

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-109-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, do XXIV Congresso do CONPEDI, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, sob os auspícios dos Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

No artigo A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INTERPRETAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, os autores Valter de Souza Lobato e Anita Carmela Militão de Pascali, analisaram a questão tributária, fazendo a articulação desta com a previdência social e seu financiamento. Apresentaram um caso concreto, relativo a um portador de doença incapacitante, cuja patologia não se encontrava no rol das doença previdenciárias. Apontam como saída na interpretação deste rol, uma análise ampliativa dos dispositivos constitucionais.

No artigo AS AÇÕES REVISIONAIS DO FGTS: ASPECTOS, REQUISITOS E POTENCIAIS DECISÕES, de Tatiana Bhering Serradas Bom de Souza Roxo e Jerfferson da Mata Almeida, os autores analisaram as origens históricas do instituto do FGTS. Verificando a natureza indenizatória inicial deste instituto, passando à condição de depósito como forma compensatória. Questiona o fato de a TR ser utilizada como forma de correção das contas do FGTS, por ser esta não é taxa de correção, mas sim de juros.

No artigo LIBERDADES EM CONFLITO: A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE DE ENSINO COM FUNDAMENTO EM SUPOSTAS VIOLAÇÕES DE OUTRAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS, de Artur Amaral Gomes, o autor analisaram o direito à educação, buscando a liberdade do ensino como o principal princípio norteador. Defendeu que a liberdade de ensino deve ser aplicado junto com outros princípios constitucionais.

No artigo A (DES)IGUALDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE APOSENTADORIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO, de Aline Fagundes dos Santos, a autora analisa as questões das desigualdades dos benefícios previdenciários no Brasil sob a perspectiva de gênero. Analisaram tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos. Verificaram o caráter fundamental dos direitos previdenciários, bem como os caso de distinção de idade e tempo de contribuição para os

benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Analisaram os dados do Anuário da Previdência Social, relativo a 2011.

No artigo A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE JANEIRO DE 2011 A JUNHO DE 2015 NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO, de Michelle Aparecida Batista, a autora analisou a expedição das Medidas Provisórias, buscando verificar se existe o excesso de emissão de MPs, no período de 2012 a 2015. Conclui que foram 158 em matérias diversas, sendo 18 em matéria previdenciária. A atuação do governo, segunda aponta, foi superior a do legislativo, em termos de produção de leis. Constatou, ainda, que a grande parte destas Medidas Provisórias foram para suprimem ou extinguem direitos.

No artigo A VIOLÊNCIA, O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CIDADANIA, de autoria de Fernando Rocha Palácios, analisou a fundamentalidade da educação, verificando a violência a este direito fundamental e à cidadania. Avaliou que a globalização provoca a violência, em decorrência de vivermos em uma sociedade pós-moderna.

No artigo A DIFERENÇA MÚLTIPLA, OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: A CONCESSÃO JUDICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS, de autoria de Mayara Alice Souza Pegorer, a autora analisou a concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos. Primeiramente, avaliou a denominada diferença multiplica, passando, posteriormente, a apontar outras diferenças afora as de gênero, tais como a diferença entre raças.

No artigo DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CAPITALISTA NEOLIBERAL CONTEMPORÂNEO E SEUS EFEITOS COLATERAIS, os autores Gabriela de Campos Sena e Daniela Rodrigues Machado Vilela, analisou os direitos sociais no neoliberalismo, verificando que existe uma certa naturalização da derrocada dos direitos sociais, em detrimento destes direitos. Apontou a falta de solidariedade e seus desdobramentos, especialmente ao que se relaciona aos direitos sociais. Avaliou outros fatores, tais como a governança e outros entes não estatais, na garantia destes direitos.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA CONQUISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A ESPERA DA EFETIVIDADE COMO DIREITO SOCIAL, de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisou as questões que perpassam o direito

do trabalho e o direito previdenciário, enfocando o direito previdenciário em uma ótica filosófica. Apontou na pesquisa os fins e os meios, avaliando a questão financeira em matéria previdenciária. Questionou o fato de o INSS ser o maior litigante na Justiça.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIREITO DA PERSONALIDADE, de Edgar Dener Rodrigues, o autor analisou as questões de judicialização das políticas públicas, avaliando seus aspectos positivos e negativos. Investigou as origens da Previdência Social, traçando algumas questões sobre a interferência dos direitos fundamentais. Avaliouas quatro dimensões dos direitos, fazendo uma abordagem dos direitos previdenciários enquanto direitos de segunda geração ou dimensão.

No artigo A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL PELA LEI 13.135/15: O CASO DA PENSÃO POR MORTE NO RGPS, o autor Antonio Armando Freitas Gonçalves analisou as medidas Provisórias no aspecto fiscal. Avalia a baixa taxa de fecundidade e da expectativa de vida. Questiona a ideia da vitaliciedade do benefício em si e a tese central das duas ADIs impetradas ao STF. Verificou os critérios da pensão por morte antes e depois da MP n. 664/14.

No artigo A DISCRIMINATÓRIA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE NO BRASIL, de Marco Cesar de Carvalho e Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga, os autores analisaram o instituto da aposentadoria compulsória no Brasil, de modo que, partindo de dados do IPEA, verificam que a expectativa de vida alterou, ou seja, aumentou nos últimos anos. Apontam que a expectativa de vida será de 86 anos em 2060. Apontaram pela não extensão do critério etário, em virtude do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário.

No artigo AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTÁRIO/: BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 8.213/91, de Lilian Maria Gomes de Oliveira, a autora apresentou o histórico e as diferenças do auxílio-doença comum e o auxílio-acidentário, bem como do acidente do trabalho. Analisou o Nexo técnico epidemiológico, os tipos de doenças e as possibilidades do auxílio-acidente.

No artigo AUXÍLIO-RECLUSÃO: A DESINFORMAÇÃO É SEU MAIOR INIMIGO, Paulo Henrique Januzzi da Silva analisou o benefício do auxílio-reclusão e as informações que os cidadãos tem sobre este benefício, especialmente através da televisão e das redes sociais. Constatou, a partir da análise destes veículos de comunicação, a existência de fatores discriminatórios, formando um senso comum equivocado, o que prejudica a visão que a população possui deste benefício.

No artigo O AUXÍLIO RECLUSÃO EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto e Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto analisaram a questão do auxílio-reclusão e a perspectiva deste benefício à luz dos tratados e convenções internacionais. Verificaram as condições da concessão deste benefício a partir da Convenção dos Direitos Humanos da Criança.

No artigo DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E SEUS REDUTORES: O CASO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E DA FÓRMULA 85/95, de Clarice Mendes Dalbosco e Ludmila Kolb de Vargas Cavalli, as autoras analisaram a aplicação da fórmula 85-95, cuja aplicabilidade é facultativa, podendo os segurados optarem pela fórmula do fator previdenciário, se completados os 30 anos, para mulheres e 35 anos para homens. Verificaram que o STF entendeu que a aplicação do Fator Previdenciário é constitucional. Apontaram que a expectativa de vida é padronizada nacionalmente, fazendo a crítica a esta sistemática de aplicação.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?, a autora Ana Carolina Carvalho Barreto analisou os acidentes do trabalho, LER-DORT, em decorrência dos acidentes do trabalho com os trabalhadores bancários. Realizou pesquisa de campo em que demonstrou que 40% dos trabalhadores que fizeram a CAT não obtiveram o B-91. Concluiu que a judicialização não é uma solução do problema, eis que resolve a questão individual e não coletiva.

No artigo CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE, o autor Marco Aurélio Serau Jr., analisou as origens do conflito previdenciário, investigando as causas que ensejam o alto percentual elevado de litigiosidade, apontando como em torno de 60% das demandas que tramitam na Justiça Federal. Investigou essa questão a partir de duas pautas: a pauta de legalidade e pauta de interpretação ou de ampliação.

No artigo A DESAPOSENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO INTEGRANTE NO PENSAMENTO DE RONALD KWORKIN, de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as decisões do STJ sobre a desaposentação. Verificou os discursos dos diversos atores sociais. a partir do pensamento de Dworkin do direito como integridade. Analisou filosoficamente, a partir deste autor, como seria a aplicabilidade de alguns casos concretos se o judiciário fosse adepto desta teoria.

No artigo **RENÚNCIA À APOSENTADORIA: ENTRE A VULNERABILIDADE DO APOSENTADO E A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA**, Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza analisaram a desaposentação sob o prisma da vulnerabilidade. Verificaram a sustentabilidade do sistema, sob o ponto de vista atuarial, apontando as três posições do STF sobre esta matéria. Indicam, como saída para esta questão altamente judicializada, a resolução via legislação e na seara administrativa.

No artigo **O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL PROMOCIONAL DO NÚCLEO DE DEFESA DA SAÚDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**, Cecilia Barroso de Oliveira e Carolina Rocha Cipriano Castelo, analisaram a questão da saúde dos deficientes do Estado do Ceará, buscando vislumbrar a pericia biopsicossocial na aplicação da Convenção de Nova Iorque, de 2008, bem como seus reflexos nos benefícios previdenciários e assistenciais. Apontaram as demandas mais comuns existentes no NUDESE, grupo de pesquisa vinculado a UNIFOR.

No artigo **A DELIMITAÇÃO DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE**, de Hermann Duarte Ribeiro Filho, o autor analisaram os tipos de benefícios por incapacidade, estabelecendo os requisitos e singularidades de cada um deles, indicando a necessidade da utilização de um critério biopsicossocial para a verificação da deficiência e da incapacidade, tal como consta na Declaração de Nova Iorque (ONU).

No artigo **A LEI 12873/13, AS ESTRUTURAS FAMILIARES MODERNAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DAS NOVAS REGRAS DE CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS FAMILIAS MONOPARENTAIS**, de Caroline Shneider e Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisaram a possibilidade do salário-maternidade as famílias monoparentais. Indicam o caso da mãe solteira, do segurado ou segurada adotante vier a falecer, com a possibilidade de a criança receber o benefício do salário-maternidade.

No artigo **NOVOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO NO CONTEXTO DE CRISE DO ESTADO-PROVIDÊNCIA UMA INTERFACE ENTRE A SEGURIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA**, de Laira Carone Rachid Domith, a autora analisaram a pensão por morte, fazendo um paralelo entre o direito de família e o direito previdenciário. Verificaram os efeitos das mudanças trazidas na pensão por morte, consoante a alteração legislativa trazida pela Lei n. 1135/15. Analisaram o

tabelamento prévio existente na lei, apontando por outra saída, representada pelo estabelecimento do critério de necessidade e não do tempo de união estável ou idade do dependente.

No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONFIGURAÇÃO DA NECESSIDADE DO INDIVÍDUO: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, os autores Fábio Rezende Braga e Elisa Schmidlin Cruz analisaram os critérios socioeconômicos para concessão do Benefício de Prestação Continuada da LOAS, verificando os critérios utilizados pelo STF ao longo dos últimos anos. Ressaltam a importância dos julgados de primeiro grau, em que os juízes entenderam não se curvar ao critério do ¼ do SM, conforme consta na Lei n. 8742/93, fazendo com que o STF alterasse seu entendimento.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POR QUE PARA SE LEVAR O DIREITO À SAÚDE A SÉRIO DEVE-SE TAMBÉM LEVAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A SÉRIO?, de Eder Dion de Paula Costa e Rodrigo Gomes Flores, os autores analisaram a judicialização da saúde, investigando a solidariedade dos entes federativos e suas responsabilidades. Verificaram as origens históricas da saúde no Brasil, bem como apontam seus princípios. Investigam as diferenças regionais e as peculiaridades das regiões no Brasil, apontando os problemas existentes no SUS, devido a estas diferenças.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PERSPECTIVAS DE UMA CONFORMAÇÃO DE EFETIVIDADE, de Cláudia Mota Estabel e Andreia Castro Dias, as autoras analisam a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas em virtude da omissão do Estado. Apresentam um contexto histórico, evocando tratados e convenções internacionais. Avaliaram a importância da CF-88, no que respeita a instituição do sistema de saúde no Brasil, apresentando os princípios constitucionais que informam este direito.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL, os autores Pedro Henrique Sanches Aguera e Thayara Garcia Bassegio, analisaram o processo de judicialização dos direitos à saúde, enfocando o princípio da reserva do possível em ocorrência da defesa dos mínimos sociais ou existenciais. Verificaram que o princípio da reserva do possível foi aplicado indevidamente em nosso sistema, dada a indisponibilidade dos mínimos sociais e a obrigação do Estado em atendê-los.

No artigo A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS NO CONTEXTO DA CRISE DA LEGALIDADE BURGUESA, de

Ariadi Sandrini Rezende e João Paulo Mansur, os autores investigaram os tipos históricos de Estado e seu comprometimento com a saúde, até a CF/88, apresentando o compromisso constitucional desta nova Carta Magna para com a saúde. Constataram, a partir da análise jurisprudencial, que o Poder Judiciário vem contribuindo para a efetivação dos direitos sociais afetos à saúde.

**A JUSTICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE OS LIMITES À
ATUAÇÃO ESTATAL: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL**

**THE JUSTICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH OPPOSED TO THE
LIMITS OF STATE ACTION: THE POSSIBLE RESERVE AND EXISTENTIAL
MINIMUM**

**Pedro Henrique Sanches Aguera
Thayara Garcia Bassegio**

Resumo

O presente trabalho tem como intuito a análise crítica e a exploração de um importante problema jurídico-filosófico da atualidade: a limitação encontrada pelo Estado para efetivar o direito à saúde, quais sejam, a teoria da reserva do possível, mínimo existencial e a justicialização para sua concretização, que não mais se coaduna com a atual função social deste direito. Posto que, existe um dever do Estado em sua concretização e se caracterizando como um direito da Personalidade. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da evolução do Direito à saúde, demonstrando por força do artigo 196 da Constituição Federal, o dever do estado em garantir, confrontado com o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como cláusula geral dos direitos da personalidade. Posteriormente, destacou-se a teoria da reserva do possível e o mínimo existencial utilizado pelo Estado como ferramentas legais para a não efetivar este direito, seja por força financeira ou o ínfimo social necessário a cada individuo. Por fim, perpassa-se pela intercessão do poder judiciário como configuração na efetivação do direito à saúde, que na resolução de sua concretização mostra-se muito mais eficaz do que o desempenho do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Direito à saúde, Direito da personalidade, Políticas publicas, Recurso financeiro

Abstract/Resumen/Résumé

This study has as objective the critical analysis and exploration of an important legal-philosophical problem of our time: the limitation found by the State to effect the right to health, namely, the theory of possible reserve, theory of existential minimum and justicialization for its implementation, which no longer fit with the current social function of these rights. Since there is a duty of the State in its implementation and its definition as a right of personality. To this end, in the foreground, this study deals with the evolution of the right to health, demonstrating under article 196 of the Federal Constitution, the state's duty to ensure this right, faced with respect to the principle of Human Dignity, as a general clause of personality rights. Subsequently, the theory of possible reserve stood out and the theory of existential minimum used by the state as legal tools to not carry this right, either for financial reasons or smallest social needs of the individual. Finally, this study goes through the intercession of the judiciary as means to effect the right to health, which in solving its

implementation appears to be much more effective than the performance of the Brazilian legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity, Right to health, Right of personality, Public policy, Financial resources

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a preocupação com a proteção dada aos direitos fundamentais sociais foi elevada. Nesse aspecto, inclui-se o direito à saúde como sendo um dos direitos sociais de dever de garantia do Estado. Os direitos fundamentais, e muitos deles direitos da personalidade, garantidos em nosso ordenamento jurídico são de suma importância dado ao fato de que em decorrência de sua própria natureza não podem ser violados, negados às pessoas, ou sequer poderá privá-las deles. Com isso, incumbe ao Estado garantir a melhor forma possível desses direitos estarem ao alcance dos cidadãos.

Necessária se faz a atuação em conjunto dos poderes públicos com o intuito de efetivar os direitos tutelados e aplicar serviço público de qualidade, em que se respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Em regra a aplicação de medidas para efetivação dos direitos garantidos pela Constituição Federal deveria ser unânime e sem discriminação, entretanto as desigualdades sociais em conjunto com dificuldades de gestão pública, levam a uma situação em que tudo que é necessário para sobrevivência e que depende do Estado torna-se mais moroso e dificultoso.

Ocorre que em inúmeras situações há a ausência da administração pública na tutela dos direitos a saúde que é garantido a cada indivíduo. O problema existe não apenas na ausência de garantia, mas também na ínfima atuação do Estado, ou seja, o poder público ajuda minimamente o indivíduo ocasionando que geralmente não satisfaz o mínimo existencial. Houve, portanto a necessidade de identificar mecanismos de controle que permitam oferecer maior efetividade aos direitos fundamentais sociais.

O problema da atuação do poder judiciário está justamente na sua superatuação, julgando casos em que não deveriam nem mesmo serem levados ao judiciário, questionando até onde deve o judiciário atuar, suprimindo a ausência do poder legislativo e executivo na garantia de direitos fundamentais.

Para entendermos o processo de judicialização do direito à saúde, se faz necessário primeiramente compreender os institutos do direito que o envolvem. A teoria do mínimo existencial e a reserva do possível, são institutos que ajudam a compreender a necessidade de atuação do poder judiciário, como forma de não deixar desamparar o indivíduo em suas necessidades básicas para sobrevivência.

O mínimo existencial, de modo geral, pode ser considerado como o mínimo necessário que o Estado tem a oferecer ao indivíduo para lhe garantir uma vida digna, em que

está atrelada a teoria da reserva do possível que por sua vez desincumbe no recurso financeiro que o Estado possui a oferecer em determinado segmento.

A aplicação do mínimo existencial e a reserva do possível são de maior incidência jurídica nas relações que envolvem o direito à saúde, em que passou a ser exigido do Estado o fornecimento de medicamentos para tratamentos de saúde, leitos em hospitais e procedimentos cirúrgicos, quando não for possível a obtenção por meios regulares. Assim, passou-se a uma espécie de normalidade os tribunais brasileiros determinarem a obrigatoriedade do Estado frente aos direitos fundamentais da vida e da saúde.

A atuação recorrente do judiciário frente a garantia dos direitos fundamentais, gerou a incidência de inúmeras discussões a respeito do limite existente na intervenção do Judiciário frente aos direitos fundamentais que envolvem políticas públicas, substituindo o Legislativo e o Executivo na garantia dos direitos fundamentais sociais. Assim, o estudo objetiva à análise limites existentes na atuação do judiciário, analisando institutos do direito que aplicam-se no exercício dos direitos fundamentais, bem como justificam a justicialização dos mesmos, sob o enfoque do direito à saúde.

Neste trabalho científico, foi utilizado o método teórico que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam do assunto.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, DEVER DO ESTADO E DIREITO DA PERSONALIDADE RESGUARDADA

O direito à saúde está discriminado no artigo 6º da Constituição Federal como um direito social, ao lado com o direito a educação, alimentação, moradia, segurança, lazer, previdência a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.

Na história das Constituições Federais, a de 1988 foi a primeira Constituição a envolver o direito à saúde. Anteriormente, tratavam apenas de previdência social, na atual existe um sistema mais abrangente (FACHIN, 1997, p. 98). Especificamente, os artigos. 196, 201 e 203 da CF augura este direito social.

Nota-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 196, trouxe à luz o comando normativo de efetivação do direito à saúde, que tem como destinatário a coletividade em todas suas funções, cabendo-lhe o dever de promoção a este direito fundamental. É admissível averiguar que foi dada uma relevante importância ao Direito à saúde, especialmente considerando o fato de estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. A lei constitucional não faz qualquer menção

ao tipo de saúde que é garantida a proteção, possibilitando o entendimento de que a tutela do Direito à saúde apresentaria duas faces – uma de preservação e outra de proteção. Enquanto a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença, numa órbita genérica, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa. Há que demonstrar ainda, que o Direito à saúde é Direito de todos e dever do Estado, e deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos.

Em mencionado Artigo devem ser observados. No que diz respeito a interpretação, visto que primeiramente quando menciona ser um Direito de todos, entende-se como um direito tanto individual como coletivo, sendo considerado um dever do Estado em que além de ser um direito fundamental, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado. No que confere às políticas sociais e econômicas, fica ressalvado a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde visando sempre a redução do risco de doenças e outros agravos de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. Ficou, ainda, determinado pelo constituinte um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, reforçando a ideia de responsabilidade solidária entre os entes da federação (MENDES, 2014, p. 643-644).

De fato por si só o direito à saúde esta inseparável ao direito da personalidade, juntamente com as outras categorias, como por exemplo: á vida, nome, honra, integridade física e privacidade (MIRANDA, 2000, p. 216). De modo que estes bens apresentam categorias do *ser*, não podendo pelo direito subjetivo, que protege unicamente a categoria do *ter* (PERLINGIERI, 2002, p. 155).

Tendo em vista a personalidade humana abrevia-se no adjacente de caracteres do próprio individuo, em sua parte intrínseca da pessoa humana. De modo, carece ser entendido com o primeiro bem pertencente à pessoa (SZINIAWJKI, 1993, p. 35). Nesse passo, os direitos da personalidade atrelam-se ao desenho do princípio da dignidade da pessoa humana torna-se titular de direitos essenciais á sua condição humana.

Tem-se, portanto, que a tutela jurídica dos direitos da personalidade é de natureza civil, penal e constitucional. Uma vez que, a Constituição Federal apresenta em seu artigo 1.º, III, que 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 um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

No que se refere a dignidade da pessoa humana, a maior influência para a filosofia moral e jurídica é de Immanuel Kant. O pensamento Kantiano foi responsável por diferenciar

as coisas das pessoas, afirmando que as coisas não possuem um fim em si mesma, mas, a pessoa deve ser sempre tratado com um fim e não como um meio, aponta que as coisas têm preço, mas a pessoa humana, é dotada de dignidade (KANT, 1980, p. 135 e 140).

Com base nestes ensinamentos o ser humano passou a ser tratado como um ser único, inestimável e diferenciando dos demais seres vivos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

A dignidade esta garantida no ordenamento jurídico como um princípio, com tal merece ser avaliado como absoluto (BARROSO, 2014, p. 133). Deste modo, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloque em um relativismo.

Desta união entre o direito à saúde e direito da personalidade, é que se pode imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se fosse assegurada seus direitos sociais. Assim, é notório que a própria constituição está posto na direção da implementação da dignidade no meio social. E, a defesa da dignidade humana na área da saúde está em exigir do Estado a aplicabilidade da norma, proporcionando ao Estado um dever, assegurando à pessoa humana o desenvolvimento físico e psíquico, o que pode ser entendido como saúde.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE

Quando se adentra a ideia de exigir em juízo a efetivação dos direitos fundamentais, deve-se entender o que pode ser considerado dentro da Constituição Federal como mínimo para efetivar o direito fundamental em questão. O mínimo existencial é instituto que está relacionado dentro dos direitos sociais, que por sua vez, integra os direitos fundamentais a que o ser humano os detém independente de sua condição atual. Dessa forma, se faz necessária a percepção quanto a participação do mínimo existencial como forma de propiciar o desenvolvimento da personalidade do individuo, garantir sua inviolabilidade pessoal e melhor bem-estar possível.

Deve-se esclarecer que a ideia que se tem do mínimo existencial é a de que referido instituto do direito constitucional é tido como relacionado à ideia de básico e elementar (FACHIN, 2006, p. 271-276). Em resumo, o mínimo existencial como sustentação ao direito à saúde não quantifica o objeto, mas sim o qualifica, em que um padrão mínimo de qualidade na saúde é mais importante do que vários hospitais espalhados pelo Brasil afora sem o mínimo de equipamento necessário para o pleno funcionamento de um serviço de saúde prestado à comunidade.

A teoria do mínimo existencial surge como garantia do indivíduo em receber do Estado tudo o que lhe é devido, justificando dessa forma, sua função como atribuição ao indivíduo dotado de direitos subjetivos contra o poder público nos casos em que se verifica que o fazer ou não fazer por parte do Estado acarretará em uma diminuição na prestação dos serviços básicos, que lhes garantem um mínimo possível para vida digna, ocasionando em prejuízo para quem o invoca (SARLET, 2004, p. 47).

A ideia da necessidade em assegurar o mínimo possível e garantir aos indivíduos condições mínimas de existência física e digna surge na Alemanha em um período após a Segunda Guerra Mundial época em que começou a ser discutida a atitude sacrificatória da própria dignidade humana com o intuito de garantir unicamente a proteção à vida e integridade física. Nesse sentido, a seguir denota-se uma breve explanação acerca do movimento Alemão:

Neste sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Européia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Ao proceder uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente com o advento da Constituição Federal de 1988, entende-se que não há expressamente o termo do mínimo existencial como garantia dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Entretanto é notória a intenção do legislador em introduzir em nosso ordenamento jurídico referido instituto que surgiu no direito Alemão. Primeiramente pauta-se a estrita relação existente entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao considerarmos os direitos à saúde, à moradia, à educação, à previdência social que são considerados como mínimo existencial, pois objetiva ao indivíduo uma existência digna.

A relação existente entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana resulta em firmar o respeito que deverá existir quanto ao princípio constitucional fundamental, uma vez que à afirmação de que o mínimo existencial nunca poderá ultrapassar o direito a dignidade humana, à vida, saúde, etc. Em que pese afirmação anterior, dá-se o entendimento que há uma complementação entre os institutos do direito constitucional, e não um possível confronto jurídico.

Nesses termos, possível a verificação de que o mínimo existencial é instituído pela reunião das condições básicas para a existência humana à qual deverá ser reconhecida eficácia jurídica ou assimétrica (BARCELLOS, 2011, p. 292). Cumpre entender que o mínimo existencial é utilizado no ordenamento jurídico como um dos instrumentos de efetivação do princípio da dignidade humana, considerando a estreita relação que há entre as duas modalidades jurídicas voltadas à proteção do indivíduo à qual apresentada anteriormente.

Não há dúvidas quanto ao entendimento da relação existente entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, mas toda relação existente em nosso ordenamento jurídico é mais complexa, envolve um conjunto de fatores para haver a determinação do que é o mínimo para uma sociedade, considerando seus problemas, bem como as vantagens do local. Dessa forma, se faz necessário adentrarmos ao estudo do que vem a ser de fato o mínimo existencial. Um dos aspectos controvertidos entre a doutrina, é quanto a conceituação e delimitação do mínimo existencial, principalmente quando confrontado com a reserva do possível, que será analisada mais adiante. Sob o aspecto conceitual do instituto do mínimo existencial, explanamos o posicionamento doutrinário de Vicenzo Demetrio Florenzano (2005, p. 47):

A definição de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano correspondente ao mínimo existencial está na sua relação com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Necessário atentar-se ao entendimento de que mínimo existencial não deve ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que nesses pontos apresentados, não há a preocupação com as condições necessárias para a vida digna e com um considerável nível de qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Ainda, com relação ao aspecto conceitual da teoria do mínimo existencial importante a análise da afirmação em que a pretensão de definições a respeito do que vem a ser os bens mínimos necessários visando sua garantia a cada indivíduo com a intenção de possibilidade de uma existência digna traz como pressuposto a peculiaridade social do homem, pois é perante os seus iguais que o indivíduo constata plenas condições de desenvolvimento. A incomparável maneira de se possuir os bens materiais e imateriais necessários e satisfatórios

para a existência individual humana é com a devida vida em sociedade (SERVEGNINI; OLIVEIRA, apud CASTILHO 2009, p. 96).

Em que pese o mínimo existencial estar relacionado ao direito fundamental, é de notório saber jurídico a simetria existente entre o mínimo existencial e o direito à saúde. A exigência que o indivíduo faz com relação ao Estado está pautado em seu direito fundamental à saúde, que por sua vez deverá respeitar o mínimo existencial como efetividade da tutela requisitada.

Na verdade, não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado, pois entende-se que o poderes constituídos ficam obrigados a atender a necessidade das pessoas oferecendo as prestações necessárias independentemente do plano de governo ou orientação política do grupo que estiver no poder no momento. Como as necessidades a serem atendidas são sempre obrigação do governo sendo indiferente a consideração de qual governo se trata, dar-se-á o entendimento de que as prestações fazem parte do mínimo existencial, em que sem o seu comprometimento, ocorrerá a violação do núcleo da dignidade da pessoa humana, que é um dos compromissos fundamentais do Estado (BARCELLOS, 2011, p. 320). Nessa ótica, se remete à fundamentação constitucional quando a saúde sendo um direito e um dever do Estado cabivelmente entendido no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em que dispõe: “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”.

Sob o ponto de vista demonstrado, verifica-se que a teoria do mínimo existencial, é estritamente atrelada a ideia de dignidade da pessoa humana, em que dessa forma, vincula o Estado ao seu cumprimento e que é o poder judiciário que muitas vezes deve garantir sua efetividade, obrigando União, Estados, DF, ou Municípios a prestar a devida assistência que compõe a ideia do mínimo.

Em que pese às considerações anteriores a respeito da dificuldade em traçar um mínimo existencial signo para que ele não acabe sendo um mero mínimo vital, em que as condições são tão ínfimas que não merecem ser dotadas de dignidade, inclui nesse contexto a dúvida sobre qual seria o mínimo existencial no direito a saúde, pois nesse instituto, em muitos casos trata-se do direito à vida que não admite gradações, ou seja, não há um nível mínimo de saúde, pois quando necessário um tratamento de saúde, ou voce o faz para que assim obtenha a cura ou morrerá, não há meio termo. Como por exemplo, um portador de Leucemia em que é necessária a realização de um transplante de medula, não há a possibilidade de traçar um mínimo existencial (BARCELLOS, 2011, p. 324).

Sob esse aspecto, observa-se que as principais controvérsias existentes a respeito da teoria do mínimo existencial são decorrentes da sua delimitação e seu conteúdo. Que por muitas vezes não são compreendidos quando há a necessidade da aplicação em um caso concreto, considerando principalmente as diversas áreas do direito fundamental que necessita da aplicação dessa teoria, relacionando-as com a subjetividade dos direitos e da amplitude de sua proteção em cada lide. Tal dificuldade de entendimento aumenta quando necessário a correlação que há com a reserva do possível, entretanto na maioria dos casos as duas teorias estão conexas, pois em uma situação concreta, o mínimo existencial é completado mas também confrontado pela reserva do possível.

4 RESERVA DO POSSÍVEL COMO INSTRUMENTO LIMITADOR

Completo o debate jurídico sobre a efetivação do Direito à saúde. Torna-se coerente analisar o ambiente fático no qual interpretação jurídica afinal se desenrola, especialmente quando se refere a direito publico do estado em um não cumprimento de um direito fundamental, no caso direito à saúde.

No que se refere ao direito publico em geral, em especial o constitucional, tem como objetivo principal, ainda não como único, estabelecer relações das mais diversas naturezas entre o Estado e o particular (BARCELLOS, 2011, p.274). Desta relação, será possível a exigência do individuo na categoria de decretar determinada prestação ou bem do Estado, em outras palavras, são circunstâncias em que Estado obrigatoriamente se responsabiliza em resguardar determinada quantidade financeira para acomodar um beneficio ao individuo.

De fato, se não existir recursos, até as normas mais viva e concisa não serão capazes de superar a falta da quantia. A ausência de condições matérias condena a norma desde sua origem, uma forma de “insinceridade normativa” (BARROSO, 2006. p. 59). Portanto, o que se ambiciona o poder publico é ocorrendo a interpretação do direito no âmbito publico, especialmente, para o direito à saúde, a necessidade de analisar as condições matérias e financeiras para realização deste comando normativo.

Assim, as normas constitucionais, por serem normas de direito público, dependem dos recursos econômicos. A existência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas. (CANOTILHO, 2002, p. 469).

A disputa sobre essa questão tem sido identificada no Brasil por meio da expressão “reserva do possível”. E de modo que sua alusão ocorre pelo comprometimento do poder

publico, em divulga-lo e argui-lo nas mais diversas demandas; educação, previdência, lazer, saúde, entre outros, usando como apologia a esfinge econômica.

A teoria da reserva do possível tem origem na Alemanha, a partir dos anos 70, por força de uma julgamento do Tribunal Constitucional Germânico, conhecida como *numerus clausus* (BverfGE n. 33, S. 333 apud FARIAS, 2010). No caso em tela limitando o numero de vagas nas universidade publica da Alemanha, isto é, estudantes de medicina em Hamburgo e Munique diante da limitação de vagas, se buscou, através do artigo 12 da Lei Fundamental germânica, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

A Corte Constitucional Alemã fundamentou sua decisão nos limites razoável do Estado (SARLET, 2011. p. 265), de modo que, mesmo existindo recursos e tendo poder de disposição, o Estado deve agir dentro de seus limites econômicos.

A reserva do possível, tem sua formação voltada à vivência de recursos matérias suficientes para consolidar os direitos sociais, e na razoabilidade da pretensão deduzida como vistas a sua efetivação.

Do ponto de vista pratico, pouco importará a expressão normativa para o direito tutelado, se não existir dinheiro nos cofres públicos para custear as despesas explicitadas por esta lei.

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. A reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir juridicamente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta - é importante lembrar que há um limite de possibilidade materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2011, p. 274).

O direito pátrio abjurou a teoria alienígena transmutando-a naquilo que é financeiramente possível (SARLET, 2011, p. 286), pois considera limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais, no caso a saúde, a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa, em outras palavras, a teoria da reserva do possível supriu a teoria das normas programáticas (MÂNICA, apud KRELL, 2002, p. 20), pelo afastamento dos poderes e pela discricionariedade administrativa, de modo que, primeira sustenta a impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário para a efetivação de direitos fundamentais, e depois se adota a ausência de previsão orçamentária.

De fato, a teoria da reserva do possível foi adaptada socialmente, culturalmente e economicamente à realidade brasileira (RODRIGUES, 2014. P, 69). O Supremo Tribunal Federal, proferido na ADPF 45, trata sobre a reserva do possível. Aponta a emenda desta decisão:

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 ARBÍTRIO 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) (BRASIL, 2004).

Nesse passo, existe a necessidade de estudo mais penetrado sobre a teoria da reserva do possível, pois caso contrario existira um mote mágico, pois estaria impedindo o avanço dos direitos sociais (BARCELLOS, 2012, p. 237).

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal já tem seu posicionamento quanto a reserva do possível, com a devida proporcionalidade de direitos e não a simples constatação do Estado quanto à inópia de recursos para a satisfação dos direitos sociais. Não obstante a comprovação do voto com a citação do principio da dignidade da pessoa humana e a importante evidência quanto a não oposição da reserva do possível à concretização do mínimo existencial.

5 INTERVENÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Dentre os direitos da personalidade que devem ser respeitados pelo Estado, tem-se como um dos principais e controversos o direito à saúde, bem como os que dele decorrem,

pois a saúde deve ser respeitada em seu aspecto global, não sendo possível uma saúde parcial, e em face da dignidade humana sejam atendidas as necessidades existentes com relação aos tratamentos adequados e medicamentos necessários. Infelizmente é de comum entendimento que nem sempre as necessidades básicas as quais detêm os indivíduos são respeitadas, e muitos deles padecem do devido tratamento assim como outras necessidades que deveriam ser de solicitude do Estado.

Nos últimos anos houve um considerável aumento na preocupação que é dada pela sociedade, na tutela de direitos de caráter personalíssimo e as consequências negativas quando há omissão pelo Estado em tutelar tais direitos, principalmente quando trata-se de direitos dos individuais, de cada cidadão. A razão de tais mudanças não é específica, inúmeros são os motivos, como a consciência da necessidade de proteção a esses direitos principalmente após o fim da era militar, e também e face da democratização do acesso ao judiciário, pois é inegável que o poder judiciário tem contribuído de forma decisiva na proteção dos direitos da personalidades, pois há uma crescente vertente de medidas práticas sendo tomadas afim de que o cidadão comum tenha um rápido e eficaz acesso à justiça (PUSSI, 2014, p.173).

Tem-se como um dos direitos e garantias do Estado perante cada indivíduo o direito a saúde em que juntamente com os demais direitos fundamentais se revelam no ordenamento jurídico como normas revestidas de uma fundamentabilidade, inclusive dotadas de valores supremos não apenas em razão de sua disposição na suprema Constituição Federal, mas também e principalmente em razão de seu objetivo de elevação do ser humano em atribuir-lhes efetividade em seu bem estar individual e social, em que o primeiro deve estar sempre em consonância com o bem estar social, pois um não poderá sobrepor-se ao outro (DAVIES, 2010, p. 22).

Importante destacar que com o advento da Constituição Federal de 1988 em que se optou por uma Constituição cidadã, visando acima de tudo a promoção da dignidade humana, estabeleceu concomitantemente deveres ao Estado buscando impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano. Entendendo, dessa forma, a característica de direito *erga omnes*, irrenunciáveis e inerentes a todo ser humano, deixando de ser objeto de proteção apenas do legislador e passando a dotar de uma atenção especial para toda a comunidade jurídica e do Estado Social e Democrático de Direito (RODRIGUES, 2014, p. 34).

A caracterização do direito a saúde como instrumento de direito de todos e dever do Estado é positivada no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Verdadeira é a afirmação de que cabe ao Estado promover diretamente as políticas públicas sociais e

econômicas visando garantir de forma direta e universal o acesso igualitário aos atos administrativos e serviços da promoção, recuperação e proteção da saúde concretamente digna, tais necessidades decorrem da necessidade de atuação do Estado como interventor para melhorar as condições sociais da nação. Em suma, o paradigma do Direito à saúde é uma nova racionalidade ético-jurídica para a ruptura política do círculo vicioso de auto-reprodução histórica e psicológica dos males da saúde (GÓIS, [200-?]). Resta entendida a necessidade de atuação do poder judiciário em conjunto com os demais poderes políticos do direito publico como tutela na efetivação do direito à saúde, em razão da deficiência de experiência do Estado em atuações complexas de direitos fundamentais em consonância com o respeito necessário e razoável à dignidade humana.

A Atuação do poder judiciário como meio de efetivação do direito constitucional à saúde, surge da precária atuação do Estado nessa tutela, pois apesar de já ser pacífico o entendimento que o Estado deverá garantir os meios necessários para garantir a saúde e vida do individuo é inesgotável os casos concretos de negligencia do Estado em efetivas a tutela garantia.por essa razão, cresce demasiadamente o volume de atuação do poder judiciário, por aqueles que o invocam, com a consequente concessão de liminares ou sentenças determinando que a administração pública forneça tratamentos, remédios, e quaisquer outros pedidos feitos para que seja garantida a saúde e a vida do indivíduo.

É certo que a proteção do direito fundamental à saúde deve acompanhar a evolução da medicina. Não pode ficar estagnado na disciplina prévia das políticas ou das normas elaboradas pelos órgãos legislativos ou administrativos à saúde, previsto no art. 196 da CF, há que se considerarem as novas descobertas, os novos exames, prognósticos, tratamentos, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, além das novas doenças ao mesmo daquelas que haviam sido erradicadas. Em contrapartida, o contínuo progresso da tecnologia médica, aliado ao aumento da sobrevida da população, tem sido responsável, nos últimos anos, pelo aumento exponencial de custos com a saúde, em detrimento da elevação dos recursos disponíveis para atender o crescimento da demanda. Nesse contexto complexo, cabe ao judiciário verificar se a não prestação do atendimento à saúde decorre da omissão legislativa ou administrativa, considerada inconstitucional, buscando critérios razoáveis na concretização do direito fundamental social (CAMBI, 2009, p.440).

Quando nos deparamos com a saúde publica atual, a atuação da administração pública, e em contiguo o poder judiciário operando para suprimir as faltas existentes, perceptível a razão de que muito se dá pelo orçamento da União que não possui força corporativa para sanar todas as necessidades da sociedade. Muitos dos tratamentos a que uma

pessoa é induzida tem um valor orçamentário elevado, e muitas vezes sem a garantia de efetividade.

Importante salientar a evolução científica dos tratamentos de saúde, em que a todo momento surgem novos métodos de tratamento. Com isso necessária a indagação acerca do nosso Sistema Único de Saúde (SUS), em que por muitas vezes colabora com a morosidade no tratamento dos pacientes, em razão de seu sistema e tabela de tratamento estarem defasados ocasionando uma negativa na medicação necessária em diversos tratamentos. Cumpre lembrar que pela condição que se encontra os pacientes, e a imprescindibilidade de tratamento, por muitas vezes não há tempo para esperar uma atualização no sistema de dados do SUS, sendo necessário valer-se de seus direitos por intermédio do poder judiciário. Há que enfatizar o constrangimento existente em toda decisão que envolve questões de saúde, visto que os valores envolvidos e a difícil aferição quanto a substancialidade do caso. Há que salientar que estamos abordando direitos fundamentais como a vida e a saúde que são direitos inegociáveis e que não pode ser negado a quem quer que seja, e há um sopesamento de direitos, valores e bens que requerem uma especial diligencia (RODRIGUES, 2014. p, 40-42).

Importante esclarecer que quando o judiciário está adentrando em função que primordialmente seria do poder executivo e judiciário não há uma afronta às demais competências, pois a tripartição dos poderes públicos é de função mútua, em que importará também ao judiciário zelar pela observância do devido cumprimento de nosso ordenamento jurídico. Acima de qualquer discussão, cabe ao judiciário zelar pela Constituição Federal conjuntamente com os demais poderes.

6 CONCLUSÃO

No momento atual a demanda social de proteção ao individuo não se vê satisfeita de um modo funcional, mostra-se inevitável a expansão do ordenamento com intuito de se alcançar as novas necessidades humana, garantindo o desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana, a fim de ocasionar-lhe o livre exercício do direito à vida.

Diante disso, os direitos da personalidade, como cerne fundamental a todo ser humano, servem de alicerce para uma vida e existência digna, determino a apresentação de um mínimo existencial. Ademais, em que pese a não previsibilidade da saúde como Direito da Personalidade no Código Civil, não impossibilita a proteção apropriada de tal direito, posto que, conforme ocorre com os direitos fundamentais, seu conteúdo, que é essencial a existência humana digna, encontram-se difundidos na natureza humana.

Nessa linha, o tratamento ao direito à saúde, ao se instituir no campo prático, é incompatível com os postulados de racionalidade efetiva que deve existir. O Estado em sua defesa fundamenta sua ausência concreta na cláusula da reserva do possível. Na medida em que por ser a saúde direito público, dependem dos recursos financeiros para efetivá-lo. Desta forma, a existência deste expediente configura uma limitação prática-real para a concretização deste direito fundamental.

Neste contexto, existe uma má interpretação desta teoria, sendo difusora desta apologia social. Incontestável que a teoria da reserva do possível foi adaptada filosoficamente, socialmente e culturalmente a realidade Brasileira. Entretanto deve existir uma grande cautela em sua excessiva execução. Caso contrário haverá uma limitação ao pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais e sociais, em especial ao direito à saúde.

Assim, necessita haver uma devida proporcionalidade de direitos e não a pura verificação do Estado quando à escassez de recursos para a satisfação do direito à saúde. Com o devido respeito e acatamento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, a sua atuação no campo prático ganha proteção ao se fixar o mínimo de cada sujeito. Esta ligação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana brota em firmar o respeito que deverá existir quanto ao princípio constitucional fundamental. Reunindo as condições fundamentais ínfimas para a essência humana, que deveria ser concretizada na prática.

Com este entendimento, a penosa gestão administrativa não pode computar no mínimo de saúde para a pessoa, entendendo-se que o mínimo já é o suficiente. Ao passo que indaga acerca do Sistema Único de Saúde (SUS), se realmente temos a apreciação do mínimo à saúde ou se nem o a insignificância parcela de direito social é resguardada.

De fato, não existe o mínimo de saúde a pessoa. Sendo necessário valer-se de seus direitos por intercessão do poder judiciário. A performance do poder judiciário como meio de efetivação do direito social à saúde, brota da precária atuação do Estado nessa proteção.

Salienta, por derradeiro, o submergindo do poder judiciário em função que primordialmente seria do poder executivo e judiciário não acarreta o afrontamento a tripartição dos poderes. Posto que, são funções recíprocas, em que implica também ao judiciário em zelar pela observância ao devido cumprimento no dia-a-dia. Cabe ao judiciário velar pela Constituição Federal conjuntamente com o poder legislativo e executivo.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento do Direito a Saúde como valor jurídico impregnado de natureza constitucional está a serviço de uma atuação jurisdicional.

Infelizmente, para uma melhor análise destas é imprescindível a atuação estatal, através do seu poder judiciário.

7 BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica do princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 8. ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionai, v. 12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 18 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (Trad.), Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 10 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF* n. 45-DF. Rel. Ministro Celso de Mello. Publicada em 04-05-2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. Presidência da República, Casa Civil. Lei 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 ago. 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos rumos dos direitos especiais da personalidade e seus aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____; MORAES, Carlos Alexandre (coord.). **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**. Maringá: Caniatti, 2014.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Políticas Públicas: A Forma Ideal de Concretização da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais**. In: *Estudos Sobre os Direitos*

Fundamentais e inclusão Social: da Falta de Efetividade à Necessária Judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. coord.: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. José Roberta Anselmo. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Zulmar. **Teoria Geral do Direito Constitucional.** 2 ed. Londrina: IDCC, 1997.

FLORENZANO, Vicenzo Demetrio. **Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar.** In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, jan-mar. 2005.

GÓIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na Efetivação do Direito à Saúde Fundado no Paradigma da Dignidade Humana.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2015.

KANT, Immanuel **Grundlegug zur Metaphysik der Sitten.** Trad. de Paulo Quintela: Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PUSSI, Luciane. PUSSI, William Artur. **Dever do Estado em Prover Alimentos Diferenciados a Portadores de Necessidades Especiais.** In: Novos Direitos e Direitos da Personalidade. v.2. Coord.: MORAES, Carlos Alexandre. CARDIN, Valéria Silva Galdino. Maringá: Caniatti, 2014.

RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Pacientes Terminais: Direitos da Personalidade e Atuação Estatal.** 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. **Dignidade Da Pessoa Humana E Direitos Fundamentais Na Constituição Federal De 1988.** 3. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2004.

SERVEGNINI, Angélica Padilha. OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. **A Efetividade Dos Direitos Sociais Diante Da Atual Conjuntura Econômica: A Reserva Do Possível E Mínimo Existencial Frente Ao Direito À Moradia E O Direito À Alimentação**

Apud: CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva – Desafios para Concretizar Direitos Sociais. São Paulo, SP: Saraiva, 2009, p. 96. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1492/1258>> Acesso em: 12 ago. 2015.

SZINIAWJKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ZENNI, Alezandro Severino Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós-modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis, 2006.