do dispositivo constitucional, as normas de conteúdo programático, como a saúde, não podem coagir ao Estado a promover serviços que exorbitem da sua esfera econômica se o mesmo não dispõe destes recursos direitos para a concretização, devem-se observar quais os parâmetros e disponibilidade financeira do Estado sem deixar de

analisar os direitos fundamentais que cada de indivíduo possui. Destarte, a garantia do mínimo existencial e da reserva do possível garantem meios para a concretização desses direitos, levando em conta a realidade econômica e financeira do país.

A efetivação da saúde, na sua fase executória depende de ações concretas de entes estatais ou órgãos previstos na Constituição Federal, assim, diante do impasse de como concretizar tais ações, surge o princípio da Reserva do Possível, que foi propagado no cerne de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no ano de 1972 onde se discutiu quais os parâmetros para dispor de recursos públicos, tendo como análise a razoabilidade, o conteúdo da referida decisão pugnou pela análise dos interesses coletivos em prol do princípio da Reserva do Possível (NOVELINO, 2015, p.521).

Com efeito, percebe-se que, não obstante a clareza do dispositivo constitucional, a concretização da saúde depende exclusivamente de disponibilidade financeira de cada ente federativo, haja vista se tratar de direitos fundamentais de cunho positivo, que exigem prestatividade estatal. Destarte, a ingerência da Reserva do Possível se insere como uma limitação fática para a execução dos direitos fundamentais de cunho prestacional que e dependem de medidas financeiras.

Percebe-se que, o princípio da Reserva do Possível limita a prestação econômica-finaceira dos entes federativos, haja vista que se torna completamente inviável que o Estado promova ações concretas à todos os indivíduos, de forma demasiada, é necessário compreender que os limites financeiros com base na razoabilidade.

A Reserva do Possível dispõe de uma tríplice dimensão, a) a disponibilidade fática, ao qual se insere como o poder econômico financeiro do Estado, tendo em vista que, por vezes, os entes passam por escassez de recursos, o que acarreta uma série de prejuízos aos cidadãos que dependem da atividade prestacional do Estado, tornando-se bastante onerosa, o que pode se tornar um verdadeiro impasse para implementação destes direitos fundamentais/sociais, b) a disponibilidade jurídica, estando estritamente ligada a disposição de recursos que foram autorizados pelo poder judiciário, levando em conta o orçamento do Estado, e por fim, c) a razoabilidade e proporcionalidade, com a análise estrita destes princípios, observa-se que para que se possa exigir medidas diretas é necessário que haja observância no orçamento estatal e bem com nos interesses coletivos, haja vista que o Estado deve tutelar o interesse comum (NOVELINO, 2015, p. 522).

A tríplice dimensão assegura que a prestação dos direitos fundamentais de conteúdo prestacional, sejam efetivados de acordo com a realidade econômica de cada Ente Federativo,

com fulcro de dispor dos recursos públicos de forma sistemática, com observância dos fatores limitadores em prol da coletividade.

Não obstante a consolidação da teoria da reserva do possível no Brasil, é imprescindível compreender que os direitos fundamentais são normas de núcleo rígido, calcados na dignidade da pessoa humana. Assim, conforme aduz Andreas Krell, a o nascimento do referido princípio é "fruto de um Direito Constitucional comparado equivocado" (KRELL, 2002, p. 51), considerando que o direito à saúde é tão emergente a ponto de, caso seja necessário, autorizar que o Estado promova um maior investimento com fulcro de garantir o integral acesso a este direito.

O Mínimo Existencial consiste na priorização da prestação dos direitos sociais fundamentais de cunho prestacional. A primeira discussão também sobre o tema foi no Tribunal Federal Administrativo de 1953, na Alemanha, onde a análise das questões relacionadas a prestatividade estatal deveriam ser fundadas com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Consoante Novelino, o mínimo existencial é um "conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis", nesse sentido, os direitos fundamentais que se relacionam estritamente com a dignidade da pessoa humana com fulcro em assegurar garantias mínimas aos cidadãos devem ser implementados com maior primor.

Destarte, leciona Torres (1989, p.35):

> O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus,* sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

Nesse espeque, o mínimo existencial deve ser compreendido como garantias com conceitos mutáveis, que se alteram de acordo com os anseios de cada indivíduo, levando em consideração a cultura, sociedade e todos os fatores extrínsecos.

O mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo vital, pois, não obstante a sua importância, o mínimo vital se caracteriza como a garantia de vida humana, de uma forma estrita, sem analisar os fatores extrínsecos, com dignidade, bem estar e entre outros, já o mínimo existencial impõe a observância de todos os fatores que reverberam na plenitude de uma vida digna (SARLET, 2008, n.p).

Notadamente, o mínimo existencial tem o condão de assegurar a concretização de direitos sociais que refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, não obstante a sua

relevância, a doutrina não é uníssona em afirmar que há real garantia que para tais direitos não sejam invocados o princípio da reserva do possível.

A propósito, ensina Novelino. (2015, p.523-524):

> De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro lado, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível.

A controvérsia doutrinária acerca da matéria conduz uma análise sobre a essencialidade de poder contar com o mínimo existencial para garantir a prestação de direitos sociais ligados a uma vida condigna e a sua barreira fática por meio da Reserva do Possível onde se é necessário verificar as limitações econômicas e financeiras de cada ente federativo tendo como escora a proporcionalidade e a razoabilidade.

De modo contrário, assevera Hachem, Bacellar Filho (2013, p. 228):

> Independentemente da inexistência de qualquer lei disciplinadora dos direitos econômicos e sociais, é inquestionável a necessidade de inserir na esfera de aplicabilidade imediata o mínimo existencial, o qual se tornou o mínimo denominador comum da doutrina brasileira em matéria de justiciabilidade de direitos fundamentais sociais. As prestações estatais positivas destinadas à satisfação de direitos fundamentais sociais que integrem o mínimo existencial serão sempre exigíveis perante o Judiciário por meio de qualquer instrumento processual, de forma definitiva, e independentemente de regulamentação legislativa, previsão orçamentária, disponibilidade financeira ou existência de estrutura organizacional do Poder Público para atendê-las.

Destarte, não obstante a limitações da Reserva do Possível, constata-se que os direitos sociais e fundamentais que objetivem a promoção da dignidade humana podem ser requeridos através do poder judiciário de forma abrangente, haja vista a indisponibilidade destes direitos.

5. A "TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS" COMO OBSTÁCULO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Malgrado a aplicabilidade direta e integral, o direito à saúde necessita de implementação estatal por meio de investimentos públicos. Assim, ante a escassez de recursos no âmbito estatal, surge a crescente tese da "teoria das escolhas trágicas", que sintetiza a ideologia de que o Estado não pode fazer uma opção em "escolher" a efetivação de um direito, em detrimento da coletividade, com base, exclusivamente, na constante ausência de

recursos orçamentários.

A teoria da "escolhas trágicas" alia o direito à economia, a ponto de analisar os custos da implementação dos direitos prestacionais de cunho positivo e negativo, criada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, a referida tese germinou com base na teoria de que quando existe uma predileção sobre "x" em detrimento de "y", tem-se a valorização "x", culminando numa escolha trágica, pois "y" será desatendido. Notadamente, a teoria sustenta que para a efetivação de um direito vai sempre existir um ganho e uma perda, onde o Estado, para garantir um direito fundamental, seleciona uma situação para concretizar, sobre as demais, considerando a trágica escassez de recursos orçamentários (TROTTE, 2012, p. 11).

No campo dos direitos sociais/fundamentais, a supracitada teoria pode trazer diversas reflexões acerca da efetivação e concretização desses direitos.

> As sociedades devem buscar alocar seus recursos de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social nela existente. Quando é bem-sucedida nessa tarefa, a escolha trágica é evitada e transformada em uma alocação não-trágica, por, pelo menos, não aparentar contradição moral. Na hipótese contrária, aparecem as circunstâncias trágicas em torno das escolhas. (GLOBEKNER, 2017, p. 125)

É salutar compreender que o direito a saúde é uma norma fundamental, e a normas fundamentais são introduzidas no ordenamento jurídico como dogmas, ou seja, verdades inquestionáveis, portanto, o Estado não pode se valer de uma teoria que obstaculize o acesso à saúde, haja vista a sua magnitude.

> A perplexidade diante da possibilidade de escolha aparece no campo que aqui interessa, isto é, o da efetivação do direito à atenção sanitária, precisamente no momento em que a evolução técnica permite influir, com largueza, sobre o estado de saúde dos indivíduos e das coletividades e a partir do momento em que passa a haver, não apenas a possibilidade de escolha, senão que, também, a consciência dessa possibilidade de escolha. Calabresi e Bobbitt, na obra clássica, "Escolhas trágicas", publicada em 1977, expuseram suas ideias sobre os conflitos enfrentados pelas sociedades na alocação de recursos tragicamente escassos. (GLOBEKNER, 2017, p. 125

De longe a teoria das escolhas trágicas parece ser a tese mais convincente para justificar a escassez de recursos orçamentários, todavia, sob um olhar mais amplo, a referida tese se encaixa mais num fundamento falacioso de um Estado mal gerido e predestinado a constantes violações dos direitos fundamentais.

O problema da teoria da escolhas trágicas funda-se na sua raiz, onde a sua introdução

na seara do direito se deu como um mecanismo capaz de justificar a escancarada omissão estatal. Assim, surge um questionamento: realmente é uma "escolha trágica" efetivar um direito fundamental emergente? Quando associamos uma efetivação de um direito fundamental, nem que seja somente para um indivíduo, a uma escolha trágica, estamos aceitando a ideologia de que não há solução para a latente omissão estatal. Ainda nesse sentido, é importante ressaltar que a teoria é utilizada, em sua maioria, com um discurso obstaculizador de um direito fundamental, sem ao menos haver nenhum fundamento escassez orçamentária.

Os dados analisados através do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAF) confirmam a tese de que escassez de recursos financeiros no âmbito da saúde é um problema, mas não o maior de todos. Com análise, através de pesquisas do Conselho Federal de Medicina[1] infere-se que no ano de 2017 o Ministério da Saúde autorizou para o orçamento anual federal aproximadamente R$ 8,2 bilhões, todavia, inexplicavelmente, foram gastos naquele ano R$ 2,9 bilhões, contabilizando os restos a pagar, logo, o total efetivamente gasto corresponde a pouco mais de 35,8% do orçamento autorizado.

De modo geral, como base nos dados do SIAF do ano de 2003 a 2017, o Ministério da Saúde autorizou cerca de R$ 1,6 trilhão na seara da saúde, e foram efetivamente investidos nesse ínterim R$ 1,4 trilhão, incluindo os restos a pagar, ou seja, deixaram de ser investidos por volta de R$ 174 bilhões na saúde nacional. (CUNHA, 2018, n.p).

Ante o exposto, percebe-se que a problemática maior gira em torno da má gestão estatal, pois, não há uma justificativa plausível para que um Estado com tantas deficiências no âmbito da saúde não invista todo o orçamento autorizado de forma integral e satisfatória. A ausência de gestão financeira é um problema tão complexo, que diante da sua amplitude, não será objeto desse artigo. Todavia, bastar uma pesquisa simplificada para possamos entender os motivos de tamanha "escassez" nas políticas públicas de saúde.

Não obstante a inexplicável ausência de investimentos, a saúde ainda não é prioridade no Brasil, dados comprovam que se investe mais em transportes, melhorias de rodovias, mobilidade urbana, armamento militar e entre outros, estando os custos na seara da saúde no quinto lugar dos "gastos nobres". (CUNHA, 2018, n.p).

No âmbito do poder judiciário, a omissão estatal tem o efeito de mola propulsora para que a população judicialize as demandas de saúde, com vistas a ter o acesso esse direito.

[1] CONSELHO federal de medicina. Previsão de investimento é a menor desde 2005 Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27412:2018-01-31-13-10-12&catid>. Acesso em: 04 jun. 2018.

A judicialização, por sua vez, não parece ser um problema em questão, considerando que estamos a tratar de um direito fundamental e emergente.

A jurisprudência pátria corrobora com a ideologia de que a tese da teoria dos custos ou da teoria das escolhas trágicas não deve ser levantada quando se pretende a eficácia de um direito fundamental/social, *in verbis*:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – 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 TRANSGRIDE 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 TEORIADOS 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 DASRESTRIÇÕES" (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 JUÍZES 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 IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014). (grifo nosso).

A acertada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vale-se de tese de que a "teoria das escolhas trágicas" não encontra morada quando tratamos de direitos fundamentais/sociais alicerçados na dignidade da pessoa humana e calcados no mínimo existencial.

Ademais, saliente-se que a ausência de recursos nem sempre é fundamentada, ou seja, a tese é jogada aos quatros ventos, sem existir, de fato, qualquer embasamento teórico e matemático ao ponto de justificar a "escolha trágica". Sem embargo, o objetivo no presente artigo não é provar um infinitude de recursos no âmbito nacional, mas analisar que o discurso limitador dos direitos fundamentais não pode ser uma vertente majoritária, a ponto de se negar, se uma justificativa plausível ou fundamentada, o acesso à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa acepção, o direito à saúde como norma de cunho fundamental/social necessita de ações concretas e positivas com fulcro contribuir para a concretização desse direito, logo, um discurso econômico da teoria da escolhas trágicas não pode macular o núcleo rígido dos direitos fundamentais. Notadamente, a teoria da escolhas trágicas não pode ser utilizada como tese obstaculizadora da efetivação desse direito.

Primeiramente, é salutar entender que não existe uma escolha trágica quando se objetiva efetivar um direito fundamental, em verdade, a omissão estatal não pode ser aceita como uma situação insolucionável, a ponto de anuirmos que os direitos fundamentais de cunho prestacionais positivos sejam fadados ao insucesso.

As informações colecionadas através do Sistema Integrado de Administração Financeira comprovam que o discurso da teoria da escolhas trágicas é utilizado sem nenhum parâmetro objetivo, considerando que restou comprovado que o maior problema estatal na contemporaneidade é a irregularidade no uso dos recursos destinados a saúde. Nessa acepção, uma simples formula de subtração revela que os investimentos autorizados para saúde estão sendo desvirtuados ou inutilizados, um total despautério em um país que padece de tantos descasos na seara da saúde.

De mais a mais, infere-se que o discurso da teoria das escolhas trágicas surge como um obstáculo para a efetivação do direito à saúde, haja vista que, não há uma cabal escassez de recursos que justifique, a qualquer tempo, a inefetividade do direito à saúde. O que persiste, efetivamente, é a má gestão estatal, onde os recursos destinados à saúde evaporam,

antes mesmo de serem concretizados. Em verdade, o uso excessivo da referida teoria é um subterfúgio para respaldar a omissão estatal nas políticas públicas relacionadas à saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CONSELHO federal de medicina. **Previsão de investimento é a menor desde 2005** Disponívelem:<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27412:2018-01-31-13-10-12&catid>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Jurisdição constitucional e judicialização da política estudos de casos**. Salvador, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias: la ley del más débil**. 4ª. ed. Madri: Trota, 2004.

FLEURY, Sonia. **Direitos sociais e restrições financeiras: escolhas trágicas sobre universalização**. São Paulo, 2009. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n6/03.pdf>. Acesso em: 11 de jul. 2018.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde**. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, Santa Catarina: 2015. Disponível em: < http://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1564>. Acesso em: 08 jun. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodvim: 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: 2002. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br >. Acesso em: 11 jun.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista Doutrina TRF4, Salvador: 2007. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 28 mai. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SISTEMA integrado de administração financeira do governo federal. **Execução orçamentária e financeira**. Disponível em :<http://consulta.tesouro.fazenda.gov.br/cofin_novosite/dotacao_vs_desp_orgao_pessoal_enc.asp> . Acesso em: 01 jun.2018.

STF. **Recurso extraordinário com agravo: ARE 745745**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 02/12/2014. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338650/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745745-mg-stf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

TAVARES, Paulo César. **A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15867-15868-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **"O mínimo existencial e os direitos fundamentais**", Revista de Direito Administrativo, 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em 14 jun. 2018.

TROTTE, Natalia Bodstein. **Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/NataliaBodsteinTrotte.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do estado de direito**. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2008. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desigualdade-e-subvers%C3%A3o-do-estado-de-direito-0>. Acesso em: 19 mai. 2018.