O DIREITO SOCIAL À SAÚDE À LUZ DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Camila Chagas Martins Alves¹

Roselaine das Chagas Fonseca²

RESUMO

O presente artigo refere-se ao tema: O Direito Social à Saúde, à Luz do Mínimo Existencial na Jurisprudência do STF. Constantemente, temos verificado que os direitos sociais estão encontrando dificuldades para serem concretizados, principalmente na área da saúde. Nesse contexto, questionamos acerca do papel do Estado para garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos, pois qual seria a função do Estado e a sua razão de ser, senão, cumprir os direitos sociais fundamentais. Assim, o objetivo desse artigo consiste em análise de livros, capítulos de livros, artigos em periódicos e outros textos encontrados na rede *Internet* acerca do tema e o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada Nº175-CE, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, para identificar como a Corte Constitucional tem se posicionado nas questões relacionadas à saúde, com o objetivo de verificar como o STF tem entendido o seu papel na defesa do direito fundamental à saúde e qual a importância do mínimo existencial para a garantia de tal direito. Além disso, analisamos como as políticas públicas da saúde podem contribuir para a concretização do direito fundamental à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental Social à Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present work refers to the theme: The Social Right to Health, in Light of the Minimum Existence in the Jurisprudence of the STF. We have consistently found that social rights are encountering difficulties to be realized, especially in the area of health. In this context, we question the role of the State in guaranteeing the existential minimum for its citizens, since what would be the function of the State and its *raison d'être*, if not to fulfill fundamental social rights. Thus, the objective of this work is to analyze books, book chapters, articles in periodicals and other texts found in the Internet about the subject and the Regime in the Suspension of Guardianship Advance No. 175-CE, whose reporter was Minister Gilmar Mendes, To identify how the Constitutional Court has positioned itself in health-related issues, in order to verify how the Supreme Court has understood its role in defending the fundamental right to health and how important existential minimum for the guarantee of that

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Mário Palmério – UNIFUCAMP. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional S/A. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões e Direito Imobiliário pela Faculdade Legale.

² Professora UNIFUCAMP

right. In addition, we analyze how public health policies can contribute to the realization of the fundamental right to health.

KEY WORDS: Fundamental Social Right to Health. Minimum Existential. Reserve of Possible. Public policy.

1) DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Expressões como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais são alguns dos termos utilizados para designar os direitos fundamentais, os quais estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988. Para José Afonso da Silva, “ a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. ”²

Observa-se que não há unanimidade em relação à expressão correta, pois até mesmo no decorrer da Constituição Federal de 1988 há uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais.

Inúmeros e diferenciados são os conceitos de direitos fundamentais. Na teoria de Dimitri Dimoulis³ e Leonardo Martins

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contido em dispositivos constitucionais, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Conforme os ensinamentos de Alexandre de Moraes⁴, os direitos fundamentais apresentam diversas características, tais como: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, historicidade, relatividade, interdependência e complementariedade. São imprescritíveis, pois mesmo que o indivíduo deixe de exercê-los por algum tempo, não há a ocorrência da prescrição, podendo ser pleiteado a qualquer tempo.

Já a inalienabilidade prevê que não há possibilidade de transmitir os direitos fundamentais à outra pessoa, seja a título gratuito ou oneroso. A irrenunciabilidade fundamenta-se na impossibilidade de renúncia dos direitos fundamentais por serem direitos

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 34ª edição, 2011. p. 175.

³ Ibid.p. 41.

⁴ Ibid., p.40.

indispensáveis à existência humana. A inviolabilidade é uma característica que dispõe sobre a impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas.

A universalidade significa que são direitos destinados a toda e qualquer pessoa. A efetividade pressupõe que deve haver uma atuação do poder público para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. A historicidade presume que os direitos fundamentais se constituíram ao longo da história, surgiram com o Cristianismo e passaram por inúmeros eventos até chegarem nos dias atuais. É importante ressaltar que os direitos fundamentais, dependendo do momento histórico, mostraram-se mais ou menos relevantes. Por isso, é certo afirmar que os direitos e garantias fundamentais vigentes, hoje, são fruto da evolução histórica e do contexto social, político e cultural em que vivemos.

A relatividade expõe que não existem direitos absolutos. Os direitos fundamentais são relativos, de sorte que, diante de uma situação de conflito, devem ser ponderados, não havendo que se falar, na superioridade de um em relação ao outro.

A interdependência pressupõe que não deve haver choque com os direitos fundamentais. Nesse sentido, ensina Alexandre de Moraes⁵ que “as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente”.

E, por fim, a complementariedade que dispõe que os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta e não de forma isolada, com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Salienta Flávia Piovesan⁶, ao lembrar Norberto Bobbio: “os direitos fundamentais não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Tais direitos são consequência de uma evolução histórica ocorrida por meio de lutas, revoluções que miravam a exaltação da dignidade do homem e a necessidade de criá-los para limitar e controlar as atuações estatais. Originou-se como uma proteção à liberdade do indivíduo em face da atuação abusiva do Estado.

⁵ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.36.

⁶ PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Vol 1, Curitiba: Juruá, 2006.p.10.

Os direitos fundamentais são originários de variadas fontes como a religião e a filosofia. Nesse viés explana Ingo Sarlet⁷

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Pode ser visualizada como a origem dos direitos individuais do homem o antigo Egito e Mesopotâmia, onde já era previsto alguns meios de proteção individual em relação a atuação estatal. Conforme Alexandre de Moraes⁸

O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Diante de tal evolução histórica, vale ressaltar a importância do cristianismo que, ao implantar a ideia de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente na consagração dos direitos fundamentais, enquanto essenciais à dignidade da pessoa humana.

Afirma Alexandre de Moraes⁹

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, a Petition of Right, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, o Bill of Rights, de 1689, e o Act of Settlement, de 12-6-1701.

Posteriormente, na evolução dos direitos fundamentais, deparamos com a Revolução dos Estados Unidos da América, com a declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev. atual. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2012.p.125.

⁸MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.21.

⁹Ibid., p.22.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando em 26 de agosto de 1789, na Assembleia Nacional foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Houveram importantes previsões de direitos humanos fundamentais, os quais podemos destacar: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

Um traço marcante nas constituições do século XX era a preocupação com os direitos sociais.

No Brasil, o progresso dos direitos fundamentais tem uma trajetória parecida com a dos países da Europa e dos Estados Unidos.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 previu em seu Título VIII uma vasta relação de Direitos Fundamentais. A existência de um rol onde os direitos humanos foram novamente declarados na 1ª Constituição Republicana de 1891, que tratava de tais direitos em seu Título III- Seção II que previa a Declaração de Direitos.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁰

Uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969. Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934, que incorpora alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao “direito à subsistência” (art.113, caput), à assistência aos indigentes (art.113, inc.34), e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art.113, incs. 33 e 38).

A atual Constituição Federal de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos, subdividindo-os: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos inerentes à concepção de pessoa humana e sua personalidade, dentre os quais podemos destacar: a vida, a honra e a liberdade. Os direitos sociais visam que um Estado Social de Direito garanta as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos relacionam-se à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tais direitos têm como objetivo a melhoria das condições de vida dos indivíduos, visando assim, a igualdade social.

Os direitos de nacionalidade, conforme explicita Alexandre de Moraes¹¹ “é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3.ed.rev.atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.25.

indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”.

Os direitos políticos, por sua vez, possibilitam aos indivíduos a participação nos negócios políticos do Estado, exercendo, dessa forma, a cidadania. E, por fim, os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos assegura aos partidos políticos autonomia e liberdade de atuação para a preservação do Estado Democrático de Direito.

1.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais passaram por várias etapas de evolução, e diante desse contexto foram classificados em gerações ou dimensões, existindo divergências a respeito da utilização dos termos geração e dimensão dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma classificação que considera a cronologia que os direitos fundamentais foram conquistados e a natureza de que se revestem. Importante destacar que uma geração não substitui a outra, e sim se acrescentam, por isso, vários doutrinadores preferem a denominação dimensões.

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, tendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Nas palavras de Paulo Bonavides¹² “os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. ”

Os direitos da primeira geração ou primeira dimensão que consistem nos direitos civis e políticos são os direitos individuais, ligados ao ideal da Revolução Francesa, à liberdade. Possuem caráter negativo, pois tais direitos exigem do Estado uma abstenção, ou seja, uma não intervenção Estatal.

¹¹ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.45.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.563.

Pode-se citar em relação à atual Constituição Federal como direitos fundamentais dessa Primeira Dimensão os direitos à vida, à liberdade e à igualdade previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e decorrentes de tais direitos se tem como exemplos de direitos fundamentais de Primeira Dimensão as liberdades de manifestação (art.5º, IV), de associação (art.5º, XVII) e por fim, de voto (art.14).

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, neste segundo grupo os doutrinadores alteram o foco e superam o discurso anterior de proteção à liberdade do indivíduo, pois repercutem no ânimo da coletividade e não mais na esfera individual do homem. O Estado passa assegurar políticas e ações que sejam capazes de preservar uma igualdade social ou que, pelo menos, atenuam as diferenças. É a partir desse momento que surge a noção de bem-estar social.

O Estado Social concerne na intervenção do Estado, deixando de lado a não intervenção estatal para uma ampla participação, passando a intervir nas relações econômicas, sociais e laborais. O Estado Social possui um papel crucial na criação e distribuição de bens essenciais à coletividade, garantindo assim um mínimo de bem-estar social. Constituições como a Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, serviram de parâmetro para o nascimento do Estado Social.

Dessa maneira, os direitos fundamentais de segunda geração estão atrelados aos direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo. Nessa dimensão, ganham relevância esferas como educação, saúde, assistência social, moradia, trabalho, entre outros, temas esses que no entendimento dos juristas, devem ser garantidos pelo Estado, por seu caráter essencial.

Na terceira geração aparecem os direitos de solidariedade e fraternidade. São direitos ainda mais coletivos, referindo-se a famílias, povos ou nações. Estabelece ao Estado Democrático de Direito a segurança aos direitos transindividuais, valores estes que superam os interesses individuais. Por isso, são direitos guiados pelo princípio da fraternidade.

Pode-se citar alguns direitos advindos dessa Terceira Dimensão: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade ao patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação e por fim, ao meio ambiente.

Uma vez que a sociedade desenvolve novas concepções essenciais para adequação social, alguns doutrinadores apontam os direitos e garantias fundamentais até a quinta dimensão, tais como direito à biogenética, à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Melhor dizendo, a evolução histórica avança de tempos em tempos, organizando o

Revista Jurídica Direito & Realidade, v.9, n.13, p.1-26/2021

direito às necessidades humanas, tendo a Constituição a segurança da efetividade desses direitos, assegurando o fundamento constitucional da dignidade humana.

2) DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

2.1 DIREITO À SAÚDE: CONCEITO E HISTÓRICO

O direito à vida é uns dos mais importantes e discutidos dentre os direitos abarcados no nosso ordenamento jurídico. E é neste viés que se manifesta o direito à saúde como consequência inerente do direito à vida.

O tema saúde sempre gerou grandes discussões. Os seres humanos sempre sentiram a necessidade de um amparo à saúde, afinal, como ter uma vida digna se não existir o direito à saúde?

Segundo Howerstton Humenhuk¹³

O primeiro conceito de saúde, provavelmente foi externado pelos pensadores da Grécia Antiga, através do qual já dizia o brocardo “Mens Sana In Corpore Sano”, que pode-se dizer que foi um marco da definição de saúde. Entretanto, o termo “saúde” designa pensamentos diversos, pois de um lado “o entendimento de que a saúde relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças.

Saúde diz respeito a um conjunto de preceitos higiênicos ligados aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. Desse modo, o direito social à saúde possui uma dupla face, uma de preservação e outra de proteção à saúde.

Contudo, nem sempre a saúde foi um direito garantido a todos e nem sempre recebeu proteção legal no nosso ordenamento jurídico. Normalmente, era um direito restringido a categorias.

No Brasil, a regulamentação expressa da saúde tem origem desde o século XIX, quando a Corte portuguesa aporta no país, tempo em que buscava-se combater à lepra e à peste bubônica e efetivamente surgiu o controle sanitário nas ruas e portos.

Do mesmo modo, já no século XX o sistema público de saúde começou a se estruturar com o surgimento do Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs), os quais foram criados com o fim de atender os respectivos trabalhadores

¹³ HUMENHUK, Howerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

contribuintes. Posteriormente, no período do regime militar, o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs) se unificaram dando origem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual atualmente consolida-se no Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Ademais, em 10 de dezembro de 1948, foi proferida pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que é claramente uma das maiores conquistas contra a desigualdade e que defende a dignidade das pessoas. Referido documento dispõe em seu artigo 25

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Percebe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta quais são as exigências minimamente aceitáveis para que o ser humano possa dispor de uma vida em parâmetros condizentes com a dignidade humana, quais sejam: ter alimento em quantidade satisfatória para o trabalhador e sua família, saúde e bem-estar, vestuário, moradia, atenção médica e serviços sociais, bem como a segurança em caso de imprevistos que comprometam a capacidade de sustento do indivíduo.

O direito social à saúde, bem como seu acesso, é previsto na nossa Carta Magna como um direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas. Nesse vértice, como estamos nos referindo a uma norma que está positivada no nosso ordenamento constitucional, podemos adotar a percepção do Direito à Saúde como análise subjetiva, ou seja, um direito intrínseco a cada particular.

Nesse sentido, a partir do século XX, com o surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”. A saúde passou, então, a ser reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem qualquer distinção de raça, crença religiosa, ideologia política ou condição sócio- econômica.

Portanto, o conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, e, sendo papel primordial do Estado de Direito de garantir de maneira igualitária o direito e acesso à saúde e não somente para alguns privilegiados.

2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde não foi tema das constituições brasileiras anteriores a 1988, da forma como é previsto hoje.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social, determinando ser um direito de todos, sem qualquer distinção, constituindo-se em dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

O direito à saúde está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. A vida é o bem principal do ser humano, a qual nasce junto à dignidade. A saúde é componente da vida, estando ligada à dignidade da pessoa humana. Por isso, pode-se dizer que o direito à vida e à saúde são consequência da dignidade humana. Nesse sentido, o Estado tem o dever de proporcionar aos cidadãos acesso à saúde, respeitando a dignidade, uma vez que a Constituição Federal lhe impõe essa atribuição.

No Título VIII- Da Ordem Social, no Capítulo II- Da Seguridade Social e na Seção II- Da Saúde, encontra-se previsto o artigo 196, *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.

Vale dizer que esse artigo dispõe que a saúde é direito de todos, determinando os seus titulares, e indica que o responsável pela prestação da saúde é o Estado, sem prejuízo do que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, que torna a saúde livre à iniciativa privada.

Da mesma forma, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 a saúde é definida como um direito social, juntamente com o direito à educação, ao trabalho, ao lazer, a moradia, à previdência social, à segurança, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Com relação à eficácia das normas constitucionais que veiculam o direito fundamental à saúde, são normas que garantem aplicação imediata, na forma do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Por estar situado como um direito de segunda dimensão, o direito social à saúde deve ser proporcionado e garantido pelo Estado, sendo respeitados a isonomia e o acesso universal,

o que, na realidade brasileira, é um grande desafio de como se dará efetividade e aplicação imediata a essa norma dentro do contexto de um Estado comprometido com a justiça social e tendo outras normas de igual hierarquia para serem respeitadas.

A Lei Maior não faz qualquer diferenciação no que se refere ao direito à saúde, atingindo o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico.

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Estado Democrático de Direito tem como base a concretização dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. É nesse viés que os poderes públicos estão vinculados à função de promover a efetivação dos direitos sociais, dentre os quais está inserido o direito à saúde.

A saúde pública passou por diversas etapas e evoluções até encontrar-se na situação atual, amparada por várias políticas sociais da área, que buscam concretizar a garantia constitucional do direito fundamental à saúde.

Um dos mecanismos utilizados pelo Poder Público para a concretização dos direitos fundamentais é a criação das políticas públicas. O conceito de política pública por Maria Paula Dallari Bucci¹⁴ é:

Programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Pensar em políticas públicas demanda a construção de um agir do gestor público, ou seja, estas se constituem no conjunto de ações a serem desenvolvidas pelo Estado e pelos próprios cidadãos, até porque política pública é um bem de todo indivíduo.

Sendo a saúde reconhecida como um direito fundamental, deve o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e, claro, devem ser observados os dispositivos legais e constitucionais, principalmente no que se refere à universalidade e igualdade. Dessa forma como alude Santin¹⁵

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p.14.

¹⁵ SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime**. São Paulo: RT, 2004.p.138.

[...] para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação dessas políticas, porque, ao estabelecer princípios e programas normativos, já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público no seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.

Quando o artigo 196 da Constituição Federal prevê o direito à saúde como um dever do Estado não está mencionando apenas à execução das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, está, na verdade, estabelecendo um preceito de grande impacto político que é o dever de elaborar e executar políticas públicas, econômicas e sociais, que propõem a redução do risco de doenças e o acesso universal, integral e igualitário.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é uma forma de política pública firmada através da Lei nº8.080/1990, que traz um rol de princípios e objetivos inerentes à efetivação da saúde, garantindo assim a aplicação do direito fundamental de proteção à saúde. A saúde pública é organizada pelo Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal.

Pode-se concluir, portanto, que a efetivação do direito à saúde deve ser compreendida à medida em que é garantido uma qualidade mínima de vida, através da efetivação de políticas públicas que sirvam para a superação das desigualdades sociais.

3) CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Impossível tratar do mínimo existencial e concretização de direitos fundamentais sem antes abordar o instituto da dignidade da pessoa humana.

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, o Constituinte de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental, conforme previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Desse modo, a dignidade da pessoa humana é o elemento essencial dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, no sentido de que esses instituem exigências, concretizações da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, os direitos fundamentais devem ser interpretados sempre à luz daquele.

Dessa forma, com o intuito de garantir a dignidade ao homem, a Constituição esclarece o que entende como direitos essenciais ao homem para que este possa ser considerado possuidor da dignidade, ou seja, exemplifica trazendo um rol, especialmente no artigo 6º, o qual dispõe que sua proteção se dará na forma da Constituição.

Assim, surge o mínimo existencial, o qual não tem uma dicção normativa específica, mas poderá ser percebido em vários princípios constitucionais. Ressalta Ricardo Lobo Torres¹⁶ que “o direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.”

Nascimento¹⁷ explica que “o mínimo existencial é tão importante que é consagrado pela doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da CF, trata-se de um conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna”.

Destaca Alexy¹⁸ que o mínimo existencial encontra raízes no direito alemão. Como a Constituição alemã não possui um rol extenso de direitos sociais, os constitucionalistas, ao lado do Tribunal Constitucional alemão, debruçaram-se na construção de quais seriam os direitos mínimos a ser assegurados pelo Estado alemão aos seus cidadãos, afirmando existir “ao menos um direito fundamental social não escrito”, ao sustentar “a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial”.

Não encontra na legislação brasileira um conceito de mínimo existencial; tampouco uma uniformidade na doutrina acerca do tema. Na busca de um conceito para tal instituto, destaca-se a definição de Ricardo Lobo Torres¹⁹ “é um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Compreende-se que a condição de um mínimo existencial está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana. Porém, Sarlet²⁰, assevera que não se pode confundir mínimo existencial com mínimo de sobrevivência, de modo que o último se relaciona à garantia do direito à vida, sem falar nas condições para uma sobrevivência física em condições dignas.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 13 Jun. 2017.

¹⁷ NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. Advogada em São Paulo-SP. Mínimo existencial x Reserva do Possível. 2012. Disponível em: <<http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-dopossivel>>. Acesso em 06 de junho de 2017.

¹⁸ ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.p.437.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III, p. 375.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.68-69.

Salienta-se que o mínimo existencial se manifesta sob duas formas: impõe ao Estado o dever de proporcionar prestações positivas de natureza assistencial e, ainda, como direito de natureza negativa, como imunidade fiscal, impossibilita-o de invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Um dos problemas quanto ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo, além disso, a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de realizar a necessidade ou interesse social ou econômico protegido pelo direito.

Não se pode quantificar o mínimo existencial de uma maneira única e definitiva, pois ele se modifica conforme lugar, tempo, condição socioeconômica e necessidades vigentes.

O mínimo existencial funciona como sendo a base e o alicerce da vida humana, sendo um direito fundamental e essencial ligado à Constituição Federal e que não depende de Lei para seu alcance, pois é inerente a todo ser humano.

Pode-se sintetizar que o mínimo existencial é um direito às condições mínimas da existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas.

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Quando falamos em mínimo existencial, é importante nos atentar ao título de “Direitos Sociais”, no Capítulo II (artigos 6º a 11) do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) da Constituição Federal de 1988. Nesse título encontramos direitos sem os quais não conseguiríamos viver, tais como: o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.

Na classificação doutrinária que divide os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, os direitos sociais referem-se aos direitos de 2ª geração, conforme já visto, cujo objetivo é proporcionar a igualdade social, por meio de prestações positivas do Estado.

Resta claro que os direitos sociais são essenciais para o bom desenvolvimento social. Essas necessidades fundamentais são estabelecidas pela sociedade e estão intimamente ligadas à vida e à dignidade da pessoa humana. Essa relação com o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a caracterização dos direitos sociais como “fundamentais”.

Importante destacar que Ricardo Lobo Torres faz uma separação entre direitos fundamentais sociais e direitos sociais, pois ele entende que são dotados de jusfundamentalidade apenas os direitos sociais mínimos. Enquanto Alexy (2008), Ingo Sarlet (2009), entre outros, consideram todos os direitos sociais como fundamentais, o que, a nosso entendimento, aplica-se ao caso brasileiro, já que os direitos sociais estão previstos juntamente aos demais direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Cumprе salientar, portanto, que os direitos sociais representam, assim como os outros direitos fundamentais, o ideário de justiça, solidariedade, liberdade e igualdade, detendo a mesma hierarquia conferida aos direitos fundamentais.

Conforme demonstrado no subtítulo anterior, as variadas definições de mínimo existencial possuem, em comum, a relação com as prestações materiais que assegurem condições mínimas de sobrevivência, as quais estão previstas, na Constituição Federal, como direitos sociais. Isso demonstra por que o mínimo existencial é estudado dentro do contexto dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais prestacionais derivam justamente deste entendimento positivo, em que o Estado deve prover aquele mínimo necessário para que realmente a dignidade da pessoa humana esteja sendo contemplada.

Na opinião de Ricardo Lobo Torres²¹, “o mínimo existencial não é um valor, nem um princípio jurídico, mas sim, uma regra jurídica, e coincide com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.

Desse modo, o direito ao mínimo existencial é o único direito definitivo a priori, assumindo o caráter de regra, não estando sujeito à ponderação. Portanto, embora os direitos fundamentais sociais sejam, de maneira geral, ponderáveis, quando se trata de seu âmbito mínimo de efetivação não há que se falar em ponderação.

Ângela Almeida²² em sua dissertação de mestrado que teve como título: “O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares” estabelece que

Os direitos sociais não têm a função de dar ao brasileiro apenas o mínimo”. Ao revés, a Constituição aponta para a ideia de máximo, mas de máximo

²¹ TORRES, Ricardo Lobo, O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmento (org). Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.313-339.

²² ALMEIDA, Ângela. O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. Disponível em: < <https://repositorio.uces.br/xmlui/bitstream/handle/11338/478/Dissertacao%20Angela%20Almeida.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

possível (o problema da possibilidade), determinando cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Portanto, no que diz respeito à jusfundamentalidade dos direitos sociais entendemos que o caráter essencial destes direitos, conferido pela Constituição Federal, não deixa dúvidas de que se trata de direitos fundamentais, cuja concretização é exigível do Estado pelo fato de serem direitos subjetivos.

Além disso, o mínimo existencial é norteado pela ideia de efetivação do princípio da dignidade humana em sua amplitude mínima, ou seja, corresponde à parcela mínima de direitos necessários ao indivíduo para que ele possa ter uma vida minimamente digna.

3.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL COMO PARÂMETROS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Após o breve estudo sobre o conceito do mínimo existencial e da relação deste com os direitos fundamentais sociais, é importante demonstrar a contraposição da efetivação dos direitos fundamentais que é a chamada “reserva do possível”.

O Estado possui, como obrigação, a tarefa de dispor aos indivíduos os meios materiais e condições de materialização para possibilitar o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Muitos desses direitos, dependem de prestações positivas, ensejando gastos financeiros por parte do Estado, que por sua vez, enfrenta o problema da escassez de recursos públicos, o que acaba gerando um conflito entre a necessidade de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira desse.

Em face dessa controvérsia entre a necessidade de o ente estatal garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento se seria possível o Estado negar a concretização dos direitos sociais, os quais são direitos básicos, essenciais ao ser humano, sob a alegação de inexistência de recursos e se caberia ao Poder Judiciário determinar a concretização desses direitos.

No entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen²³: “na atuação restritiva, a reserva do possível deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, sempre atendendo à proporcionalidade, [...]”.

Dessa forma, percebe-se que para os direitos sociais alcançarem seus objetivos de forma integral, eles dependem de outros fatores, visto que a reserva do possível não faz partes

²³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais – efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Editora Juruá, 2008.p.5.

desses direitos, mas é apenas uma forma de controle do Estado para resolver quais fatores são preponderantes a outro.

Pode-se observar, então, que a reserva do possível abrange também uma dimensão negativa, no sentido de proteger os direitos fundamentais. Na doutrina e na jurisprudência ainda não há uma unanimidade quanto à natureza jurídica da reserva do possível, sendo consideradas, muitas vezes, um princípio.

O Estado possui verbas para a efetivação dos direitos fundamentais por meio da arrecadação dos tributos. Porém, embora exista verba orçamentária para isso, esta ainda é escassa para a efetivação a que se destina.

Entretanto, a falta de recursos não pode ser a única alegação para a não efetivação dos direitos fundamentais. Assim, deve-se ter prudência ao adotar a reserva do possível e a escassez de recursos econômicos como justificativa para a não efetivação dos direitos sociais, para que isso não torne um argumento que inviabilize a realização desses direitos.

Portanto, não é correto dizer que os direitos fundamentais são limitados pela reserva do possível no que tange a ausência de recursos orçamentários, mormente quando existe no Brasil grave problema de desperdício de dinheiro público, corrupção, dentre outros.

Assim, não há resposta certa para decidir quando ou quanto haverá de ser aplicada a teoria da reserva do possível na realidade brasileira, porquanto, sendo a discussão pertinente a questões de razoabilidade e proporcionalidade, sem esquecer da fundamentação legal e, ainda, caberá ao juiz, no caso concreto, aplicar o direito, com objetivo de atingir o resultado que mais se aproxime da justiça.

Ademais, a escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Estado brasileiro, mas como um elemento a ser utilizado na ponderação dos institutos.

3.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL APLICADO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A relação existente entre o mínimo existencial e a saúde já foi demonstrada anteriormente e não há dúvidas de que existe um paralelo entre eles.

Neste último tópico, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), mais precisamente um agravo regimental (STA-AGR 175), para identificar como nossa corte constitucional tem se posicionado nas questões relacionadas à saúde, com o

objetivo de verificar como o STF tem entendido o seu papel na defesa do direito fundamental à saúde e qual a importância do mínimo existencial para a garantia de tal direito.

Para tanto, será apresentada uma decisão interessante que abordou o mínimo existencial que foi a suspensão de tutela antecipada 175 AgR/CE²⁴, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgado em 2010:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Examina-se no presente caso a ação proposta pelo Ministério Público Federal em favor de uma jovem com grave doença neurodegenerativa, pleiteando o fornecimento pelo Estado do medicamento denominado “Zavesca”, o qual custa cerca de R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. Restou claro, que esse medicamento era o único capaz de deter a progressão da doença e também de aliviar os sintomas e sofrimentos enfrentados pela paciente, dando-lhe a possibilidade de um aumento e/ou melhora da sua qualidade de vida.

O agravo regimental foi interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada nº175, formulado pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A União pedia a suspensão da segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado para conceder o fornecimento de medicamento.

A alegação da agravante (União) norteava-se para demonstrar que houve ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. Além disso, alega que a decisão, objeto do pedido de suspensão, viola o princípio da separação de poderes e as normas do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE- CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070

O pedido de suspensão de tutela antecipada foi indeferido pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em razão de não constar lesão grave à ordem, economia ou saúde pública. Além disso, o citado Ministro constatou que existem casos na jurisprudência do STF que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Nesse sentido, destacamos um dos trechos do voto do Ministro Relator

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direitos de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ao destrinchar esse artigo da Constituição Federal, o Senhor Ministro Gilmar Mendes examinou cada um de seus elementos, os quais serão demonstrados a seguir.

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.²⁵

A própria Corte Constitucional demonstra preocupação com o esvaziamento do sentido da norma constitucional que outorga o direito social à saúde ressaltando que tal norma não poderá transformar-se em promessa constitucional inconsequente.

Além disso, o dispositivo constitucional deixa claro que para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios). Portanto, é notório que é competência comum dos entes da Federação cuidar da saúde. Estes são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS, de prestações na área de saúde.

Além disso, o Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes deixa claro em seu voto o entendimento de que “os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais”, o que vai ao encontro do nosso entendimento, conforme demonstrado no subtítulo anterior.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE- CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes demonstrou, em sua fundamentação, o resultado da Audiência Pública sobre a Saúde ocorrida no STF em 2009 que contou com a presença de representantes dos diversos setores envolvidos, em que verificou que, na maioria dos casos, a intervenção judicial do direito à saúde no Brasil não ocorre em virtude de uma omissão em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista que é necessário uma determinação judicial para que políticas públicas já estabelecidas sejam devidamente cumpridas.

Com relação à necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar mínimo existencial e reserva do possível, Gilmar Mendes afirma que

A dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos de caráter social leva, parte da doutrina, defender que estas normas teriam feição de normas programáticas, dependendo, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis e que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação de Poderes o princípio da reserva do financeiramente possível.

Ademais, em seu voto, o Senhor Ministro demonstra que a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.²⁶ Percebe-se que o STF considera existir em nível constitucional o direito à criação de políticas públicas que visem proteger, promover e recuperar a saúde.

Por outro lado, o Ministro atenta que os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, alegam que tais direitos são essenciais para a realização da dignidade da pessoa humana, de modo que, o mínimo existencial não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Alexandre Walmott Borges e Sérgio Augusto Lima Marinho²⁷ assim concluem

De acordo com a jurisprudência do STF, no caso em que uma prestação de saúde pleiteada em juízo não é abrangida pelas políticas do Sistema Único de Saúde é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE- CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070

²⁷ BORGES, Alexandre Walmott, MARINHO, Sérgio Augusto Lima. Direito Social à Saúde: definição da saúde como direito derivado na jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=78b9cab19959e4af> Acesso em: 19 de maio de 2017.

omissão legislativa ou administrativa, hipótese em que é inegável o direito do jurisdicionado de obter a prestação necessária, ou de uma decisão de não fornecer a referida prestação.

Conforme se extrai do julgamento analisado acima, a Corte Constitucional brasileira entende que a responsabilidade em garantir o acesso a saúde é partilhada e solidária entre os entes que compõe a federação.

Verificada a solidariedade dos entes estatais, pode ser exigida de um, alguns ou todos, o fornecimento dos procedimentos ou medicamentos imprescindíveis. Neste propósito, ainda que os medicamentos não constem na lista do SUS, a exigência pela via judicial pode ser realizada contra todos ou qualquer um dos entes, dada a solidariedade da obrigação de prestar com efetividade o direito à saúde.

Observa-se, ainda, que o caráter programático do artigo 196 da Constituição Federal não afasta o dever do ente federado em fornecer os meios necessários para o gozo do direito à saúde, cabendo ao Poder Judiciário, quando acionado, determinar a pronta e eficaz prestação do serviço público de acesso à saúde ao cidadão que tem o seu direito negado.

Assim, percebemos que as demandas que chegam ao STF têm obtido resultados positivos em favor da efetivação do direito à saúde, além disso, a Suprema Corte tem entendido que seu papel em relação a essas demandas seja o de promover a sua máxima efetividade, conforme traçado na Constituição Federal, bem como, em conformidade com a concretização dos direitos fundamentais.

Denota-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a mera alegação de ofensa à ordem econômica não tem a capacidade de impossibilitar a efetivação do direito à saúde pleiteado.

CONCLUSÃO

Vimos que os direitos fundamentais sempre foram objeto de lutas, durante toda a história do homem, e, hoje, são reconhecidos como garantias inerentes ao cidadão, previsto no ordenamento jurídico.

Diante disso, constata-se que a efetividade do direito à saúde requer a eficiente atuação do Poder Público, através da promoção de políticas públicas destinadas a tal mister.

Com efeito, é isso que se nota a partir da leitura do artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Assim, tal direito faz surgir para o Estado deveres que lhe são correlatos e sua efetividade depende da adoção de “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”.

Nota-se, com isso, que a necessidade de implementação do direito à saúde condiciona a própria política econômica que venha a ser adotada pelos governantes, por imperativo constitucional.

De outro lado, cumpre frisar que, em face da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito, como prevê o texto da Constituição Federal, o direito à saúde assume dimensão ainda mais ampla e democrática, o que aumenta sua relevância para os cidadãos.

Verdadeiramente, a consagração do Estado Democrático de Direito acarreta a necessidade de amplificar os canais de participação popular na gestão da coisa pública, bem como a de conferir eficácia social às normas constitucionais, especialmente àquelas que asseguram direitos e garantias fundamentais.

Nesse diapasão, ao tratar dos direitos sociais, capítulo em que foi inserido o direito à saúde (art. 6º, caput), o constituinte inseriu-os no título em que trata dos direitos e garantias fundamentais, circunstância esta que torna aplicável o regime jurídico destes últimos, e que nos faz concluir que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

Nesse sentido, abordamos tema de grande relevância, qual seja, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional que podem sofrer restrições pela reserva do possível, que preconiza a existência de recursos materiais suficientes para a realização das garantias constitucionais fundamentais. Dessa forma, verificou pela análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada N°175-CE, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, que a mera alegação de ofensa à ordem econômica não tem capacidade de impedir a concretização do direito à saúde.

Vimos, também, que o estado tem o dever legal de garantir o mínimo do ser humano, para evitar que este passe por situações precárias como está acontecendo atualmente, principalmente em relação ao direito à saúde que é essencial ao indivíduo e que, hoje, encontra-se em situação instável.

Entretanto, visualizamos que os direitos fundamentais sociais possuem aplicação imediata, e devem ser impostos pelo Estado, não podendo deixar de prestar serviços que já foram implantados dentro da sociedade e, muito menos, deixar de prestar direitos mínimos

necessários para uma vida com dignidade, pois, agindo assim, estaria ferindo o princípio do mínimo existencial.

A efetivação do direito à saúde deve ser compreendida à medida que é garantida uma qualidade mínima de vida, através da efetivação de políticas públicas que sirvam para a superação das desigualdades sociais. Além disso, ao repensar no instituto da reserva do possível, quando os recursos são escassos, é prudente que os princípios constitucionais, sejam sopesados de maneira hierárquica no que tange às políticas públicas. Na verdade, o problema não está somente na falta ou escassez de recursos financeiros, mas sim, na discricionariedade administrativa, ou seja, na falta de gestão ou eficiência dos gestores, no que toca às escolhas e decisões tomadas.

Por fim, cumpre ressaltar que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Diante disso, tem-se que a garantia da inviolabilidade do direito à vida deve ser lida à luz de tal condicionante, implicando o fato de que o constituinte não se propõe a garantir a mera sobrevivência do indivíduo. Ao revés, vai muito mais além, objetivando uma existência digna (o que requer qualidade) para a qual se mostra indispensável a possibilidade de contar com um acesso à saúde de qualidade, universal e integral.

Ante o que se expôs, conclui-se que a saúde, concebida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou de enfermidade é, pois, direito fundamental, oponível ao Estado nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, que viabiliza e garante a própria vida.

De outro lado, tal direito se trata, indubitavelmente, de pressuposto do próprio conceito de dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser incansavelmente protegido e respeitado, sendo inadmissível qualquer conduta comissiva ou omissiva, especialmente da Administração Pública, tendente a ameaçá-lo ou frustrá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Angela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. Disponível em: <<https://repositorio.uces.br/xmlui/bitstream/handle/11338/478/Dissertacao%20Angela%20Almeida.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alexandre Walmott, MARINHO, Sérgio Augusto Lima. **Direito Social à Saúde: definição da saúde como direito derivado na jurisprudência do STF.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=78b9cab19959e4af> Acesso em: 19 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE- CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, 3. ed.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 3.ed.rev.atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FOCHESATTO, EDUARDO. **Aplicabilidade da reserva do possível e do mínimo existencial no direito brasileiro.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/eduardo_fochesatto.pdf. Acesso em: 18/06/2017.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4839>. Acesso em: 12 de abril 2017.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação.** Direito Público. Porto Alegre, ano 3, n.12.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial x Reserva do Possível.** 2012. Disponível em: <http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-dopossivel>. Acesso em 06 de junho de 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais – efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos.** Vol 1, Curitiba: Juruá, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime.** São Paulo: RT, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 11.05.2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 34ª edição, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 13 Jun. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmento (org). Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.