

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

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. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

OS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PRESTACIONAL /FUNDAMENTAL À SAÚDE

THE COST OF BASIC RIGHTS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTHCARE

Rubia Carla Goedert

Resumo

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde à categoria de direito fundamental, não se restringindo ao mero reconhecimento, mas, também prevendo sua implementação por meio de políticas públicas e o serviço público como mecanismo para sua concretização. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios que serão utilizados para a efetivação dos direitos sociais, há uma obrigação constitucional em seu cumprimento, onde, em muitos casos, o ônus argumentativo eleito para sua não observância são os poucos recursos públicos. Não obstante, não se pode desprezar o fato de que não há recursos suficientes para custear as necessidades da área da saúde e, diante desta dificuldade, faz-se cogente estabelecer critérios públicos e objetivos para uma distribuição de maneira justa e igualitária despontando a necessidade de participação da sociedade civil, indicando as prioridades e direcionando os investimentos na consecução dos objetivos do Estado Constitucional Brasileiro a fim de garantir a dignidade dos cidadãos. Utilizando-se do método científico dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho elege Ingo Wolfgang Sarlet e Robert Alexy como marcos teóricos. A pretensão deste artigo é desenvolver um estudo sobre o direito à saúde como direito fundamental social apontando para a necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas e no fato de que as decisões judiciais em demandas individuais ignoram as consequências distributivas de alocação de recursos, utilizando uma dogmática jurídica que fere indubitavelmente a igualdade almejada em nossa Constituição Federal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à saúde, Mínimo existencial, Custos dos direitos.

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil's 1988 Federal Constitution raised the right to healthcare to the category of fundamental right, not restricting it only to acknowledgement but also predicting its implementation through public policies and the public service as mechanism to its achievement. Although there might be discretion regarding the means that will be utilized in the effectiveness of social rights, there is a constitutional obligation in its fulfillment, where in many cases, the argumentative onus elected to its non-observance is sparing public resources. Nevertheless, one cannot ignore the fact that there are not enough resources to finance the necessities of the health area and due to this difficulty it is required to establish

public and objective criteria for a fair and equal distribution of resources, showing the need for the participation of civil society, indicating the priorities and directing the investments for the implementation of the objectives of the Brazilian Constitutional State in order to guarantee the dignity of its citizens. Using a the deductive scientific method and the bibliographical research technique, work elects Ingo Wolfgang Sarlet and Robert Alexy as theoretical landmarks. This articles main goal is to develop a survey about the right to healthcare as a basic social right pointing to the necessity of rationalization of public expenses in order to assist as many people as possible and to the fact that the judicial decisions in individual demands ignore the distributive consequences of investment, utilizing a legal dogma that undoubtedly offends the wanted equality in our Federal Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Right to healthcare, Existential minimum, Cost of rights

Introdução

A Constituição da República consagrou um Estado Democrático e Social de Direito, situando o Estado como protagonista na realização dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas alicerçadas no desejo de eliminar as desigualdades sociais.

Aborda-se neste ensaio, temas que não perdem sua atualidade e relevância que são relativos à problemática dos limites, eficácia e restrições de direitos fundamentais.

Utilizando-se do método científico dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho elege os seguintes marcos teóricos: Ingo Wolfgang Sarlet, acerca da fundamentalidade dos direitos fundamentais e do mínimo existencial e Robert Alexy no que tange à diferença entre regra e princípio.

O plano de trabalho divide-se em três partes, dedicando-se a primeira à análise das regras e princípios para a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais. Abordando, na segunda, a discussão acerca do direito à saúde como direito fundamental de defesa e prestacional, bem como o mínimo existencial como cláusula aberta. E por fim, a terceira, com a delimitação do custo do direito *versus* o direito à isonomia e a eficácia do direito fundamental da dignidade humana, na qual se destaca o papel do Estado para a concretização de direitos fundamentais.

No presente artigo objetiva-se analisar, sem a pretensão de esgotar o tema e nem mesmo (re)inventar conceitos, sobre o custo dos direitos *versus* a escassez de recursos e a concretização dos direitos fundamentais, especificamente o direito à saúde, pois, irrelevantes se tornam os direitos da igualdade e liberdade preconizados na Constituição Federal na ausência ou desrespeito ao direito à saúde.

1.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A Norma de Direito Fundamental: breve análise

Neste ponto, ao se abordar sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, passando pela distinção entre regras e princípios, não se pode deixar de mencionar, ainda que alguns pontos apenas, sobre a Teoria dos Princípios.

Ao buscar o alcance da máxima efetividade dos direitos fundamentais, Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, entendeu como sendo mais relevante¹ a diferenciação entre duas espécies de normas: as regras e os princípios.

Defende Alexy que a estrutura de uma teoria normativo-material é o ponto de partida para responder questões acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Deste modo, como os princípios alçaram o *status* de típicas normas jurídicas, abandonando o caráter meramente axiológico desprovido de eficácia, a importância da distinção entre regras e princípios torna-se relevante e, dentre os muitos métodos e teses existentes, a defendida por Robert Alexy é a que merece acolhida.

A Teoria dos Princípios defende que não existe apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa,² trata-se, na verdade, de uma divergência de estrutura dos direitos que tais espécies normativas pretendem garantir ou efetivamente garantem.

Deste modo, para Alexy, os critérios para a diferenciação entre regras e princípios estão longe de calcarem-se em noções de abstração, generalidade ou grau de importância. Os princípios são *mandamentos de otimização* os quais determinam que, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, algo deve ser concretizado na maior medida possível (ALEXY, 2010, p.46), do que, conclui-se, que os princípios podem realizar-se em vários graus e que eles garantem direitos *prima facie*.

Já no que tange às regras, essas garantem direitos ou impõem obrigações, devendo o direito por elas garantido ser realizado em sua totalidade (SILVA, 2010), em definitivo, não dependendo das condições jurídicas do caso concreto. É o conhecido raciocínio do “tudo ou nada”, trata-se da aplicação de uma lógica subsuntiva.³ As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, são mandamentos prescritivos.

¹ “Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos humanos e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008.p. 84)

² Enfatiza-se, neste ponto, que Dworkin e Alexy defendem que a distinção entre regra e princípio se opera de forma qualitativa.

³ Mas, o que fazer quando se está diante de com um conflito entre regras ou um conflito entre princípios? Alexy, propõe no caso de conflito entre regras, quando não é possível inserir uma cláusula de exceção, resta saber qual norma será declarada inválida. Este problema, segundo Alexy, pode ser solucionado por meio de critérios hermenêuticos cronológico, de especialidade ou hierarquia - ‘lei posterior revoga lei anterior’ ou ‘lei especial revoga lei geral’, ou ainda de acordo com a importância de cada regra em conflito. *A decisão é uma decisão sobre validade*. A colisão entre princípios deve ser solucionada de forma completamente diversa do conflito entre regras. Se dois princípios colidem, um terá que ceder. Todavia, o que se cedeu não terá necessariamente que ser declarado inválido, portanto, **um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições**. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. A solução válida para este conflito é o sopesamento. (ALEXY,2008.p.94).

Virgílio Afonso da Silva assevera que, regra geral, em se tratando de princípios não se obterá realização total daquilo que a norma exige, pois, dificilmente um princípio não encontrará/colidirá na proteção de outro princípio. Assim sendo, a diferença está, no caso dos princípios, entre o que é garantido ou exigido *prima facie* daquilo que é garantido ou exigido definitivamente (SILVA, 2010). Destarte, pode-se afirmar que os princípios expressam direitos e deveres *prima facie*, os quais podem revelar-se como menos amplos após o sopesamento com os princípios colidentes.

É preciso que se enfatize que as normas constitucionais tendem a possuir natureza principiológica e, inevitavelmente, pelo caráter pluralista da sociedade ocorrerão conflitos entre esses princípios.

Com isso, a ponderação ganha espaço no Estado Democrático de Direito deixando-se de lado a subsunção, fazendo com que seja necessária a utilização da proporcionalidade em sua aplicação e interpretação, exigindo como método procedimental a observância de três elementos - adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2010) – os quais decorrem justamente da natureza dos princípios para controle da ponderação.

Tanto a adequação como a necessidade estão diretamente vinculadas à situação fática. Na adequação verificar-se-á a possibilidade de se obter a realização do objetivo perseguido por intermédio da medida eleita; na máxima necessidade, se averiguará se entre as alternativas existentes a escolhida é a indispensável para a produção do objetivo almejado com o menor sacrifício. Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito – mandamento para a ponderação – adstrita às circunstâncias jurídicas.

Como princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, a exigência de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) decorre das possibilidades jurídicas onde as razões que justificam uma medida restritiva devem possuir peso suficiente para sobrepor-se perante a defesa do não atingimento do direito fundamental.

No sentido aqui empregado, que é o defendido por Alexy e Virgílio, a proporcionalidade não pode ser tratada como um princípio, pois, as três máximas não são sopesadas contra algo, importa é se as máximas foram satisfeitas, sua não-satisfação implica uma ilegalidade. Desse modo, as três máximas parciais devem ser consideradas como regra, isso porque sua lógica de aplicação é de “tudo ou nada”. A proporcionalidade deve ser

considerada como uma regra de aplicação de outras regras, é uma regra especial ou meta-regra (*apud* SILVA, 2010, p. 168 e 169).

Neste contexto, em se tratando de colisões principiológicas resolúveis, é possível falar em proporcionalidade ou em sopesamento, este último é aplicável quando há necessidade de recorrer diretamente a princípios constitucionais que são aplicáveis ao caso concreto, no entanto, a regra da proporcionalidade depende de uma medida concreta. Ainda, defende Virgílio Afonso da Silva (*apud* SILVA, 2010, p.52) que entre regra e princípio não há colisão e, sim, restrição, sendo a regra “expressão dessa restrição”.

O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios. Mas, é importante que se diga que essa aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras.

A teoria dos princípios, na visão de Robert Alexy, aqui singelamente exposta, apresenta uma proposta teórico-dogmática onde sempre é exigida a justificação constitucional a toda e qualquer intervenção do Poder Público. Os direitos fundamentais são vistos como princípios objetivos.

1.2 Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais passaram por uma paulatina transição no decorrer da história, tanto no que concerne ao seu conteúdo, quanto ao que se refere à sua titularidade, eficácia e efetivação.

As Constituições do segundo pós-guerra passaram a conter temas antes concernentes apenas a diplomas civis, trazendo verdadeiros programas para transformar a sociedade e não meramente espelhá-la como faziam os códigos anteriores.

Adverte Rosalice Fidalgo Pinheiro (2009, p.37) que a “*democracia social, presente no Welfare State, foi responsável pela inscrição dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições*”, e, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana recebem uma nova roupagem.

Essa “publicização do direito privado” decorre do fato de que

No Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais [...], quer de forma indireta, através da disciplina de

relações privadas relacionadas ao comércio, além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada [...] (FACCHINI NETO, 2010, p. 49).

Assim, de mero garante da liberdade e autonomia dos indivíduos perante o Estado, este passa a ser o responsável a levar a efeito as políticas públicas a fim de garantir uma igualdade concreta e material, com o objetivo patente de promover, acima de qualquer outro valor, a consagração e multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, com uma maior intervenção na esfera privada.

Nessa esteira, o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade (LORENZETTI, 1998) não restringindo-se à organização do poder político estatal, contribuiu para a separação do Direito Público e Privado.

Por oportuno, importante destacar o ensinamento de Pietro Perlingieri:

O Estado Moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde é um subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3,§2º, Const.), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado [...]. Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todos os cidadãos – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção. (PERLINGIERI, 2002.p.54)

Das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas é no século XX – após o segundo pós guerra (NOVAIS, 2010) - que se evidencia o surgimento dos novos direitos fundamentais - com reconhecimento, identificação e recepção de direitos, liberdades e deveres individuais – e é nesta fase que a *dignidade da pessoa humana* ganha relevo consolidando-se a ideia de que indivíduos possuem direitos inerentes à sua própria existência e que estes direitos são dignos de tutela.

Os direitos, portanto, deixam de ser meramente formais, há uma mudança de direção orientada à garantia da efetividade e justiciabilidade da Constituição e dos direitos fundamentais.

Jorge Reis Novais (2010) menciona que os direitos fundamentais adquiriram a justiciabilidade com fulcro em seu valor constitucional, como consequência do fato de que a Constituição adquiriu força de verdadeira norma jurídica.

Assim, os direitos fundamentais são direitos contemplados na Constituição Federal e reconhecidos como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cujo principal desígnio é o respeito à sua dignidade, não se podendo olvidar da proteção ao poder estatal que proporcionam, bem como a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano. Essa garantia pode ser interpretada com vistas ao respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram concebidos para o exercício frente ao Estado, mas com as mudanças ocorridas, decorrentes das crises sociais e econômicas, devido à complexidade com que as relações sociais se delineavam e a constante interferência aos direitos fundamentais entre indivíduos, os quais assumiam simultaneamente posições de interventor e de titular de direitos fundamentais, constatou-se a necessidade de que sua proteção abarcasse as relações interprivadas.

Diante disso, começou a indagar-se sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais teriam sobre as relações interprivadas sem se olvidar do fato de que ao Estado não cabe apenas editar leis, mas desenvolver os programas contidos na Constituição, implementar direitos por intermédio de políticas públicas eficientes.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2011, p.77), pautando-se nos ensinamentos de Robert Alexy, define *direitos fundamentais* como sendo “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”.

Logo, os direitos fundamentais não devem ser vislumbrados somente na perspectiva do indivíduo, mas como valores comuns à comunidade, como um bem a ser protegido e efetivado pelo Estado, bem como pelos particulares.

1.3 O Direito Fundamental à Saúde – o Suporte Fático

O direito à saúde não só foi consagrado como digno de tutela constitucional como também foi eleito como direito fundamental. Desta forma, o direito à saúde apreende dupla fundamentalidade: a formal e a material.

Na perspectiva de Ingo Sarlet (2011) a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais está vinculada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: i) como sendo parte integrante da Constituição escrita; ii) em se tratando de normas constitucionais encontram-se vinculados aos limites formais e materiais – destaque-se cláusulas pétreas - da reforma constitucional; e, por fim, iii) são normas de aplicação direta e imediata.

No que tange à fundamentalidade material, defende Sarlet que decorrem do fato de que os direitos fundamentais são o elemento essencial da Constituição material, “contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. Em seu sentido material pode-se afirmar que são aqueles direitos que devido ao seu conteúdo e importância, mesmo estando fora do catálogo, podem ser considerados como direitos fundamentais.

Importante ainda registrar que a saúde transcende sua condição de direito fundamental e assume também um caráter de dever, conforme previsto no art. 196 da Carta Magna.

A forma de aplicação dos direitos fundamentais, subsunção, sopesamento, concretização ou outras, depende da extensão do suporte fático, assim como a colisão de direitos fundamentais depende da determinação do conceito de suporte fático.

Não obstante normalmente sem referência à expressão “suporte fático” ou a alguma teoria sobre ele, é comum que se pergunte se esse ou aquele ato, fato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental, ou se essa ou aquela ação estatal configura ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção. As consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão, são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais, por isso a necessidade de se abordar tal tema neste trabalho.

Assevera Virgílio Afonso da Silva que o conceito de suporte fático é um conceito quase que desconhecido para o direito constitucional⁴ - *o âmbito de proteção e intervenção dos direitos fundamentais* - seu uso é mais comum *nas normas de direito penal* onde se tem o direito tipo, ou ainda no caso do direito tributário em que se tem o fato gerador (SILVA, 2010), se fazendo necessário determinar o âmbito de proteção do direito fundamental e a intervenção estatal, assim, tanto aquilo que é protegido (âmbito de atuação) como aquilo

⁴ Justifica-se esse fato por ele ser durante muito tempo um direito de organização estatal e dos poderes e não um direito de direitos fundamentais e por ser menos comum o método analítico no Direito Constitucional brasileiro.

contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) faz parte do suporte fático dos direitos fundamentais⁵.

Além disso, importante incluir no suporte fático a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, pois, caso exista a justificação constitucional para intervenção será caso de restrição constitucional a direito fundamental e não violação, impedindo a ativação de consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental (SILVA, 2010).

O suporte fático pode possuir um âmbito amplo ou restrito, pois, pode-se incluir no âmbito de proteção, toda a ação, fato ou posição jurídica que tenham qualquer característica, que faça parte do “*âmbito temático*” de um direito fundamental ou é necessária alguma forma de triagem prévia, que exclua algumas condutas sabidamente proibidas desta proteção. Na intervenção estatal o suporte fático somente é preenchido se o Estado intervir na esfera de liberdade protegida do indivíduo.

Partindo especificamente para o direito tema deste trabalho que é o direito à saúde, defende Virgílio, tanto o conceito do que é protegido, quanto conceito de intervenção devem ser modificados, pois proteger este direito implica na necessidade de realizar direitos, logo, seu âmbito de proteção é composto pelas ações estatais que fomentem a realização deste direito, assim também o conceito de intervenção reflete um não agir ou um agir de forma insuficiente para garantir o direito social.

No conceito de fundamentação constitucional, Virgílio (SILVA, 2010) ressalta que o que diferencia os direitos sociais das liberdades públicas, é que o que se tem que fundamentar, que não é uma ação, contudo, uma omissão, ou alternativamente, uma ação insuficiente, tendo-se como consequência jurídica o dever de realizar.

Mas, se indaga: o que se pode considerar como abrangido *prima facie* pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais ou, no caso, do direito à saúde?

A resposta é aberta e será no sentido de que, independente de considerar outras variáveis, é tudo aquilo que componha o “*âmbito temático*” deste direito (SILVA, 2010, p.109), portanto, o direito à saúde nos termos do disposto no art. 196, da Constituição Federal,⁶ comporta o sentido mais amplo possível conferindo uma maior cobertura como acesso médico, hospitalar, odontológico, oftalmológico, psicológico, dentre outros.

⁵ Ressalta o autor que o modelo proposto por Alexy e Borowski que se traduz na soma entre o âmbito de proteção (AP) e a intervenção estatal (IE) deve ser aceito (SILVA,2010.p.71 e ss).

⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ingo Sarlet também defende como âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais o bem jurídico protegido ou objeto tutelado, afirmando que nem sempre é fácil de se identificar, a exemplo da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexas multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Neste ponto, tendo em vista que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de forma ilimitada, já que não são absolutos, importa destacar a observação à teoria interna e externa dos direitos fundamentais (SARLET, 2011).

1.4 Restrições dos Direitos Fundamentais - Teoria Interna e Teoria Externa

Ultrapassadas as questões atinentes às delimitações conceituais que se faziam necessárias, assim como a apresentação das noções de suporte fático e âmbito de proteção, passa-se à análise das categorias teóricas relativas à extensão do suporte fático.

Na perspectiva da *teoria interna*, os direitos fundamentais já nascem com seus limites, se admite os limites imanentes, determinando, desde o início, os limites que são internos, é a negação da influência de aspectos externos para a delimitação de direito, excluindo, como alerta Virgílio Afonso da Silva (2011), quaisquer possibilidades de colisão dos princípios.

A ausência de separação entre âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais desta teoria, permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção, (interesses coletivos e estatais), no próprio âmbito de proteção destes direitos, que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade. Evidencia-se que a teoria interna está pautada no princípio da supremacia e unidade da Constituição, restringindo-se a limites internos propriamente ditos e não como restrições.

Noutro ponto, a *teoria externa* ou ainda conhecida como pensamento de intervenção e limites, que é a teoria defendida por doutrinadores de relevo como Alexy, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros, ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites imanentes, a teoria externa tem dois objetos: em primeiro lugar, o direito em si e, as suas restrições; existe um direito ilimitado o qual mediante restrições se transforma em um direito limitado, daí decorre o reconhecimento de que existe um direito *prima facie* e outro em posição definitiva, esta teoria admite a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais (*apud* SILVA, 2011, p.389).

O próprio texto normativo pode trazer limites aos direitos fundamentais⁷, bem como a análise de um caso concreto previsto em leis infraconstitucionais, mesmo que de início não previsto, porém, impõe suportar o ônus argumentativo àquele que defende o limite.⁸

O direito à saúde é um direito social essencial. No entanto, as disposições de direitos fundamentais sociais são normas *prima facie* que permitem restrições. Nesta estrutura, todos os cidadãos possuem *prima facie* o direito à saúde em sua completude, mas, esta totalidade não é exigível de maneira definitiva do Estado caso existam outros princípios constitucionais ou limitações materiais que impeçam o exercício, fundamentados pela aplicação da regra da proporcionalidade.

Importante ressaltar ainda, como bem esclarece Ingo Sarlet (2011) os direitos fundamentais detêm uma multifuncionalidade, podendo ser classificados basicamente em dois grandes grupos: **direitos de defesa** (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais, - e políticos) e os **direitos a prestações** (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, os representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).

É relevante consignar ainda, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo protegido como essencial aquilo que será obtido das condições fáticas e das colisões entre direitos, de acordo com o que defende Virgílio (SILVA, 2010), é de caráter relativo.

Jorge Reis Novais (2006, p.17) defende que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, pois identificam-se como “posições jurídicas individuais em face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado”.

Além disso, decorre dos pressupostos da teoria externa o desenvolvimento da questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais abordado na teoria dos princípios de

⁷ Registre-se o posicionamento de Canotilho trazido por Virgílio, o qual defende que o ponto central é a utilização da expressão “limites imanentes” não como limites apriorísticos revelados pelo intérprete, mas como produto de sopesamento entre direitos colidentes. Nas palavras de Canotilho: “(...) os chamados 'limites imanentes' são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia”. O próprio Canotilho adverte e aqui fica ainda mais claro o uso diverso que faz da expressão “limites imanentes” que a restrição é a posteriori, ou seja, constitutiva, e não apenas declaratória. Dessa forma, se houve intervenção externa (a posteriori) ao direito, houve restrição, e não a declaração de limites imanentes. (SILVA, 2009. p. 166)

⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Editora do Advogado, 2011. p. 390. Exemplo artigo 5º, XI, em análise no STF, determinou que as cartas enviadas aos presidiários, não estavam protegidas pelo sigilo de correspondência, em virtude do artigo 41 da LEP.

Robert Alexy, acima tratada. De maneira acertada, defende este autor que na ciência dos direitos fundamentais é imperativo dar respostas racionalmente fundamentadas, ou seja, é cogente uma controlabilidade argumentativa.

Desta forma, conclui-se que o direito à saúde pode ser caracterizado como partícipe dos dois grupos, ora de defesa, ora prestacional, não se podendo olvidar que seu caráter fundamental nada tem de absoluto, o que implica em uma relativização de sua eficácia e efetividade. A solução que se apresenta é, à luz do caso concreto, levando-se em conta as normas conflitantes – direitos e princípios - observando os parâmetros da proporcionalidade obter a melhor decisão para que os direitos fundamentais não passem de mera previsão constitucional.

2. O DIREITO/ DEVER À SAÚDE

No que tange ao direito à saúde, defende Virgílio Afonso da Silva que proteger este direito implica na necessidade de realizar direitos, logo, seu âmbito de proteção é composto pelas ações estatais que fomentem a realização deste direito social.

Na perspectiva de Ingo Sarlet (2011, p.74 e 75) a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais está vinculada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: i) como sendo parte integrante da Constituição escrita; ii) em se tratando de normas constitucionais encontram-se vinculados aos limites formais e materiais – destaque-se cláusulas pétreas - da reforma constitucional; e, por fim, iii) são normas de aplicação direta e imediata. Quanto à fundamentalidade material, defende Sarlet que decorre do fato de que os direitos fundamentais são o elemento essencial da Constituição material, “*contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade*”. Em seu sentido material pode-se afirmar que são aqueles direitos que, devido ao seu conteúdo e importância, mesmo estando fora do catálogo, podem ser considerados como direitos fundamentais.

Tendo em vista o direito à saúde pode-se afirmar que é abrangido *prima facie* tudo aquilo que componha o “âmbito temático” deste direito (SILVA, 2010, p.109), deste modo, o direito à saúde, nos termos do disposto no art. 196, da Constituição Federal⁹, comporta o sentido mais amplo possível conferindo uma maior cobertura como acesso médico, hospitalar, odontológico, oftalmológico, psicológico, dentre outros.

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ingo Sarlet também defende como âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais o bem jurídico protegido ou objeto tutelado, afirmando que nem sempre é fácil de se identificar, a exemplo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, mas, é importante que se registre que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de forma ilimitada, já que não são absolutos (SARLET, 2011, p.387).

Neste ponto, faz-se necessário destacar que para Ingo Sarlet (2011), agregada à noção de direitos fundamentais está a característica da fundamentalidade que se expressa pelos critérios formal e material.

Desta feita, o formal reconhece como fundamentais aqueles direitos previstos no catálogo da Constituição Federal e, neste critério, ressalta Adriana Schier, não estaria inserido o serviço público adequado como direito fundamental – pelo fato de que está descrito no art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal e que foi regulamentado pela Lei nº 8.987/95, portanto, fora do catálogo. Em contrapartida, o critério material, já aceita o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo, os quais por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos fundamentais.

Importa considerar que, em se tratando do direito brasileiro, entende-se que há direitos fundamentais fora do art. 5º, da Constituição Federal, por força da cláusula de abertura disposta no §2º, do art. 5º.¹⁰ Diante desta afirmação, para se conhecer o que pode ser vislumbrado como direito fundamental mesmo estando fora do catálogo do art. 5º, é preciso que se defina um conteúdo material baseado no que dispõe a Constituição Federal de 1988.

É de se registrar que a Lei nº 8.080/90 que regulamentou a implementação do Sistema Único de Saúde estabeleceu, o já preconizado em nossa Constituição, dever do Estado em garantir a saúde e os princípios basilares do Sistema¹¹, quais sejam, a igualdade, a

¹⁰ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹¹ Art. 7º da Lei 8.080/1990: As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - *universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - *integralidade* de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da *autonomia* das pessoas na defesa de sua *integridade* física e moral; IV - *igualdade* da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à *informação*, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - *participação da comunidade*; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do

universalidade, preservação da autonomia das pessoas e integralidade, apregoando o regime democrático e garantia dos direitos fundamentais. Destes, os princípios mais representativos são os da universalidade e igualdade.

O artigo 196 da Constituição Federal é o que representa os enunciados de universalidade e igualdade no acesso aos serviços públicos de saúde. No entanto, é notória em nosso país uma flagrante desigualdade social, a igualdade não é respeitada em todos os rincões do país e, o pior é que isto está muito longe de ocorrer.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Virgílio Afonso da Silva (2010) defende que o conceito de mínimo existencial pode ser percebido em vários aspectos: i. Aquilo que é garantido pelos direitos sociais, ou seja, direitos sociais garantem o mínimo existencial; ii. Aquilo que no âmbito dos direitos sociais é justificável, ou seja, ainda que eles possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, o resto é questão de política legislativa; iii. O mesmo que conteúdo essencial, ou seja, um conceito que não tem relação com justicialidade e não se confunde com a totalidade do direito social.

Jorge Reis Novais (2010) destaca que uma vez elevados constitucionalmente como direitos fundamentais, é preciso que se reconheça aos direitos sociais um mínimo de efetividade, sob pena de esvaziamento do conteúdo de tais direitos. Deste modo, é necessário apurar o tipo de deveres de prestação social comportável pelo conteúdo mínimo, mesmo diante da indeterminabilidade de tais normas no texto constitucional. Mas, o Autor alerta para dificuldades na fixação do conteúdo dos direitos sociais a partir desse parâmetro, tendo em vista que a própria Constituição consagra, em certos casos, um programa normativo mais ambicioso que um “mínimo”, e a dificuldade de fixá-lo sem agressão ao princípio da separação de poderes se faz presente.

Como “mínimo”, esclarece Novais, pode-se dizer o básico às prestações materiais e de estruturação de estabelecimentos e serviços públicos essenciais. Os direitos, dentre deste contexto, seriam os verdadeiros direitos fundamentais sociais, distintos daqueles criados por lei e que estariam sujeitos à reserva do possível e à soberania do legislador, sendo concretizados por intermédio de políticas públicas, podendo ser exigidos judicialmente, a fim de garantir uma sobrevivência digna, física e moralmente.

Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Noutro giro, afirma Novais que os princípios como da socialidade, da dignidade da pessoa humana, ao desenvolvimento da personalidade, à vida, quando não há consagração expressa de direitos sociais pela Constituição Federal, são capazes de determinar um conteúdo que seja acessível ao juiz e imune às variações das opções políticas conjunturais, de forma a caracterizar o que denomina de um mínimo social. Segundo ele, o mínimo social, que não se reduz ao necessário para a sobrevivência digna, é aquele indisponível pelo legislador e imune às reservas do financeiramente possível, constituiria no núcleo essencial de cada direito social.

Na mesma direção, importante enfatizar que leciona Ingo Sarlet (2011) tratar-se o mínimo existencial de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Consagra ainda, e tal fato também é defendido por Jorge Reis Novais, de que o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo tanto o mínimo fisiológico (proporciona a garantia de sobrevivência) quanto ao mínimo sociocultural. Destarte, compõem o mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos (água, saneamento básico, etc), transporte, energia elétrica e o direito a uma renda mínima .

Evidencia-se que o objetivo comum entre os autores buscar um âmago de condições que componham a noção de dignidade humana¹².

Assim, em face do exposto no presente ensaio até o momento, e para Virgílio, o conteúdo essencial do direito social está intimamente ligado com a teoria relativa, tanto quanto qualquer outro direito, ele também deve ser relativizado diante das condições fáticas presentes no caso, conceitos de mínimo existencial, reserva do possível, tema que não se aprofundará neste trabalho, só fazem sentido diante deste arcabouço teórico.

No momento em que a Constituição determina que cabe ao legislador a obrigação de editar leis capazes de implementar/concretizar os direitos sociais, em equivalência, pode-se até afirmar, por uma questão evidente, está a imposição de abstenção, determinando que não se pode retirar do mundo jurídico, sem qualquer substituição essas leis tidas por concretizadoras, como também não se pode aceitar que o legislador minimize de forma

¹² Sustenta Ingo Sarlet que “o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base de todos os direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição” (SARLET, 2011, p. 320).

desarrazoada e arbitrária sem quaisquer medidas compensatórias ao desenvolvimento de um direito fundamental social obtido infraconstitucionalmente. Essa é a idéia de *vedação ao retrocesso*.

Em matéria de direitos fundamentais, no sistema jurídico brasileiro, a vedação ao retrocesso é fruto da interpretação sistemática e teleológica de alguns princípios constitucionais como do Estado Democrático de Direito¹³; da máxima efetividade das normas definidoras de direitos constitucionais¹⁴; da segurança jurídica¹⁵e, principalmente, da dignidade da pessoa humana¹⁶.

Diante da constatação de que é obrigação do Estado promover ações e serviços públicos de proteção e manutenção da saúde, a teoria do mínimo existencial tem por objetivo atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços básicos que garantem sua existência de maneira digna.

Conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde advêm todos os direitos fundamentais, tem eficácia vinculante a ser exigível do Estado, podendo-se afirmar que se trata de um princípio/fundamento que irradia seus efeitos a todo o ordenamento jurídico como um pilar do Estado Democrático de Direito.

4. OS DIREITOS E OS CUSTOS

Urge salientar que os direitos fundamentais desempenham um papel decisivo no regime democrático que é proteger as minorias quanto a eventuais desvios da maioria detentora do poder (SARLET, 2011).

É importante que se desmistifique a ideia de que apenas os direitos prestacionais, e aí estão os direitos sociais, demandam gastos públicos. A escassez de recursos e o custo dos direitos também atingem os chamados direitos de primeira geração, os direitos negativos, pois, assim como os direitos prestacionais esses direitos necessitam de prestações estatais e utilização de dinheiro público, mesmo sem necessitar de intervenção estatal.

Assim, a efetivação dos direitos sociais depende que o Estado, de forma geral, realize políticas públicas, o que implica em dispêndios dos recursos públicos.

¹³ art. 1º, caput, CF.

¹⁴ Art. 5º, §1º, CF - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁵ Art. 5º, XXXVI, CF - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Sobre esse assunto em um livro que se tornou clássico - *The cost of rights*”, Cass Sunstein e Stephen Holmes afirmam convictamente que os direitos somente podem ser exigidos quando exista orçamento suficiente. Pois, tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos. Se assim é, os custos dos direitos devem influenciar na sua conceituação. Em especial dos direitos fundamentais, ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos públicos. (GALDINO, 2005, p.210).

Neste contexto, os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo - *right* -, no sentido de fazer nele incluir a perspectiva dos custos - sugestão acolhida no presente estudo. Reconhecer que há um custo dos direitos estimula o exercício responsável destes direitos pelos indivíduos, que deixam de encarar os direitos como absolutos e aceitam a ponderação deles.

Neste diapasão, não se pode deixar de mencionar sobre as demandas judiciais que pleiteiam medicamento(s) a um indivíduo, trata-se, por evidente, de verdadeira afronta ao princípio da isonomia, visto que não se pode admitir que se beneficie apenas um indivíduo em detrimento de todos os demais que estão em situação similar, sendo desarrazoada a determinação judicial que não possa ser estendida a todos os indivíduos em igual situação.

Estas decisões colocam em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, além de causarem uma desordem na atividade administrativa, impedindo a racional alocação de recursos públicos, uma vez que o casuísmo jurisprudencial impede a devida implantação de políticas coletivas de promoção à saúde pública. Desta forma, o excesso de judicialização das decisões políticas pode trazer o efeito colateral de não realização prática da Constituição de 1988, privilegiando alguns jurisdicionados em detrimento da coletividade (BARROSO, 2010).

Já a universalidade no acesso está afeta à própria garantia de igualdade. A universalidade, adverte a Promotora Fátima Vieira Henriques, não impõe necessariamente gratuidade. A integralidade das ações e serviços compreendidos no acesso ao sistema público, não implica dizer que deva ser a todos ofertados sem qualquer ônus. Segundo defende a autora, “se o ideal de universalidade realmente acarretasse de forma obrigatória a gratuidade do serviço público ofertado, não poderia ser aplicado à previdência social, reconhecidamente dependente que é do pagamento de contraprestações pecuniárias” (HENRIQUES, 2010. p.830 – nota de rodapé 11 *in fine*).

É de merecer destaque ainda neste tópico, o fato da eficácia jurídica dos comandos constitucionais. No entanto, ao se abordar tal tema está-se a afirmar que independente da

orientação política ou plano de governo que se adote, que os poderes constituídos detêm a obrigação de propiciar às pessoas um conjunto de prestações de saúde, exigíveis por intermédio do Judiciário para que sejam prestadas pelo Poder Público ou por particular com custeio público, devido à previsão constitucional que possuem.

Nesta linha, a Professora Ana Paula de Barcellos (2010) ressalta que, no contexto atual, problemas complexos surgem derivados da escassez de recursos, aumento da expectativa de vida, multiplicação das espécies de doenças, dentre outros fatores, que acabam por tornar o direito às prestações de saúde um tema complexo no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Tal complexidade deriva de várias razões dentre elas, e em primeiro lugar, a autora apresenta a previsão constitucional de proteção à vida e à saúde, ressaltando que tais bens não admitem nuanças/mediações, não existe um nível mínimo de vida ou de saúde. Portanto, ante o problema de escassez de recursos, o que será sopesado, na verdade, são quais as prestações de saúde disponíveis e não as condições melhores e piores de saúde das pessoas, já que o escopo das prestações de saúde é de justamente evitar a dor e a morte.

Aponta ainda Ana Paula como dificuldade a de saber quais as prestações de saúde podem ser exigidas do Poder Público, ou ainda, quais são as prestações que, de fato, o indivíduo tem direito no momento (histórico) que está necessitando, pois entende como inviável a possibilidade do sistema público de saúde arcar com todas as prestações de saúde disponíveis, devido ao constante desenvolvimento e dos custos que, conseqüentemente devido à evolução, são cada vez maiores. No entanto, eleger quais as prestações exigíveis judicialmente “envolve uma escolha trágica”,¹⁷ pois, pode ser que justamente aquela imprescindível para o restabelecimento ou manutenção da vida daquele indivíduo não seja escolhida. E, ainda, o terceiro que é justamente a dificuldade que se depara o magistrado diante do caso concreto, o qual, tem sua impressão psicológica e social e cabe a ele a decisão. Diante do juiz está o “doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal”, o que é totalmente diferente da abstração pura do orçamento, bem como da “fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica” (2010, p.805 e 806).

Assim, essa necessidade de percepção que todo direito possui um custo acarreta na perspectiva de que não se admitir que uma demanda individual sacrifique o interesse de todos, pois, ao decidir favoravelmente a um indivíduo o Judiciário está a optar, no âmbito dos parcos

¹⁷ Expressão utilizada pela autora (2010. p.805).

recursos, que se subtraia de alguns para dar a um, sendo que na maioria dos casos, ainda que atenda um número maior de indivíduos torna-se uma opção trágica (GALDINO, 2005). A igualdade representa a impossibilidade de qualquer forma de discriminação ou privilégio, pois, se a todos é dado o direito de receber os mesmos cuidados e gozar dos mesmos serviços, todos são dignos de igualdade de respeito e consideração.

Não se pode negar, não há recursos para todas as necessidades sociais – saúde, educação, segurança, etc – sendo que, caberá ao político ou ao juiz a escolha, onde o ideal será levar em conta aquilo que é necessário e aquilo que é possível. Desse fato depreende-se que “[...] somente uma errônea compreensão dos direitos (que ignore seus custos) pode sustentar a tese de que os mesmos geram irresponsabilidades em relação aos deveres correlatos. Assim, a falsa idéia de que alguns direitos não custam, que são gratuitos, essa sim gera irresponsabilidade” (GALDINO, 2005, p.213).

Neste contexto, os custos não devem ser encarados como meros óbices à concretização dos direitos fundamentais e, sim, como meios. Os custos possuem um caráter bi-face que permite vê-los tanto como óbice, tanto como pressupostos. Vê-los como óbices geralmente reflete uma escolha ideológica para não concretizá-los. Dentro desta concepção está a ideia de “exaustão orçamentária”, ou seja, o orçamento não suporta determinada despesa.

Antes mesmo “de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há de se analisar os custos desse direito e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhecer-se tal postulação como direito fundamental” (GALDINO, 2005,p.342).

No entanto, o que efetivamente frustra a concretização de um direito não é o limite orçamentário, mas a escolha política, pois, o Estado sempre irá arrecadar e nada obsta que o direito seja enquadrado no próximo orçamento.É prejudicial à segurança jurídica e à estabilidade das instituições deixar ao abandono determinados direitos sob esta retórica do orçamento. Desta feita, os custos dos direitos devem ser trazidos para dentro do conceito de direito fundamental subjetivo e só assim se terá mais segurança e igualdade jurídica.

Por fim, faz-se necessário identificar um núcleo de condutas exigíveis, por assim dizer, *um conteúdo mínimo da dignidade*, pressuposto da igualdade e da democracia e que, não obstante as diversas concepções de igualdade, nenhuma visão poderá se afastar das condições essenciais da existência humana (BARCELLOS, 2010, p.809). De tal modo, as prestações que fazem parte do mínimo existencial, e, no caso da saúde as que compõem a

“saúde básica”, essas sim, poderão ser objeto de demandas judiciais e exigíveis dos Poderes Públicos constituídos pela vontade popular manifestada a cada eleição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em essência, a Constituição Federal de 1988 ao elevar o direito à saúde à categoria de direito fundamental, com fulcro na perspectiva de Estado Democrático de Direito, desencadeou a defesa da igualdade material e da liberdade real, ampliando os efeitos jurídicos da dignidade da pessoa humana e admitindo-se a primazia axiológica.

Constatou-se neste estudo, que a Teoria dos Princípios é aplicada indubitavelmente ao direito à saúde, visto que, em se tratando de um direito *prima facie*, pode, inicialmente, ser exercido de maneira ampla, não olvidando o fato de estar subordinado a limitações externas que decorrem da colisão com outros interesses e direitos fundamentais.

Como não há recursos orçamentários suficientes para atender todas as necessidades dos indivíduos, na demanda individual levada ao Judiciário, cabe a este poder justamente decidir quem será atendido – e porque não dizer atingido – e, em contrapartida, quem será excluído, acarretando em privilégio de um em detrimento de outros, o que não é permitido por nossa Magna Carta.

Nesta esteira, portanto, é importante que se destaque que a atuação do Judiciário se circunscreverá ao mínimo existencial, ou seja, o magistrado poderá e deverá conceder a determinado indivíduo aquilo que poderá ser concedido a todos aqueles cidadãos na mesma situação, ou seja, prestações de saúde básica¹⁸.

Como abordado neste artigo, o chamado mínimo existencial que pode ser exigido do Poder Público possui como pressuposto a *dignidade da pessoa humana*, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Assim, num Estado Democrático de Direito o princípio da igualdade assume relevância ao exigir que todos os cidadãos tenham a mesma dignidade e valor, pois, sem a garantia dos direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia.

¹⁸ Como bem esclarece Ana Paula de Barcellos: “A verdade, porém, é que dificilmente se procura o Judiciário para obter tratamento, *e.g.*, de hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, [...], ou, por fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto. E é assim não porque essas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma massa crítica consistente. Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo Poder Público, embora este seja um dever jurídico que lhe é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário”. (BARCELLOS, 2011.p.323).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros.2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ªed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

BONAVIDES. Paulo. **O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63-83.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **Direito prestacional à saúde e a atuação jurisdicional**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.827-858.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 15ª ed, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora.2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra:Coimbra, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco.2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROCHA. Carmen Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Editora Del Rey:Belo Horizonte,1994.

ROCHA. Carmen Lucia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editora do Advogado,2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.9.ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado,2011.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.