

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

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

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

**O ACESSO AO SERVIÇO DE SAÚDE PELOS HIPOSSUFICIENTES COMO
PRERROGATIVA DE EXCLUSIVIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO
FRATERNAL**

**ACCESS OF HEALTH SERVICES BY HYPOSUFFICIENT AS STATE EXCLUSIVE
PREROGATIVE DEMOCRATIC FRATERNAL**

**Guilherme Bittencourt Martins
Roberto Carlos Ferreira Soares**

Resumo

A presente exposição deste artigo aborda como um direito de sobrevivência da sociedade contemporânea, para efetivações de direitos fundamentais, em especial aos hipossuficientes economicamente, ou seja, aos pobres, com o direito comunitário e o princípio da fraternidade trazido na nossa Constituição Federal. Expõe a possibilidade de utilizar o direito à saúde a exclusividade daqueles que mais necessitam, deixando de lado a sua visão universal, uma vez que os que precisam do sistema de saúde custeado pelo Estado, são aqueles que não possuem condições financeiras de suportar custos com planos de saúde de empresas na área de saúde. Com a universalidade do direito à saúde, ocasiona-se uma desigualdade social, uma distorção de direitos daqueles que realmente precisam, afogando o Poder Público em custeamento de saúde. A proposta visa estabelecer uma era de direitos fraternais, para que deixam de lado individualismo. Assim torna-se uma visão de cidadania a luz do princípio comunitário, visando o bem social a todos e a efetivação de direitos social, tornando-se uma sociedade mais fraterna.

Palavras-chave: Serviço público, Saúde, Fraternidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present exhibition of this article discusses as right to survival of contemporary society, paragraph functionings Fundamentals Rights, particularly to hypo sufficient economically, the poor, with community law and principle of brotherhood brought in our Federal Constitution. Exposes the possibility of using the right to health exclusive those who need it most, leaving aside his universal vision, since what need do health system funded hair State, are those who have conditions to support financial custodian with plans health nurse companies in the health area. With the universality of the right to health, it causes-a social inequality, a rights distortion of those who really need, drowning the Government in costing health. The proposal was to establish a fraternal rights, what to leave side individualism. So becomes citizenship vision light of the community principle, aimed at social well all and realization of social rights, becoming a more fraternal society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public service, Health, Fraternity

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo nasceu sob uma ótica do signo do individualismo, e numa época em que era dominante uma visão otimista da sociedade (DERBLI, 2007, p. 18).

Nos tempos atuais, a Constituição Federal de 1988 é uma constituição de garantias fundamentais com acessos universais aos direitos sociais.

A constitucionalização dos direitos sociais, impôs ao Estado a modificação de seu perfil mínimo, a fim de assumir uma postura participativa no cenário econômico e na promoção do bem-estar (DERBLI, 2007, p. 19).

Ocorre que tal sistema, é falido no Brasil por diversas justificativas, como má distribuição de renda, de valores, corrupção inacabáveis, desvio de verbas na área da saúde, na educação dentre outros fatores que geram um abalo no sistema econômico do País pra que seja efetivado um Estado Social de bem estar.

A vida em sociedade é complexa, a política é complexa, a distribuição de renda é complexa, o que levam, nos dias atuais, alternativas para que possamos resolver situações para tornar uma sociedade mais justa, e assim promover o bem estar social.

No contexto deste trabalho, demonstra-se, como principal fator, o princípio que rege na nossa Constituição Federal, constituído em seu art. 3, inciso I, e mais, está presente no preambulo como introdução da nossa Constituição, que rege o seguinte:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O bem estar está como valores supremos de uma sociedade fraterna, que se funda numa harmonia social e comprometida com a ordem interna do Estado, como solução de conflitos.

Mas perguntamos, que sociedade fraterna? É uma pergunta difícil de ser respondida, pois a sociedade que vivemos é mais individualista do que fraterna.

Assim, trazemos a baila, alternativas, para que seja implantado um sistema fraternal à sociedade, uma vez que com isso podemos suprir diversas desigualdades, conflitos sociais, fazendo com que o Estado seja destinado ao bem estar.

Para isso, propomos que somente a filosofia pode mostrar como a justiça se insere entre o individuo e a sociedade (PLATÃO, Carta VII, 325e).

O princípio da fraternidade é um elemento que devemos tratar os seres humanos, como se fossem nós mesmo, tratando-os como irmandade, seres fraternos, colocando-se no lugar de cada um para viver uma realidade, abrindo mão de um direito seu, para proteger e efetivar o direito de outro.

A inicial ideia que vem à mente quando se pensa em fraternidade é a de ajuda desinteressada ao próximo, reconhecendo-se alguma dificuldade deste em se manter, através de suas próprias forças, que são as ações afirmativas.

A cidadania, nunca esteve tão próxima ao tema de direitos fundamentais, em especial aos direitos humanos. É baseado na forma de uma nova menção à cidadania que é encontrado o princípio da fraternidade e, porque não, o princípio correlato ao da fraternidade, o da solidariedade, para validade de uma nova ordem jurídica social.

Com a aplicação da justiça fraternal deve ser patamar, a fim de criar uma nova menção da cidadania, em conjunto com o poder estatal, para sanar todos os conflitos sociais do mundo contemporâneo.

A Justiça fraternal na ordem constitucional dever ser aplicada, por ser uma forma humanística, envolvendo uma sociedade fraterna, solidária, na compreensão com a dignidade da pessoa humana, que tal percurso de aplicação, deve ser de forma a não deixar para o dia de amanhã, socorrendo assim, os anseios da sociedade brasileira, principalmente daqueles que mais precisam.

É bem verdade que o constitucionalismo fraternal abarca um humanismo social que não deve existir somente na ordem espiritual, filosófica, utópica, mas impor nos valores de uma sociedade de irmãos.

A título de influência, vale mencionar a ideia de Tomas More, em seu livro “A Utopia”, em que ele atribui o seguinte: “A Utopia corresponde-se a uma grande família, pelo fato de tudo que for produzido é igualmente dividido entre todos que compõem a sociedade, dessa maneira inexistem assaltantes e mendigos” (MORE, 2000, p. 65).

Fica claro que a ideia de More precisamente trabalha na solidariedade do ser humano, onde que a sociedade correspondente a uma família, ou seja, mais fraternal, deixará de lado diferenças, e fazendo com que se impõe efetividade nos direitos sociais, com excelência ao bem estar.

Dworkin vê os valores igualdade e fraternidade como elementos do princípio maior (moral e fundamental) da formação principal que os indivíduos constituam uma sociedade política. (DWORKIN 1999, apud BARBOSA, 2008).

A comunidade ou sociedade política se constitui com suporte na ideia de que todo indivíduo possui a mesma dignidade de ser tratado com o mesmo interesse (igualdade) e membros (Cidadãos) da própria comunidade (fraternidade). É isso interesse e esse respeito moral pela dignidade do outro, pela compreensão do ser, pelo abraço fraterno a todos. (DWORKIN, 1999, apud BARBOSA, 2008).

Como já dizia a advogada de Roma (Itália) no Congresso Comunhão e Direito, que: “Os princípios de liberdade e de igualdade, traduzidos no plano jurídico, reforçaram os direitos individuais, mas, se faltar a fraternidade, eles não são suficientes para tutelar a vida de inter-relação entre os seres e as comunidades.” (CASO, 2008, p. 19).

A sua posição da fraternidade, está coligada, ao tempo atual no nosso constitucionalismo, em que há apenas atuação por parte do Estado na efetivação dos direitos sociais. A fraternidade, ou seja, a relação comunitária entre os povos tem o maior garantia para efetivação dos direitos fundamentais, deixando de lado, uma sociedade desigual e individual e uma maior atuação como cidadão.

Por fim, em face às breves reflexões sobre o tema que iremos discutir, vislumbra-se que o princípio fraternal está coligado aos direitos humanos e fundamentais, sendo um direito a humanidade, ao “ser”, e o “ter” humanidade, repletas de companheirismo, responsabilidades mutuas e interesses coletivos.

2 O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde se insere na geração dos direitos sociais constitucionalmente garantidos pela nossa Carta Magna. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica assegurada à generalidade das pessoas.

Traz, portanto no art. 6^a da Constituição Federal, como um direito social:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

E garante com maior positividade no texto normativo, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito é complementado pela Lei 8.080/90, em seu artigo 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Diante das normas Constitucionais, e da legislação infraconstitucional, faz com o que o Estado assume a responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde de forma gratuita a todos os cidadãos, povos, e pessoas que vivem no Brasil.

Portanto, incumbe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médica hospitalar.

Ocorre, que tal regra, positivada no artigo 196 da CF/88 tem caráter programático, cujos destinatários são os entes políticos que constituem no plano institucional a organização

federativa do Estado Brasileiro. É um direito difícil de ser cumprido, ainda mais em país de terceiro mundo, como o Brasil, e que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional, para todos os cidadãos, inclusive aqueles que menos necessitam de assistência à saúde gratuita.

Neste sentido, vale destacar a lição de José Afonso da Silva:

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2005, p. 286).

Em razão da norma Constitucional de caráter programático, o direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público, hoje vivenciado cada vez mais pelas crises no Brasil.

Ademais, o artigo 6º da CF/88 expressa, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado a sua implementação. Mas devemos destacar que o direito social à saúde confunde-se com o direito à vida, o maior direito fundamental.

Com a escassez de recursos na área da saúde e a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver atendida sua necessidade de saúde, mediante a propositura de ações, que vão desde aquelas objetivando o fornecimento de remédios, à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos, mesmo tendo condições de pagamento particulares, com planos de saúde a seu dispor, e com alto recurso para sustentar sua saúde sem a dependência do Estado, o que gera uma bomba relógio, em termos financeiros para o Poder Público, abrindo diversas dificuldades de implementação à saúde para quem realmente precisa.

Assim, por si só, a Constituição Cidadã, que se pretende implantar igualdade, erradicação da pobreza e acesso aos necessitados, se contradiz ao benefício de quem não

precisa, acontecendo um conflito de valores Constitucionais, e sua implementação no ordenamento jurídico.

No dizer do Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), consta que “a saúde é um completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças” (SCHWARTZ, 2001, p. 35), este conceito críticas, em relação da sua abstração de seus termos na descrito.

Schwartz também critica que: “É um conceito irreal, que não se adapta à realidade fática, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia.” (SCHAWART, 2001, p.37). Para tanto, necessitamos de um aparato fraternal à nossa sociedade afim de que possamos encontrar o bem-estar , principalmente aos necessitados.

A saúde garantida a todos, com isso gera consequência a integralidade de sua aplicação. Torres (2001, p. 287) aponta os motivos pelos quais o considera “ineficaz e utópico”:

A saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da CF, confundiu-se com a saúde curativa, claramente definida como direito social pelo art. 6º, criando-se um sistema único de saúde que seria universal e gratuito, mas que acabou transferindo para terceiros a responsabilidade do seu financiamento e por empurrar para os planos privados de assistência a classe média, tornando-se utópico e ineficaz. Com efeito, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos.

Desse modo, o direito a saúde na norma constitucional deve manter um ampara ao princípio fraternal, ante sua eficácia de aplicação, que passaremos a verificar diante todo o trabalho realizado neste contexto.

3 BREVE IDÉIA DE VALORES COMUNITÁRIOS

Dá-se a ideia de valores comunitária, em razão do princípio da fraternidade e a própria democracia e cidadania, deixando de lado o fato individualista.

A designação comunitarista realmente vem de função vocacionada para o âmbito comunitário, com sua percepção maior ao Direito comunitário e a própria sobrevivência comunitária. (RAMOS, 2005, p. 360).

A extensão é verificada pela primazia do Direito comunitário deve operar-se em relação à totalidade dos atos normativos de um determinado Estado, para alcance de diversas fontes de produção do Direito autorizado pelo Estado. (RAMOS, 2005, p. 362).

Neste assunto, comenta Ruggeri e Spadaro (2001:320-1), o seguinte:

Foi reconhecida a legitimidade de impugnação de leis estatais de parte da Região (simetricamente à já reconhecida impugnação de parte do Governo das leis regionais: sent. N. 384/1994) em contraste com normas comunitárias, também se suscetíveis de imediata aplicação (RAMOS, 2005, p. 362).

A legislação nacional que esta em contradição com o direito comunitário deve ser rechaçada, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (RAMOS, 2005, p. 360).

Assim, vejamos que na ordem comunitárias, devemos compreender que a saúde está para todos, mas verificamos sua insuficiência de eficácia geral, o qual deve se implantar o princípio da fraternidade a fim de não prejudicar a comunidade, e o direito comunitário ser também implantado.

O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista, conforme verifica na Constituição Federal e suas Emendas Constitucionais, o qual compromete a efetivação de direitos da autonomia dos cidadãos (CITTADINO, 2000, p. 14).

Carlos Roberto S. Castro, fala pelo constitucionalismo societário e comunitário, como a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores (CITTADINO, 2000, p. 16), o que podemos dizer, sobre os princípios eminentes previsto na Constituição Federal, que vem de encontro ao da fraternidade, e o direito comunitário.

O constitucionalismo comunitário vem de encontro ao constitucionalismo fraternal, que visa sempre o calçado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa a

concepção de direitos subjetivos para dar lugar as liberdades positivas (CITTADINO, 2000, p. 17).

José Afonso da Silva aponta que a sociedade se transforma em condutas valorativas humanas ao seu modo de agir, e constitui em fundamentos do existir comunitário, formando elementos constitucionais de grupos sociais, assim, (CITTADINO, 2000, p. 16), o objetivo primordial da Constituição é realização de valores que apontam para existência da comunidade e sociedade, para o seu bem estar coletivo, o que resta dizer colocar-se no lugar do outro, abrir mão de um direito para supri-lo de outro que mais precisa.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO FRATERNAL E O DÉFICIT DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DA PRÓPRIA SOCIEDADE

A Constituição brasileira é classificada como constituição social, que esta incluída no novo constitucionalismo, lado as constituições europeias, pós-guerra, e, ainda, é uma constituição dirigente, contendo no seu ideário a expectativa de realização dos direitos humanos e sociais até hoje (só) negados à sociedade Brasileira. (STRECK, 2001, p. 250).

Portanto, não basta apenas o que está escrito no texto constitucional, é preciso efetivá-la, de um ponto real nos tempos atuais, diante toda a situação econômica do Estado, a distribuição de renda, a distribuição de igualdade, o que assim, poderá trazer maior efetividade na norma constitucional, com a interpretação lógica e filosófica da CF.

O atual regimento constitucional rege pela compreensão das necessidades coletivas cedendo os espaços as prioridades individuais.

As vidas em sociedade humana são meios inerentes a sobrevivência da nossa espécie. As normas sociais são tão antigas quanto a nossa humanidade, em certo momento da historiam todas as normas sociais, sejam elas morais, jurídicas, religiosas, passam a priorizar o ser coletivo em detrimento a individualidade, o qual, Habermas chama de passagem das sociedades arcaicas da pré-modernidade para as sociedades diferenciadas da modernidade (CRUZ, 2001, p. 203).

Bobbio menciona no mesmo sentido que:

[...] significado histórico, ou melhor, filosófico-histórico-da inversão característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadão: passou-se da propriedade dos deveres dos súditos à propriedade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominante do ângulo soberano e sim aquele da teoria individualista de sociedade em contraposição a concepção organicista tradicional (BOBBIO, 1996, p. 03).

Como disse Bobbio, a sociedade vem evoluindo de tal forma, que o indivíduo passa ser o segundo plano, tendo como visão o coletivo, e assim, normas mais solidárias de efetivação de direitos fundamentais.

O direito à saúde tem sido objeto de muitos estudos, como teoria da reserva do possível e a proibição do retrocesso dos direitos sociais, dentre outros. Entretanto, adaptar a esta relação o conceito de fraternidade é tarefa que poucos têm enfrentado, talvez porque a fraternidade nos obriga a uma aproximação com o outro, o que não é fácil em uma sociedade fundada no individualismo competitivo.

No nosso sistema normativo do direito, que está distante do sistema da saúde, passa a ter uma função importante na efetivação do direito fundamental à saúde, com o princípio da fraternidade, com convívio social.

O fato de se integrar a questão legalista da lei, onde todos terão direito à saúde, em que os processos judiciais neste sentido, como mandado de segurança, obrigações de fazer dentre outros, para concessão de medicamentos, internações, operações cirúrgicas dentre outros, todas essas custeadas pelo Estado, a qualquer pessoa o que solicitar, deixam perdida sua responsabilidade social, até mesmo da responsabilidade do Poder judiciário de realmente efetivar a justiça social, bem como a responsabilidade para com o Estado e a pessoa beneficiada e aqueles que não estão sendo beneficiadas.

Há se disser que a constituição cidadã em que determina que os direitos a saúde sejam direitos para todos, acabam abrindo argumento de não responsabilização e fuga do dever social da própria constituição ao que preconiza a Constituição Federal de 88 em seu art. 1º, dos valores da cidadania e a dignidade da pessoa humana, e ainda como construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º), que tornam como objetivos fundamentais da República do Brasil.

Como a Constituição Federal não traz como clareza o que é a dignidade da pessoa humana, devemos considerar que, o valor distinto de cada indivíduo humano terá como lógica a afirmação de direitos específicos de cada ser, reconhecendo de que a vida social não pode se confundir com a vida do Estado, buscado necessariamente um equilíbrio (REALE, 1997, p. 4).

Ou seja, nesta visão deve prevalecer que a dignidade humana não se confunde com a vida política estatal, prevalecendo à vida do ser que mais precisa, reconhecendo sua dignidade.

Para que haja o respeito à ordem da dignidade da pessoa humana, começa-se, pelo menor, nos tempos atuais de regência de uma constituição democrática, demonstrar que para o crescimento da sociedade na relação da dignidade do ser, que a sociedade constitui uma evolução para si mesma, com a finalidade eminentemente coletiva como: conservar a existência dos cidadãos e proporcionar o bem estar de todos, como demonstra Aristóteles na obra *Ética a Nicomacos* (1992), que propõem um paradigma entre o homem e o cidadão:

A função própria do homem é um certo modo de vida, e este é constituído de uma atividade ou de ações da alma que pressupõem o uso da razão, e a função própria de um homem bom é o bom nobilitante exercício desta atividade ou a prática desta ações se qualquer ação é bem executada de acordo com a forma de excelência adequava-se este é o caso, repetimos o bem para o homem vem a ser um exercício ativo das faculdades da alma de conformidade com a excelência , e se há mais de uma excelência de conformidade com a melhor e mais completa entre elas.

Que, alias, já dizia Aristóteles em “A Política” (1985, p. 4) o homem em sua conservação dar se pelo trabalho de cada um, estabelecidas as trocas de mercadoria , em quanto o bem estar é objetivo material, mas como moral, pois depende de cada um a felicidade e a prosperidade do outro, já que é um animal cívico.

Dessa feita, o homem como pessoa cívica, deve compreender a demonstração de ser que importa om o outro na sociedade e com o próprio Estado, para que resguardada e dignidade humana e os fins econômicos sociais do Estado.

Para tanto, o contexto sobre que o direito à saúde é para todos, devemos interpretar a norma, dentro de um Estado Democrático Fraternal, de que as concessões de medicamentos,

cirurgias e tratamentos médicos, deviam ser apenas para aqueles hipossuficientes economicamente.

O Estado arca com ônus muito grande de todos que pedem este benefício, tornando uma bomba relógio para o sistema financeiro do Estado, tendo que suprir verbas até de outros locais, fazendo uma distribuição econômica desproporcional ao orçamento público.

Assim, as pessoas com renda sustentável, em tese, não deveriam solicitar a ajuda do estado, uma vez que possuem condições e amparo econômicos para suportar despesas médicas, de medicamentos, de cirurgias do plano particular.

Veja-se que isso com consequência, terminarão em filas, horas de espera, burocracias para o atendimento da população que realmente necessita.

Logo, vem de se em torno da democracia fraternal, o que torna a eficácia de um valor fundamentam já construído na constituição de federal, tornando uma sociedade justa e solidária.

Neste caso, o valor da justiça se torna maior, pois devemos levar em conta a proporcionalidade do valer um pelo outro, pois a proporcionalidade aponta para uma espécie de racionalização, como justiça retributiva (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 1).

O sistema atual é complicado, pois daquele que mais necessita, fica dependendo de burocracias, até mesmo de esgotamento das vias do Estado, às vezes porque, pessoas com condições financeiras razoáveis sem que necessite da presença do Poder Público destoam àqueles que da saúde necessita, formando assim um individualismo, pois elas também têm esse “direito”.

É fato de que estamos em uma democracia mais individualista, pois a natureza não impõe sua ordem interna ao mundo físico, mas instaura uma relação de oposição entre os indivíduos, afirmando para tanto, que, sua individualidade do ser humano se vê diante da necessidade de negação do outro (MATHEUS, 2007, p. 19)

Essa negação torna mais frágil a efetivações de princípio como o da fraternidade, e que por consequência geraria maior desigualdade e a distribuição de renda, neste caso da saúde.

Para Platão, justiça seria reconhecer o bem, como todo ato humano, e ainda notou como fundamento da justiça deve estar preciso acima de interesses individuais (MATHEUS, 2007, p. 22 - 23), assim, é preciso tornar efetivo o direito a solidariedade como princípio efetivo do direito.

Neste ponto, o indivíduo é justo na medida em que exerce o “bem” o seu papel dentro do conjunto social, mas não é o suficiente, teria que ter os indivíduos à capacidade de cada um dos indivíduos esta ordem justa como um “bem” que todos possam se esforçar em alcançar (MATHEUS, 2007, p. 28), assim surge o princípio da fraternidade na sociedade, como forma de evolução do direito de cidadão e nos princípios sociais, com alcance maior da justiça que se torna objeto e vontade de todos como algo que vale por si e que acarreta na sociedade, como função de uma cidade ideal, com a noção do bem comum (PLATÃO, A República, p. 473a).

Podemos compreender também como forma fraternal, a justiça distributiva, pois esta consiste na distributiva de riquezas dos cidadãos, adequando-se uma proporcionalidade entre aquilo que é distribuído (YAMIN, 2007, p. 35), e com isso, veremos que a proporcionalidade deve se resumir, na questão de aqueles que não precisam do sistema de saúde do Poder Público, não se faz necessário e nem é proporcional para que se exerçam, deixando apenas para que os necessitam, evitando assim, um epidemia de povos e cidadãos exigindo proteção a saúde para toda a população inclusive aqueles que possuem grande poder econômico.

Para uma boa constituição, deve ser constatado que os princípios que devem ser levados em conta, a primeiro de ordem teórica, e o segundo o qual é exigida a escolha correta do critério a ser utilizado – como o caso dos direitos sociais, no caso a saúde-, para que seja aplicado uma boa distribuição de justiça social (YAMIN, 2007, p. 37).

Ora, para que haja uma justiça social concreta, constituição que exige uma sociedade mais fraterna e solidária, deveria ter observado a questão que a saúde é direito de todos,

quando o caso do Estado sustentar a saúde como único meio que os cidadãos podem socorrer, até aqueles que menos necessitam o que se pressupõem um abalo e conflito nos princípios, em que direcionado a saúde é um direito, mas sim daqueles com poder econômico insuficiente para sustentá-los, levando-se em conta o princípio da fraternidade como aplicação da norma a favor somente dos necessitados.

O ideal da revolução francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”, é um marco para civilização moderna, em razão dos sofrimentos do século XVIII, que com isso a nossa constituição trouxe até em preambulo a fraternidade como meio de efetivação de direitos.

A solidariedade e a fraternidade, nos mundos atuais, passa a ser um vértice maior da tutela dos direitos fundamentais, no que consiste no respeito a dignidade da pessoa humana, respeitando as diferenças , a igualdade, o respeito ao próximo, a proporcionalidade de aplicação as normas, a equidade como forma de justiça, o que na essência histórica deu –se diversos normas e declarações realizadas pela ONU.

O Princípio da Fraternidade impõem se, por consequências, limites em sua aplicação, o que neste trabalho pretende-se demonstrar, pois como já dito, a saúde é direito de todos e dever do estado, mas deve haver ponderações, assim, na teoria de Alexy (2008, p. 90), expõem o seguinte:

Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular , há , portanto, um situação de conflito cuja solução requer se imponham limites a esses direitos para que possam , enfim, coexistir. Fala-se , então , de limites constitucionais não escritos ou de limites imanentes. Supõe em decorrência de uma teoria constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais, que o legislador teve uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujas respectivas esferas de proteção se afiguram colidentes, assim como, em casos em que haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento caso, estabelece-los.

Em se tratando de solidariedade, deve se ter sempre presente que a solidariedade da convivência é uma simples solidariedade moral, que quer excluir o mal, apenas aspirando ao bem, que é uma das origens da formação de sociedade (MALATESTA, 2003, p. 60).

A solidariedade moral implica em elementos objetivos e subjetivos, pois, o primeiro, seria entre a mútua assistência, ou seja, troca de favores, e segunda, aspiração de vontades do individuo ao fazer o bem (MALATESTA, 2003, p. 61).

Ora, não há necessidade, no momento do Estado em que se encontra de proporcionar acesso à saúde a todos, mas, sim, apenas para aqueles que necessitam, como o caso dos pobres.

O Estado Democrático de Direito como no Estado de Direito Democrático, o qual na união se resulta um casamento por amor o ansiado Estado de Justiça, (BRITTO, 2006, p. 183) para efetivações de direito e maior equidade.

No Estado Democrático de Direito necessário se faz as que as políticas públicas sociais devem dar apoio com relevância maior aos grupos e classes minoritárias, excluídas e hipossuficientes, com todo o respeito ao princípio da proporcionalidade. (MARTINS; SOARES, 2014, p. 322).

Frisa-se que a solidariedade é um princípio que alçará maior a igualdade em questão, o qual após, todos terão acesso ao serviço de saúde público.

A posição de princípio da fraternidade, esta diretamente ligada ao tempo atual da nossa República e constitucionalismo, em que há apenas atuação por parte do Estado na efetivação de direitos fundamentais, o qual necessário se faz companheirismo ao Estado, devendo crer, que aqueles que não precisam só serviço público, deixa-os para o que realmente necessita.

O Estado Fraternal veio para transcender o Estado Social (BRITTO, 2006, p. 216), tanto é que o Estado Social veio para superar o Estado Liberal.

No Estado Democrático Fraternal é uma perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade, “isto é, uma comunhão de vida” (BRITTO, 2006, p. 2016).

Não podemos negar o direito de experimentar o desenvolvimento enquanto a situação de compatibilidade entre a riqueza do país e a riqueza do povo se auto sustentada ou sem temerária dependência externa (BRITTO, 2006, p. 217) o qual necessitamos de uma ponderação e aplicação deste princípio.

Para que haja uma aproximação social, o Ex- Ministro do STF, Carlos Ayres Britto (2006, p. 217) menciona:

Deveras, a compassiva ou aproximativa igualdade social é a condição material objetiva para o desfrute de uma liberdade real. Tanto quanto esse mesmo tipo de igualdade social é a condição material objetiva para o desfrute de uma fraternidade como característica central de qualquer povo (um vez que, sem igualdade aproximativa, o que se tem no plano da boa vontade dos mais favorecidos para com os menos favorecidos sócio culturalmente **não passa de caridade, favor, compaixão condescenda a resvalar frequentemente para o campo da humilhação dos hipossuficientes**) (grifo do autor).

Veja pelos dizeres do Ex-ministro, que a humilhação dos hipossuficiente se faz presente na nossa sociedade, pela falta de fraternidade da população e até mesmo do próprio governo, pois a saúde deve ser disponibilizada para todos, o qual gera maior burocracia, filas, despesas dentre outros fatores econômicos e procedimentais.

A fraternidade gerará maior compreensão ao direito da nossa carta magna e sua maior efetividade dos direitos fundamentais e direitos humanos como também garantia da igualdade entre os povos.

5 CONCLUSÃO

Com a criação da norma constitucional, onde direito à saúde é universal, devemos tomar alguns cuidados específicos para que o Estado de Direito não seja falho neste sentido, para isso trouxemos a proposta da fraternidade.

A efetivação de um bem estar social é dependente de vários fatores, entre um deles, talvez o mais importante, para efetivação de direitos sociais, e até mesmo de outros direitos fundamentais, é o princípio da fraternidade.

Vale dizer que o constitucionalismo comunitário se refere à concretização da constituição através de valores, ampliação do círculo de seus interpretes, busca especialmente garantir a efetividade do sistema fundamentais assegurado na Constituição Federal.

No tempo atual em que vivemos a importância de se tornarmos mais próximos, deixar de lado o egoísmo e individualismo, para que sejam retamente efetivados os direitos sociais, e assim, a sociedade cresce como um ente mais justo.

A proposta visa tornar-se mais efetivo o Sistema Único de Saúde, para aqueles que realmente necessitam de seu atendimento, deixando o lado de ser universal, pelo menos por ora, quando a situação do Estado estiver mais equilibrada.

Uma sociedade mais fraterna torna-se o maior humanismo dentro de cada indivíduo, assim fazendo com que prospere a sociedade de forma mais rápida e saudável.

Devemos destacar que não se trata de um retrocesso dos direitos sociais, muito menos uma reserva do possível, mas sim uma alternativa para vida em sociedade fraterna, onde a consciência de um para com o outro deve fluir de maneira equilibrada, e com a preocupação da comunidade.

Vale lembrar que a Defensora Pública destacada no Brasil, com sua proteção na Constituição Federal, em seu Art. 134, o qual favorece apenas a assistência jurídica aos hipossuficientes, demonstrando aí um equilíbrio na relação dos direitos fundamentais, o que poderá ser aplicada no instituto da saúde.

Pretende-se realizar uma reflexão crítica do nosso cotidiano, deixando de lado o individualismo do capitalismo, que rompe a sociedade e o crescimento da mesma.

Há de realizar um pensamento sobre a dogmática jurídica a fim de que possa superar os valores Constitucionais a fim de proteção da comunidade quando ela clama-se pelo o resgate de seu direito social, e com o princípio da fraternidade, onde deixamos de lado um direito posto ao nosso favor, para que seja dado ao outro, tornando uma visão mais humanista com a sociedade contemporânea.

Devemos acreditar que a sociedade seja mais fraternal, aceitando a proposta, não de retirada de direitos de alguns, mas sim efetivação de direitos daqueles que não o têm e o necessita cada vez mais, diante sua hipossuficiência, seja ela econômica e outras mais.

6 REFERÊNCIAS

ARISTOTELES, **Ética A Nicomacos**. Brasília: Editora EDUNB, 1992.

_____. **A Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1985.

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

BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Muni; SOUZA, Carlos Aurélio Mota (organizadores). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense. Anais do Congresso Internacional “Relação no Direito: qual espaço para a fraternidade?”**. 1. ed. São Paulo: Ed. Cidade Nova. 2008.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo Direito E Justiça Distributiva – **Elementos Da Filosófica Constitucional Contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIAO, J.; CRUZ, A. **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho: Belo Horizonte: Editora Del Ray, 2001.**

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

DOWRKIN, Ronald, **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes , 1999, p.235. *apud*: BARBOSA, Ana Paula Costa. “Ronald Dworkin e a Fundamentação da Cidadania nos valores “igualdade” e “fraternidade””. Revista Forense, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Justiça como retribuição - da razão e da emoção na construção do conceito de justiça In: . PISSARRA, M.; FABRIBI, R.; (Orgs.) **Direito E Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Sociedade E O Estado - Introdução Sociológica ao Estudo do Direito Público**. Campinas: Editora LZN, 2003.

MARTINS, Guilherme Bittencourt; SOARES, Roberto Carlos Ferreira. O acesso ao serviço público pela cota racial à luz do princípio constitucional da igualdade. In. BACHIEGA, M.; BRAGA, R. (Orgs.). **Estudos da Teoria da Constituição**. Bandeirantes/PR.: Editora Redige. 2014.

MATHEUS, Carlos Eduardo Meirelles. A Noção de Justiça Em Platao. In: . PISSARRA , M.; FABRIBI, R.; (Orgs) **Direito E Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia** . São Paulo. Ed. Atlas. 2007.

MORE, Tomás. **A Utopia**. Tradução de Paulo Neves, 1. ed. Porto Alegre: Editora L&PM 2000.

PLATÃO. **Carta VII**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2008.

RAMOS, André Tavares. **Teoria Da Justiça Constitucional** . São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK , Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão á jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetivação da constituição brasileira - hermenêutica e justíssimo constitucional . In: SAMPAIAO, J.; CRUZ, A. **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho: Belo Horizonte**: Editora Del Ray, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

YAMIN, Ana Maria Oliveita. A justiça distributiva em Aristóteles e a escolha da melhor forma de governo . In: . PISSARRA , M.; FABRIBI, R.; (Orgs) **Direito E Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia** . São Paulo. Ed. Atlas. 2007.